

ARBITRAJE Y JUSTICIA ORDINARIA. LOS ARBITRAJES COMPROMISARIOS EN DERECHO ROMANO

ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de A Coruña

JULIO GARCÍA CAMIÑAS

Catedrático de Derecho Romano

Universidad de A Coruña

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: La investigación trata del primer reconocimiento oficial del arbitraje por parte del derecho pretorio en el período romano-republicano y de la elaboración de su régimen jurídico por parte de la Jurisprudencia de la época del Principado. Se analiza la base negocial de los arbitrajes, constituida por el *compromissum* y el *receptum arbitrii*, las peculiaridades del procedimiento en relación con la legalidad procesal civil y los efectos de la sentencia arbitral.

PALABRAS CLAVE: *Compromissum. Receptum arbitrii.* Sentencia arbitral.

ABSTRACT: This paper deals with the first official recognition of arbitration proceedings by the Pretorian Law during the Roman-Republican times, and with the elaboration of its set of rules, by the case-law during the Principality. It's analyzed the agreed basis of arbitration, made up by the *compromissum* and the *receptum arbitrii*, the proceedings particularities in relation to the civil procedural legality and the effects of the arbitral award.

KEYWORDS: *Compromissum. Receptum arbitrii.* Arbitral award.

SUMARIO: I. LA CULTURA ROMANA DEL ARBITRAJE II. LA BASE NEGOCIAL DE LOS ARBITRAJES COMPROMISARIOS: *COMPROMISSUM* Y *RECEPTUM ARBITRII*: 1. Acuerdo arbitral. 2. Elección del árbitro y aceptación del arbitraje. 3. Estipulaciones penales. III. PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO. LA SENTENCIA ARBITRAL: 1. Actuaciones ante el árbitro. 2. La sentencia arbitral. 3. Reclamación de la pena por incumplimiento. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CULTURA ROMANA DEL ARBITRAJE

Desde finales del siglo II a.C. alcanzan reconocimiento en el derecho pretorio los arbitrajes compromisarios; se denomina así al convenio, reforzado por estipulaciones penales recíprocas, por el que las partes litigantes, en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria, acuerdan someter la resolución de la controversia a uno o varios árbitros por ellas elegidos, y cuya sentencia prometen acatar

Aunque el arbitraje, como modo amistoso de dirimir conflictos entre particulares, puede encontrarse en cualquier cultura bajo diferentes modalidades, la configuración de los arbitrajes compromisarios, tanto en el plano negocial como procesal, es típicamente romana¹. Nacen en la vida social del período republicano, y fueron dotados de configuración técnica por la Jurisprudencia de esa época, que tenía entre sus actividades la elaboración de formularios para el uso de los particulares en sus relaciones jurídicas; el derecho pretorio se limita al reconocimiento y tutela de estos arbitrajes, imponiendo en el Edicto al árbitro la obligación de dictar sentencia, tras haber aceptado el encargo de las partes compromisarias².

A partir de la cláusula edictal, la Jurisprudencia construye el régimen jurídico del arbitraje compromisario³, basado en la *conventio compromissi* y el *receptum arbitrii*; los fragmentos de obras jurisprudenciales conservados en el Digesto y las constituciones imperiales recogidas en el Código justiniano⁴ permitieron a la investigación romanística una reconstrucción suficientemente fiable de la estructura y del régimen jurídico, sustantivo y procesal, de los arbitrajes compromisarios en la época clásica del derecho romano, así como de las modificaciones introducidas en el período postclásico-justiniano. Aunque los arbitrajes compromisarios y los juicios ordinarios no llegan en ningún momento a equipararse por

1 Se trata, por tanto, de arbitrajes con una entidad específica dentro de los arbitrajes privados; una significación diferente presenta la remisión al arbitrio de un tercero (*boni viri arbitratu; arbitrium boni viri*) de la determinación de algún elemento de la relación negocial por acuerdo de las partes; así, el precio en la compraventa (Gai. 3.140) o en el arrendamiento (D. 19.2.25.pr.), o las cuotas en un contrato de sociedad (D.17.2.76)

2 Esto es así, a pesar de las analogías que presentan los arbitrajes compromisarios romanos con las prácticas de conciliación y arbitraje en el derecho ático; como en otras ocasiones, no es descartable una comunicación cultural en el espacio greco-italico, aunque no siempre sea de fácil demostración.

3 Lenel, EP, tit. XI Et 48: Qui arbitrium pecunia compromissa receperint, eum sententiam dicere cogam (que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia); la reconstrucción de Lenel se apoya en Ulp. D.4.8.3.2; eod. 15.

4 D. 4.8; C. 2.55

completo, es apreciable, sin embargo, una cierta aproximación funcional entre ambos, lo que está presente en el tratamiento jurisprudencial y se acentúa en la legislación justiniana⁵

En la época en que se produce el reconocimiento edictal de los arbitrajes compromisarios se encuentra plenamente implantado en la práctica procesal civil el procedimiento formulario, que se había ido desarrollando al amparo de la jurisdicción pretoria, dotada de autonomía en el orden constitucional desde el año 367 a.C.; este procedimiento no se basa ya, como el antiguo de las acciones de la ley (*legis actiones*) en el pronunciamiento ritual de determinadas palabras solemnes (*certa verba*) ante el magistrado, sino en un texto escrito, denominado fórmula, compuesto por diferentes cláusulas integradas por términos y expresiones procesales técnicas (*concepta verba*), que permiten concretar el objeto del litigio y las alegaciones de las partes en relación con la controversia planteada. Este documento procesal, redactado ante el magistrado y en presencia de los litigantes, fija la relación jurídica como cuestión litigiosa (*res in iudicium deducta*) y suministra al juez la información precisa para resolver la controversia, delimitando también las atribuciones del órgano judicial, en la medida en que la sentencia debe pronunciarse de acuerdo con las instrucciones contenidas en la fórmula.

La peculiaridad más notable que caracteriza a la concepción de la administración de justicia a la que responde este procedimiento es la diferenciación de la potestad jurisdiccional, que corresponde al magistrado elegido por la asamblea de ciudadanos, y la función judicial, que se atribuye a un juez privado elegido por los litigantes; ante el magistrado se desarrollan las actuaciones encaminadas a la instrucción del proceso, en tanto que la práctica de la prueba tiene lugar ante el juez que resuelve la controversia con una sentencia definitiva con valor de cosa juzgada.

Esa bipartición procesal se encuentra ya presente en el antiguo procedimiento civil, al menos desde el siglo V a.C.; es probable que ya en ese momento los litigantes intervinieran en la elección del juez⁶, aunque durante mucho tiempo esa capacidad convencional de elección estuvo socialmente restringida a favor de miembros de la clase dirigente; tal limitación desaparece progresivamente en el ámbito de la jurisdicción pretoria: al menos desde mediados del siglo III a.C. se encuentra operativo en la práctica procesal el principio de libre elección del juez por parte de los litigantes, pero su nombramiento corresponde al magistrado (*iudex datus*).

Tanto en la génesis del procedimiento formulario como en la generalización de la elección convencional del juez por los litigantes parece haber influido la práctica de los arbitrajes privados para la resolución de controversias surgidas en relaciones negociales carentes de tutela jurisdiccional en el antiguo sistema procesal, o por querer los litigantes prescindir de los riesgos derivados del formalismo ritual del mismo. La práctica del arbitraje era también frecuente en las relaciones comerciales con extranjeros (*peregrini*), basadas en el

5 D. 4.8.1 (Paul. 2 ed.): el compromiso se acomoda a semejanza de los juicios, y sirve para resolver las controversias; la misma idea se recoge en C. 3.1.14 (año 530).

6 Aunque se trata de algo discutido en la doctrina, lo cierto es, en todo caso, que la elección del juez por acuerdo de las partes litigantes se consideraba perteneciente a los más antiguos usos judiciales de la cultura republicana; Cic. *pro Cluentio* 43.120

valor ético-social de la buena fe (*bona fides*), y que no tenían acomodo en la antigua legalidad procesal romana; el procedimiento formulario encontró por ello un campo especialmente propicio para su desarrollo en la jurisdicción del pretor peregrino, magistratura creada en el año 242 a.C. con competencia en las controversias de derecho privado entre litigantes de diferentes nacionalidades.

La nueva legalidad procesal tuvo su cauce de expresión normativa en el Edicto pretorio; las relaciones negociales constituyen un presupuesto de una normatividad de naturaleza procesal, que deja un amplio margen para el desarrollo jurisprudencial del derecho a partir de los contenidos de las cláusulas edictales.

Los arbitrajes y el proceso privado de la época republicana constituyen una manifestación de la antigua cultura política latina, que concibe las relaciones de derecho privado como un espacio esencialmente interindividual, correspondiendo al poder político tan sólo su tutela jurisdiccional. Resulta coherente con esa concepción el carácter arbitral que informa el proceso civil, y también la prevalencia en él de la potestad jurisdiccional del magistrado cuando los litigantes no colaboran con su comportamiento procesal en el desarrollo convencional del procedimiento.

En efecto, el proceso sólo se inicia cuando ambas partes se encuentran presentes ante el magistrado, pero éste puede obligar al demandado a comparecer mediante diversas medidas coercitivas indirectas. Los términos de la controversia se fijan por acuerdo de los litigantes con la aprobación del magistrado; este acuerdo (*litis contestatio*), que implica el sometimiento a la futura sentencia del juez, se configura como jurídicamente necesario para la continuidad del litigio; su carácter convencional resulta, sin embargo, relativizado por la incidencia en el mismo de la potestad jurisdiccional del magistrado, quien puede compeler a los litigantes al acuerdo mediante la amenaza de denegación de la acción al demandante o la de declaración de indefensión al demandado. El juez puede ser elegido por acuerdo de las partes, pero si la elección convencional no es posible se acude a una lista oficial de jueces (*album iudicum*) confeccionada por el magistrado, interviniendo en la elección los litigantes mediante un sistema de sucesivas recusaciones⁷

La cultura arbitral subyacente se aprecia en la presencia de los términos *iudex* y *arbiter* para designar al juez unipersonal. El término *iudex* tiene su origen en el ámbito jurídico, mientras que el de *arbiter* aparece relacionado específicamente con los arbitrajes privados. Su empleo de modo indistinto (*iudex arbiterve*) aparece por primera vez en las antiguas acciones divisorias, en las que el órgano judicial dispone de un mayor grado de discrecionalidad en su actuación respecto a la que corresponde al juez en sentido estricto; pero se trata también de controversias que tienen como antecedente un origen social de modos convencionales de resolución arbitral, siendo después objeto de recepción en el sistema procesal. Esa misma génesis tuvieron las acciones de buena fe, que en el Edicto pretorio aparecen con la denominación *arbitria* o *iudicia bonae fidei*; la mayor discrecionalidad de que dispone el juez en estos litigios es una consecuencia de su carácter arbitral originario.

7 La *lex Irnitana* (c.87) probablemente traslada al ámbito municipal lo establecido por la *lex Iulia de iudiciis privatis* del año 17 a.C.; es posible que fuera ya el procedimiento habitual en época de la *lex Aurelia iudiciaria* (año 70 a.C.).

La información que nos ha llegado sobre el régimen jurídico de los arbitrajes compromisarios procede de obras de juristas de la época del Principado, y fundamentalmente del siglo III d.C.; los comentarios jurisprudenciales parten del texto edictal y tienen como referencia básica la práctica de los arbitrajes en la realidad social, y en el plano de la jurisdicción ordinaria el procedimiento formulario. La legalidad procesal y los arbitrajes compromisarios conviven durante el período tardo-republicano dentro del marco de una cultura común arbitral. Sin embargo, tras el cambio constitucional que instaura el Principado, la legalidad procesal inicia un progresivo alejamiento del modelo de proceso civil de la época republicana.

En efecto, al amparo de la potestad imperial⁸ nace una nueva jurisdicción (*cognitio extra ordinem*), que estaba destinada a crear una legalidad procesal de naturaleza plenamente pública: el proceso se desarrolla por entero ante un magistrado o funcionario que actúa en virtud de una potestad jurisdiccional conferida por delegación imperial; el proceso civil no se concibe como un cauce para dirimir convencionalmente una controversia, sino como instrumento para la imposición coactiva del ordenamiento jurídico y para hacer efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, asumida como una de las funciones específicas de la organización político-administrativa, que interviene a través de los funcionarios judiciales integrados en la misma.

La transformación de la naturaleza del proceso afecta a todos los actos procesales, sobre los que ejerce un control pleno el órgano jurisdiccional; la ausencia procesal del demandado no impide el desarrollo del proceso; la sentencia no sólo establece la aplicación del derecho en el caso concreto, sino que, además, constituye un mandato para los litigantes, y su contenido, cuando es de condena, puede consistir en una orden de restitución si así lo requiere la pretensión del demandante.

Al organizarse la función jurisdiccional dentro de una administración civil jerarquizada, la sentencia puede ser objeto de un juicio rescisorio por vicios procesales ante un órgano jurisdiccional de superior rango, pero también una sentencia válida es revisable en apelación, por disconformidad con la interpretación de las pruebas o del derecho aplicable. La intervención revisora de las sentencias judiciales aparece ya generalizada en el siglo II d.C., alcanzando también a las dictadas por los jueces privados que operan en el procedimiento formulario; en el siglo siguiente se consolida definitivamente la nueva legalidad procesal, que incorpora como elemento estructural la apelación de las sentencias.

Desde unos supuestos políticos que persiguen el control de la producción normativa y de la jurisdicción, los arbitrajes compromisarios, nacidos en el ámbito de la cultura política republicana, se sitúan, no sólo fuera del sistema procesal, sino en abierta contraposición con el mismo. Mantienen, sin embargo, su vigencia en la vida social, sin que la potestad normativa imperial intervenga en su regulación; especialmente significativo resulta que las sentencias arbitrales no fuesen atraídas por la expansión de la apelación a las dictadas por

8 En el año 30 a.C. fue conferida a Augusto por plebiscito autorización para juzgar causas civiles y criminales a iniciativa de cualquier interesado (Dión Casio, 51.17.7); posteriormente, una disposición legislativa del año 23 a.C. le confirió un poder general de gobierno (*imperium proconsulare maius et infinitum*) sin limitaciones territoriales, lo que permitió la expansión de una jurisdicción extraordinaria jerárquicamente dependiente del emperador.

los jueces privados del procedimiento formulario, y que ese principio se mantuviera en el derecho procesal posterior.

La verdadera intervención normativa en los arbitrajes compromisarios fue debida a la Jurisprudencia. Al desarrollarse al margen de la legalidad procesal, los arbitrajes compromisarios no pueden asegurar el cumplimiento de la sentencia arbitral cuando no se produce un acatamiento de la misma por los litigantes; tanto el incumplimiento del acuerdo compromisario como el de la sentencia arbitral acaban precisando del concurso de la potestad jurisdiccional, y es precisamente ése el momento procesal que utiliza la Jurisprudencia para elaborar el régimen jurídico del arbitraje: se establecen las condiciones para la eficacia de la base negocial de los arbitrajes compromisarios y las que debe reunir la sentencia arbitral para que resulte de obligado cumplimiento. Indirectamente, se produce de este modo una atracción del arbitraje al ámbito del derecho común, tanto en el plano negocial como en el procesal.

La normatividad jurisprudencial, elaborada por vía interpretativa de los términos de la cláusula edictal, constituye un espacio de derecho objetivo que vincula a las partes y al árbitro. En la presente exposición se describe esa normatividad construida jurisprudencialmente, que constituye la primera respuesta a la regulación del arbitraje en la cultura jurídica occidental; su explicación y comprensión requiere tener en cuenta los parámetros negociales y procesales que operan en la época en que se produce el reconocimiento oficial de esos arbitrajes.

II. LA BASE NEGOCIAL DE LOS ARBITRAJES COMPROMISARIOS: *COMPROMISSUM Y RECEPTUM ARBITRII*

1. Acuerdo arbitral

La base negocial de los arbitrajes compromisarios está constituida, ante todo, por el acuerdo arbitral (*compromissum*) de los litigantes. La fijación de los términos de la cuestión litigiosa, la vinculación de las partes y del árbitro al *compromissum* y el sometimiento de aquéllas a la sentencia arbitral, son elementos que convierten al acuerdo arbitral en algo similar a la *litis contestatio* del procedimiento formulario, aunque las diferencias son, sin embargo, sustanciales.

En efecto, el componente convencional en el proceso queda relegado por la relevancia que adquiere el texto de la fórmula autorizado por el magistrado, que tenía valor constitutivo de la relación jurídico-procesal. En los arbitrajes compromisarios la *conventio compromissi* constituye el fundamento regulador del procedimiento y mantiene su vigencia hasta el término del mismo⁹; la infracción del marco del *compromissum* por parte del árbitro produce la nulidad de sus actos, y, en especial, de la sentencia; pero la *conventio compromissi* proyecta su eficacia incluso después, ya que sirve de base para determinar si resulta o no procedente la condena al pago de la pena por incumplimiento del acuerdo compromisario y de la sentencia del árbitro.

Por exigencias de certeza negocial, en la práctica el *compromissum* se recogía por escrito, pero ese documento (*testatio*) tenía un mero valor probatorio; permitía al

9 D.4.8.32.21

árbitro conocer el contenido de la controversia y los demás elementos del acuerdo de los litigantes, y a éstos utilizarlo para reclamar la pena por incumplimiento de la sentencia arbitral. La documentación del *compromissum* constituye un presupuesto perceptible en los comentarios jurisprudenciales; el carácter complejo que podría llegar a tener el acuerdo compromisario, debido a las variadas especificaciones que cabía introducir en él, hacían imprescindible la constancia escrita, sin la que no resultaría posible verificar la congruencia entre el *compromissum*, las actuaciones arbitrales y la sentencia; sin embargo, la forma escrita no se convierte en un requisito hasta la legislación justiniana¹⁰

Algunas materias están excluidas de compromiso arbitral; así, además de los actos ilícitos que dan lugar a un juicio público, los delitos de derecho privado cuya condena lleve aparejada la nota de infamia, las acciones populares y los procesos sobre el estado civil de las personas¹¹; aunque esta enunciación no tenga carácter exhaustivo, sirve como referencia del amplio campo de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; objeto del mismo podía ser una o varias cuestiones¹², relacionadas entre sí o sin conexión entre ellas (*compromissum de pluribus rebus*).

Las partes compromisarias deben tener la capacidad negocial necesaria para que les pueda ser exigible la responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento del acuerdo arbitral¹³. En el período republicano, las entidades de derecho público a las que por ley se otorgaba el estatuto de municipios o colonias estaban dotadas de una organización político-administrativa autónoma, y en el plano patrimonial actuaban en el ámbito del derecho privado, resolviéndose las controversias con los particulares a través del procedimiento civil ordinario; en consecuencia, pueden también ser partes en un arbitraje compromisario¹⁴, en el que la personación se hará a través de un representante procesal (*actor*); el mismo régimen es aplicable a las asociaciones a las que se otorga capacidad jurídica como sujetos colectivos¹⁵, a imitación de las corporaciones públicas.

2. Elección del árbitro y aceptación del arbitraje

La *conventio compromissi* se hace para que decida la controversia un determinado árbitro, unipersonal o colegiado. El arbitraje unipersonal puede hacerse designando a uno solo o a varios posibles árbitros, para que actúe cualquiera de ellos; en tal caso, deberán

10 Las *Tabulae Herculanaenses*, editadas entre 1946 y 1961, presentan tres acuerdos compromisarios arbitrales, uno de ellos (TH 76) relativo a una controversia de deslinde (*finium regundorum*) del año 69 d.C.

11 D.4.8.32.7 y 36.6.

12 D.4.8.19.1; 21 pr.; 6.43

13 Desde ese punto de vista, es ineficaz el *compromissum* que tenga lugar entre un esclavo y una persona libre (D. 4.8.32.8) porque no se puede ejecutar la pena; respecto al menor sujeto a tutela, es precisa la intervención del tutor o de un garante para que una sentencia desfavorable del árbitro tenga consecuencias patrimoniales para él (D. 4.8.35); si se trata de un hijo bajo potestad, los efectos patrimoniales del incumplimiento del compromiso se trasladan al padre (D. 15.1.3.10).

14 El Senado intervenía como órgano arbitral en las controversias de carácter administrativo entre municipios, colonias o ciudades.

15 *Lex Iulia de collegiis* de Augusto (D. 3.4.1)

elegir los litigantes cuál habrá de asumir la función arbitral. El arbitraje colegiado admite la modalidad de decisión conjunta de la controversia con la necesaria participación de todos o sin que ello sea necesario para la validez de la sentencia ¹⁶

A efectos del desempeño de la función arbitral son aplicables al árbitro los requisitos de capacidad de derecho común¹⁷ y el mínimo de edad de veinte años establecido por la *lex Iulia de iudiciis privatis* (año 17 a.C.) para el desempeño de funciones judiciales¹⁸; la potestad coercitiva que el magistrado puede ejercer sobre el árbitro excluye de esa función a cualquiera que desempeñe una magistratura de superior o igual rango ¹⁹

Salvo las mínimas restricciones indicadas²⁰ cualquier persona podía ser elegida como árbitro; por su propio interés, los litigantes procurarían escoger a un hombre honesto (*bonus vir*), pero nada se oponía a que eligieran a alguien con mala reputación social²¹; ello no sería posible si se tratara de un juez privado porque se negaría a nombrarlo el magistrado; éste podría, sin embargo, no tomar en consideración la sentencia que pudiera dictar una persona cuya corrupción o venalidad fuera conocida²²

La función arbitral se diferencia, en todo caso, de la judicial que desempeña el juez privado en que ésta es un *munus publicum*, y aquélla no tiene ese carácter. El juez elegido por las partes no puede negarse al desempeño de la función, salvo que alegue una causa de excusa y sea aceptada como suficiente por el magistrado. La elección de una persona como árbitro, en cambio, no tiene efectividad más que por la aceptación del arbitraje (*receptum arbitrii*); sólo desde entonces queda obligado por el Edicto pretorio a dictar sentencia, a menos que el magistrado le exonere de ello por la concurrencia sobrevenida de alguna causa de excusa. Al árbitro no le era exigido el juramento promisorio que debía prestar el juez privado tras su designación; se lo impone la legislación justiniana por la equiparación funcional entre el árbitro y el juez²³

16 D. 4.8.17.4-7; 32.13

17 Carece de capacidad para actuar como árbitro un esclavo, aunque la Jurisprudencia considera que la sentencia será válida si hubiese actuado después de hacerse libre y con el consentimiento de las partes (D. 4.8.9); no es válido el compromiso para que actúe como árbitro un pupilo, un loco, un sordo o un mudo (D.4.8.9.1); un hijo bajo potestad, en cambio, puede ser árbitro, incluso en un asunto de su padre, porque se admite también que sea juez (D. 4.85); las mujeres están excluidas del oficio judicial (D. 5.1.12.2), por lo que tampoco pueden ser árbitros; en la legislación justiniana se reafirma esta exclusión (C. 2.56.6; año 531).

18 Para los integrantes de la lista oficial de jueces (*album iudicum*) el mínimo de edad eran veinticinco años, pero los litigantes podían elegir a alguien que tuviese entre los veinte y los veinticinco años, lo que es trasladable al árbitro; no obstante, teniendo en cuenta la protección otorgada a su inexperiencia negocial, muchos juristas consideraban que el menor de veinticinco años debía recibir auxilio del magistrado cuando pudiera apreciarse que había asumido el arbitraje temerariamente (D. 4.8.41); ello se traduciría en liberarle de la obligación de dictar sentencia o no tomarla en consideración (así, D. 4.8.3.pr.).

19 D.4.8.3.3 y 4

20 A ellas hay que añadir la prohibición de la *lex Iulia* de que quien hubiese sido designado juez en una controversia asumiera el arbitraje en ese asunto o autorizara un *compromissum* sobre el mismo (D. 4.8.7.2); carece de eficacia la sentencia dictada por quien fue elegido árbitro en un negocio propio (D. 4.8.51).

21 D. 4.8.7 pr.

22 D.4.8.9.3

23 La legislación justiniana (C. 3.1.141; año 530) restablece el juramento de los jueces, que había caído en desuso,

Los litigantes compromisarios tienen facultad para fijar en el *compromissum* el plazo dentro del cual el árbitro debe dictar sentencia y, en su caso, la autorización al árbitro para que, si fuese necesario, prorrogue el plazo; también corresponde a los litigantes determinar la localidad en la que han de celebrarse las actuaciones. En caso de que se adopten estas previsiones, son vinculantes para el árbitro.

3. Estipulaciones penales

El acuerdo compromisario se hace para evitar acudir a la jurisdicción ordinaria, pero no implica renuncia a la acción procesal; si el demandante la ejercita no cabe la alegación de la *conventio compromissi* como excepción procesal por parte del demandado²⁴. Por lo que se refiere a la sentencia arbitral, a pesar de la equiparación funcional entre el arbitraje y el proceso civil ordinario, no se plantea en ningún momento, al menos hasta el derecho justinianeo, que pudiera tener eficacia como equivalente de la cosa juzgada; no es alegable por los compromisarios ni para pedir su ejecución ni para oponerla como excepción a la acción ejercitada por el litigante disconforme con el resultado del arbitraje.

Ello plantea el problema de cómo dar efectividad al acuerdo arbitral. La Jurisprudencia tardo-republicana encontró una solución en el plano negocial: articuló la estructura del *compromissum* con la adición de estipulaciones penales recíprocas en las que cada litigante promete al adversario el pago de una cantidad de dinero en concepto de pena (*stipulationes poenae*) en caso de incumplimiento del acuerdo compromisario, tanto por incomparecencia, impidiendo así las actuaciones, como por no acatar y cumplir la sentencia arbitral.

La finalidad de estas estipulaciones es doble: por una parte, la de coaccionar al cumplimiento, y, por otra, la de sanción frente al incumplimiento; con ello, nacía del *compromissum*, merced a las estipulaciones penales, una acción procesal para pedir la pena prometida²⁵; los litigantes compromisarios se sitúan, así, ante la alternativa de cumplir la sentencia arbitral o tener que pagar la pena prometida; la obligación estipulatoria podía garantizarse, además, con fiadores²⁶.

Los arbitrajes compromisarios mantienen este régimen jurídico hasta el derecho justinianeo, que también lo acoge. La práctica de documentar el negocio estipulatorio a efectos probatorios, ya desde el período republicano, contribuyó progresivamente a destacar el valor de la declaración de voluntad acreditada por el documento que la recoge; el negocio estipulatorio se convirtió, así, en una promesa documentada. La información que nos ha llegado sobre acuerdos de arbitraje muestra la presencia en los mismos de cláusulas penales

probablemente porque no se observaba en la *cognitio extra ordinem*.

24 La constante tendencia a la aproximación entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria inspira la innovación justiniana (C. 2.55.5.1; año 530) que atribuye al *compromissum* efectos en cuanto a la interrupción de las acciones temporales, de igual modo que si se hubiese planteado el asunto ante los tribunales.

25 *Actio certi ex stipulatu*.- El beneficiario de la pena podía ser también un tercero (así, el fisco en D. 4.8.42), pero, en caso de incumplimiento, la legitimación activa para pedir la pena corresponde al estipulante.

26 No vale la pena comprometida cuando una mujer hace un compromiso en nombre de otra persona, porque ello constituye un acto de intercesión prohibido por el sc. Velejano (D. 4.8.32.2); tampoco puede intervenir como garante.

con variaciones en su formulación, desarrolladas en la práctica negocial²⁷; ordinariamente se añadía también a la estipulación penal la cláusula de dolo, con la que se incorporaba al arbitraje un principio introducido en el procedimiento formulario por el derecho pretorio, que sancionaba el doloso comportamiento procesal de cualquiera de los litigantes.

El reconocimiento de los arbitrajes compromisarios por parte del derecho pretorio se refiere a aquéllos en los que media una cantidad de dinero comprometida como pena²⁸. La *poena compromissi* tiene carácter autónomo respecto al objeto del litigio, por lo que es indiferente que aquélla tenga más o menos valor que éste²⁹; como medida sancionadora del incumplimiento alcanza al conjunto del contenido del *compromissum*, pero no opera en forma cumulativa; en consecuencia, cuando el *compromissum* versa sobre varias cuestiones, la pena por incumplimiento es exigible sólo una vez, a no ser que los compromisarios hubiesen acordado que se incurriría en la pena por cada uno de los posibles incumplimientos³⁰.

El mecanismo penalizador ordinario es la estipulación penal y el objeto de la pena una cantidad determinada de dinero; sin embargo, en la práctica de los arbitrajes aparecen diferentes modalidades acordadas por los litigantes, que fueron atraídas al ámbito normativo edictal merced a la interpretación jurisprudencial extensiva de la expresión "*pecunia compromissa*".

Cualquier valor patrimonialmente relevante es susceptible de cumplir la función de pena: la cantidad prometida por estipulación puede ser determinada o determinable con referencia por ejemplo al valor de la cosa en litigio³¹; es suficiente la promesa estipulatoria de cumplir la sentencia arbitral, porque de ella se deriva la posible reclamación de una cantidad indeterminada³² a precisar por el juez; al tomar en consideración el valor patrimonial, resulta posible aceptar como *poena compromissi* la promesa de otra cosa distinta al dinero³³; sin necesidad de estipulación, el requisito de la pena puede cumplirse con un pacto de renuncia a la acción procesal (*pactum de non petendo*) para reclamar una deuda del otro litigante³⁴, e igualmente mediante depósito de una cantidad de dinero o la cosa objeto del litigio para entrega por parte del árbitro al litigante que resulte vencedor³⁵.

Las promesas o sus equivalentes penales tienen que ser recíprocas, aunque no necesariamente homogéneas³⁶, y han de mantenerse operativas en cuanto a su exigibilidad

27 Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden (Leipzig, 1911; reimpr. Aalen, 1965)

28 D. 4.8.3.2 (Paul. 13 ed.): dice el pretor: "el que hubiese asumido un arbitraje mediando una cantidad comprometida como pena".

29 D. 4.8.32 pr.

30 D.4.8.34.1

31 D. 4.8.28

32 D.4.8.27.7; la acción entonces procedente sería la *actio incerti ex stipulatu*.

33 D. 4.8.11.2

34 En D. 4.8.11.3 se contempla un supuesto de deudas recíprocas entre los litigantes compromisarios con sendos pactos de *non petendo*, pero también cabe que un litigante prometa una pena y el otro ofrezca el pacto de no pedir lo que el adversario le debe (D. 4.8.13.1)

35 D. 4.8.11.2

36 D. 4.8.11.2

hasta el momento de la sentencia; de no ser así, queda sin efecto el compromiso³⁷. La pena debe tener, en todo caso, valor patrimonial; el derecho justiniano rompió con ese principio, aunque por breve tiempo, al admitir como pena la sanción meramente sacral cuando el *compromissum* se había efectuado mediante juramento de los litigantes compromisarios³⁸.

La *conventio compromissi* adquiere una relevancia determinante cuando resulta necesario analizar si ha habido o no incumplimiento del acuerdo arbitral. Ello ocurre si se ejercita la acción procesal derivada de la promesa estipulatoria para reclamar el pago de la pena: corresponde entonces demostrar al demandante que el demandado hizo o dejó de hacer algo en contra de lo acordado en el *compromissum*, contraviniendo así la cláusula penal (*si quid adversus ea factum erit sive quid factum non erit*). Con ello, el acuerdo compromisario, los comportamientos de las partes y del propio árbitro emergen al plano del control posterior ante la jurisdicción ordinaria, a la que corresponde decidir si en el caso concreto que motiva la demanda de petición de la pena debe o no ser condenado el demandado.

Aunque el *compromissum* no suponga renuncia a acudir a la jurisdicción ordinaria³⁹, no cabe duda de que si eso ocurre estando pendiente de arbitraje supone un comportamiento contrario al acuerdo compromisario, por lo que se incurre en la pena y queda sin efecto el compromiso⁴⁰. La legislación justiniana convierte en este caso el pago de la pena al adversario en sede judicial en un requisito previo para la admisión de la demanda, a modo de sanción por incumplimiento del compromiso⁴¹.

III. PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO. LA SENTENCIA ARBITRAL

1. Actuaciones ante el árbitro

Con la aceptación del arbitraje (*receptum arbitrii*), el árbitro asume la obligación de dirigir las actuaciones que han de conducirlo a la formación del criterio para dictar sentencia, resolviendo así la controversia entre los litigantes compromisarios. Con anterioridad al Edicto pretorio, el deber del árbitro de dictar sentencia era puramente moral; el derecho pretorio le da carácter imperativo, asumiendo el magistrado, en interés de los litigantes⁴², un cierto control sobre la actuación del árbitro en cuanto al cumplimiento de su obligación de dictar

37 Así ocurre cuando se ha cancelado por aceptación la *poena compromissi* a uno de los compromisarios (D. 4.8.13 pr.); también cuando uno de los litigantes hace cesión de sus bienes en un procedimiento ejecutivo, pues entonces no puede el cedente demandar ni ser demandado por la pena prometida (D. 4.8.17 pr.)

38 C. 2. 55.4.1 y 2 (año 530); deroga esa modalidad de compromiso la Nov. 83.11 (año 539)

39 La oponibilidad de una excepción procesal sería posible si el *compromissum* contenía un *pactum de non petendo* o de no acudir a la jurisdicción ordinaria (D. 4.8.11.3; 13.1); aunque el que hizo el compromiso no ejercite la acción, puede incurrir en la pena por efecto de la solidaridad si lo hace el otro acreedor (D. 4.8.34)

40 D. 4.8.30; 34.1

41 Nov. 83.11.1 (año 539); la disposición legal contempla el planteamiento de la demanda tras una sentencia adversa, pero es igualmente aplicable, naturalmente, si ello se produce antes incluso del pronunciamiento del árbitro.

42 D. 4.8.3.1

sentencia; con ello, el arbitraje compromisario, aun conservando su naturaleza privada, adquiere una dimensión publicística.

La intervención del magistrado se manifiesta en la potestad sancionadora sobre el árbitro que no asume su función con diligencia⁴³ o demora la decisión con riesgo de que transcurra el plazo para dictar sentencia, en cuyo caso el magistrado puede apremiarle para que lo haga⁴⁴; corresponde también al magistrado apreciar la justificación de la causa alegada por el árbitro para dispensarle del arbitraje asumido o concederle un aplazamiento para dictar sentencia.⁴⁵ La intervención pretoria se produce, normalmente, a iniciativa de los litigantes compromisarios o del árbitro, y raramente de oficio⁴⁶; en todo caso, de un modo u otro, su intervención está orientada hacia el cumplimiento de la obligación del árbitro de *sententiam dicere*.

La localidad en la que han de tener lugar las actuaciones puede haber sido establecida por los litigantes en el *compromissum*; en otro caso, se sobreentiende que será aquella en que éste se otorgó; corresponde, en cambio, al árbitro la elección de la sede concreta en la que han de comparecer las partes y los representantes o abogados que hubiesen designado para intervenir en el juicio⁴⁷. El emplazamiento de los litigantes debe ser realizado por el árbitro en forma fehaciente, de modo que tengan aquéllos conocimiento del lugar y fecha en que han de comparecer.

La presencia de ambas partes es una exigencia procesal común al procedimiento formulario y al arbitraje compromisario, pero las consecuencias de la incomparecencia son muy distintas. Al basarse el procedimiento civil en la iniciativa del demandante, su propio interés le llevará a comparecer, pero la ausencia del demandado hace para él imposible el ejercicio de la acción; por ello, el magistrado sanciona su incomparecencia con una multa, y si persiste la ausencia procesal puede decretar la medida del embargo para obligarle a comparecer o satisfacer con ese expediente el interés patrimonial del demandante; en la *cognitio extra ordinem* la incomparecencia del demandado debidamente citado se resuelve con la declaración judicial de rebeldía, continuando las actuaciones con la sola presencia del demandante.

El carácter convencional del procedimiento arbitral sitúa a los litigantes en la misma posición por lo que se refiere al deber de comparecencia, y determina la necesidad

43 D. 4.8.32.12

44 D. 4.8.13.3

45 En D. 4.8.15 y 16 se mencionan, a título ejemplificativo, algunas causas alegables como excusas: una enfermedad sobrevenida, un viaje urgente, el acceso a un cargo público y otras, cuya valoración corresponde al magistrado.

46 El principio de no intervención se menciona en D. 4.8.32.3; puede intervenir de oficio el magistrado para impedir que se dicte sentencia o que no se ejecute la ya dictada, cuando se sometió a arbitraje un asunto que no podía ser dirimido por este procedimiento (D. 4.8.32.6 y 7).

47 D. 4.8.21.10-12; se puede desobedecer impunemente la citación si el emplazamiento no se hace para comparecer en la localidad fijada en el *compromissum* o en el que éste se otorgó (D. 4.8.21.10); no se incurre en la pena si no se comparece el día fijado por el árbitro si éste fallece antes de esa fecha (D. 4.8.40); tampoco si tras la primera convocatoria el árbitro fija la siguiente para una fecha posterior a la establecida como término para dictar sentencia (D. 4.8.21.8).

de que ambos se encuentren presentes, por sí mismos o a través de sus representantes, en todo el curso de las actuaciones ante el árbitro. La incomparecencia de cualquiera de los litigantes compromisarios extingue el *compromissum* y, en consecuencia, el que ha comparecido puede pedir al adversario el pago de la pena⁴⁸; si es el demandado quien no se ha personado, el demandante, además de reclamar la pena, puede ejercitar la acción procesal correspondiente para obtener la satisfacción de su pretensión ante la jurisdicción ordinaria⁴⁹; si el incompareciente es el demandante, el demandado le reclamará el pago de la pena en caso de que ejercite la acción procesal contra él, lo que en la legislación justiniana debe hacer el propio juez antes de aceptar la demanda.

El régimen ahora descrito es el aplicable cuando la incomparecencia es voluntaria, pero la ausencia puede deberse a una causa justificada; en tal caso, el compromiso queda igualmente roto, pero no procede la pena si el ausente está dispuesto a celebrar un nuevo compromiso con el mismo árbitro; si éste no acepta o no está el adversario conforme con acordar un nuevo compromiso, se mantiene la exoneración de la pena para el compromisario que no pudo comparecer,⁵⁰ y el demandante queda en condiciones de acudir a la jurisdicción ordinaria sin riesgo de penalización.

Es común también al procedimiento formulario y al arbitral la admisión de la representación procesal, pero con sustanciales diferencias en cuanto al régimen jurídico: en el procedimiento formulario el representante asume la posición de parte, sustituyendo al titular de la relación jurídica; a pesar de la representación conferida, el representado puede asistir a las actuaciones que se desarrollan ante el magistrado y ante el juez, pero no está obligado a ello⁵¹. No ocurre así en el procedimiento arbitral: el *compromissum* vincula a las partes, y sólo sobre ellas pesa la obligación de pagar la pena prometida; aunque intervengan en las actuaciones por medio de representantes, el árbitro tiene facultad de disponer la presencia de los titulares compromisarios que hicieron las estipulaciones recíprocas⁵², de modo que es precisa su conformidad para que el procedimiento se desarrolle con la sola presencia de los representantes procesales. En tal caso, no es necesario que el árbitro les pida garantía (*cautio de rato*) de que los representados ratificarán su gestión, porque si no lo hacen incurrirán en la pena prometida⁵³.

Las partes litigantes deben guardar la debida consideración y respeto al árbitro en el curso de las actuaciones; si el menosprecio a la autoridad del árbitro revistiera una particular gravedad, puede ponerlo en conocimiento del magistrado y solicitar que le dispense del arbitraje asumido⁵⁴. En cuanto al modo de desempeño de la función arbitral, aunque el

48 C. 2.56.2 (año 283)

49 D.4.8.38

50 D. 4.8.21.9; si se celebra un nuevo compromiso, y el primero estaba garantizado con fiadores, el segundo debe mantener también esa garantía con los mismos u otros fiadores solventes (D. 4.8.25.2).

51 D. 3.3.69

52 D. 4.8.32.18; si se hizo mención de los herederos, el árbitro puede disponer también su comparecencia (D. 4.8.19)

53 D. 4.8.20

54 D. 4.8.9.4 y 11 pr.; el árbitro puede imponer sanciones económicas a un litigante por su incorrecto comportamiento

árbitro no está sometido a específicas normas procedimentales, le son aplicables las comunes relativas al correcto desempeño de la función judicial, como asegurar el derecho de audiencia de ambas partes y observar una actitud imparcial en el desarrollo de las actuaciones.

No es preciso que el juicio sea público, como, en cambio, es requerido en el procedimiento civil ordinario; es más, normalmente no tendrá ese carácter por deseo de las partes. Las prescripciones legales respecto a los días hábiles para las actuaciones judiciales, la duración de las sesiones y del propio proceso no son aplicables al juicio arbitral: la duración del proceso viene determinada por el plazo establecido por los litigantes en el *compromissum* para que el árbitro dicte sentencia, y sólo son inhábiles los días que los compromisarios hubiesen fijado; el árbitro no está obligado a actuar en días judicialmente inhábiles (*dies nefasti*), pero ningún inconveniente existe para que lo haga, e incluso deberá hacerlo si finaliza el plazo para dictar sentencia⁵⁵.

Los usos del procedimiento civil en cuanto a la ordenación de los debates y la práctica de la prueba sirven como referentes en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro; en ambos rige el principio dispositivo, de modo que corresponde a las partes presentar las pruebas, sin que deba el árbitro requerirlas ni interferir en el modo en que los litigantes o sus representantes procesales deseen presentarlas. La legislación justiniana introdujo la posibilidad de alegar en sede judicial como medios de prueba las actuaciones que hubiesen tenido lugar ante el árbitro⁵⁶.

El procedimiento puede quedar interrumpido, y sin efecto el *compromissum*, en caso de fallecimiento de alguno de los litigantes⁵⁷; también si ambos desisten del arbitraje o abandonan la personación en el procedimiento por desacuerdo con el árbitro⁵⁸; en caso de ausencia unilateral de alguno de los litigantes, la interrupción de las actuaciones implica la ruptura del *compromissum*, siendo de aplicación lo anteriormente dicho para el caso de incomparecencia. También se produce la interrupción del procedimiento en caso de fallecimiento del árbitro, inhibición del mismo por excusa aceptada por el magistrado o ausencia voluntaria desentendiéndose del asunto; en estos casos queda sin efecto el *compromissum*.

2. La sentencia arbitral

Juez y árbitro tienen como obligación principal dictar sentencia, y a ambos se garantiza la independencia de criterio en la adopción de su decisión. En la cultura republicana existe una diferencia sustancial entre ambos en cuanto al modo de proceder antes del pronunciamiento

con el adversario (D. 4.8.39)

55 D. 4.8.39 pr.

56 C. 2.55.2 (año 530)

57 No se produce la extinción del compromiso en caso de muerte cuando se hizo para que el árbitro dictara sentencia en presencia de ambas partes o de sus herederos (D. 4.8.47), cuya comparecencia puede entonces disponer también el árbitro (D. 4.8.19); en caso de demencia sobrevenida el procedimiento puede continuar si el *furiosus* tuviere un curador para representarlo en juicio.

58 Si tiempo después volvieren los litigantes al mismo árbitro, éste no está obligado a continuar con el arbitraje (D. 4.8.17.1)

de la sentencia: el magistrado ejerce sus funciones jurisdiccionales contando con un consejo asesor (*consilium*), del que forman parte personas con formación jurídica, que servía también al juez privado para procurarse asesoramiento; esa práctica se introduce igualmente en el proceso que nace a partir de la *cognitio extra ordinem* con la incorporación de la figura profesional del asesor (*adsessor; consiliarius*) como personal auxiliar de la administración de justicia; al igual que los magistrados republicanos, los que ejercen la jurisdicción imperial cuentan también con un *consilium* como órgano de consulta antes de dictar sentencia.

En el procedimiento arbitral no se encuentra este uso, ni ningún otro que pueda asemejarse a él; lo que se espera del árbitro es que decida la controversia según su personal saber y entender, como corresponde a un arbitraje de equidad, y sin el concurso de terceros o de acuerdo con el parecer de otro⁵⁹; el árbitro no está vinculado al derecho objetivo, aunque su conocimiento sea de indudable utilidad para el mejor desempeño de sus funciones⁶⁰; el marco normativo de su actuación, especialmente en relación con la sentencia, está constituido por el *compromissum* y las normas procesales formuladas por interpretación jurisprudencial.

La sentencia debe ser dictada dentro del plazo establecido en el *compromissum* por los litigantes; si no se hubiese señalado plazo, deberá el árbitro fijar uno de acuerdo con las partes⁶¹; una prórroga del plazo requiere también la autorización de los litigantes, que pueden desobedecer impunemente al árbitro si éste fija unilateralmente un nuevo plazo⁶². Una intervención pretoria para conceder una prórroga se presenta como excepcional: requiere que el árbitro declare bajo juramento que aún no está bastante claro el asunto para él.⁶³ La sentencia dictada fuera de plazo es nula, y no incurre en la pena quien no la acata⁶⁴. La situación que se produce es la de ausencia de sentencia, equivalente a que no hubiese sido dictada por morosidad del árbitro o desentendimiento por su parte del asunto que los litigantes sometieron a su arbitraje.

La obligación del árbitro de dictar sentencia dentro del plazo establecido y la nulidad de la pronunciada fuera de ese marco temporal se corresponden con el régimen aplicable al juez privado en el procedimiento formulario: la sentencia debía ser dictada antes de que concluyera el mandato de la magistratura anual; una sentencia dictada con posterioridad carecía de validez y la acción procesal no podía volver a ejercitarse debido al efecto consuntivo

59 D. 4.8.17.3; el propio árbitro podría provocar la nulidad de la sentencia si decide incorporar a otro, porque ello no estaba previsto en el compromiso (D. 4.8.32.17)

60 Resulta esclarecedor el reproche justiniano a los litigantes que frecuentemente escogen como árbitros a personas ignorantes en derecho, acudiendo después a los tribunales al no quedar conformes con la sentencia arbitral (Nov. 83.11 pr.; año 539)

61 D. 4.8.14

62 D. 4.8.32.21; 27 pr.; 32.1

63 *Iusiurandum rem sibi non liquere* (D. 4.8.13.4); es posible, aunque no conste en las fuentes, que, al igual que el juez privado (D. 42.1.36), también el árbitro podría utilizar este juramento para inhibirse definitivamente de la obligación de dictar sentencia.

64 C. 2.55.1 (año 213); se entiende dictada también fuera de plazo la pronunciada por el árbitro en el tiempo prorrogado por su decisión unilateral, aunque hubiesen comparecido los litigantes (D. 4.8.50)

de la *litis contestatio*; la ausencia de sentencia producía, pues, la caducidad del litigio (*mors litis*), y a ese mismo resultado conducía una sentencia nula por no ajustarse al texto de la fórmula⁶⁵. El derecho pretorio trasladaba entonces al juez el daño procesal causado al demandante, quien disponía de una acción específica para exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial⁶⁶.

El efecto procesal de la *mors litis* y la sanción correspondiente contra el juez causante de la misma se mantiene para el procedimiento formulario en la primera época del Principado⁶⁷, pero no opera, en cambio, en la nueva jurisdicción de la *cognitio extra ordinem*; desde mediados del siglo II d.C. resulta posible en el ámbito de esa jurisdicción rescindir las actuaciones procesales realizadas conforme a la legalidad del procedimiento formulario, con lo que la caducidad del litigio deja de ser un problema para el demandante, y cambia el significado y función de la acción de responsabilidad civil contra el juez⁶⁸. La legislación procesal, sobre todo desde principios del siglo IV d.C., establece plazos para la terminación de los juicios⁶⁹, e igual preocupación por su dilación se encuentra en la legislación justiniana⁷⁰, pero la infracción de los plazos legales no produce el efecto de la caducidad del litigio.

La ausencia de sentencia por causa imputable al árbitro no produce el daño procesal que el juez privado causa al demandante debido a la *mors litis*. Vencido el plazo, eventualmente prorrogado, se extingue el *compromissum*, pero si ambos litigantes están conformes pueden otorgar uno nuevo con el mismo árbitro, que está obligado a aceptar si hubo mora por su parte⁷¹; de no producirse ese acuerdo, el demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria. El Edicto pretorio no preveía ninguna acción de responsabilidad contra el árbitro que no había dictado sentencia; una sanción administrativa consistente en una multa impuesta por el magistrado era siempre posible, y entraba dentro de su potestad coercitiva y sancionadora⁷².

Un resultado equivalente a la ausencia de sentencia arbitral se produce cuando concurren en ella vicios procesales cuya alegación permite considerarla ineficaz y, por tanto,

65 Gai. 4.52

66 *Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*; Aul. Gell.10.1.5; *lex Irnitana*, X (cap. 91); Gai. 4.52

67 Gai. 4.104 y 105, informa sobre la regulación establecida por la *lex Iulia de iudiciis privatis* (año 17 a.C.)

68 En D. 5.1.15.1 (Ulp. 21 ed.) *litem suam facere* es dictar sentencia con dolo por enemistad, soborno o por favorecer a una parte; la sentencia es nula y el perjudicado puede reclamar al juez el daño patrimonial causado con su decisión. Esta conducta procesal hace ahora referencia a cualquier juez, y no ya exclusivamente al del procedimiento formulario. El ilícito *litem suam facere* se amplía después (D. 50.13.6) a cualquier perjuicio patrimonial ocasionado por una sentencia injusta, aunque fuese debida a imprudencia del juez (IJ. 4.5 pr.)

69 CT. 1.16.1 (año 313); 2.15.1 (año 319); 12-1-181 pr. (año 416)

70 C. 3.1.13 (año 530); pueden imponerse al juez sanciones económicas por la dilación de los juicios (*Nov.* 17.3; año 535; 85.1.; año 539)

71 D. 4.8.21.5

72 No es descartable que, en caso de que la posibilidad de ejercicio de la acción del demandante hubiese quedado frustrada, por ejemplo por prescripción, pudiese obtener tutela jurisdiccional contra el árbitro mediante una acción decretal semejante a la que procedía contra el juez que no dio sentencia o dictaba una procesalmente nula; en el derecho justiniano el ilícito *litem suam facere* podría servir a los litigantes para exigir responsabilidad al árbitro, en virtud de la equiparación funcional con el juez.

no sancionable su incumplimiento con la pena prometida. A tenor de los criterios formulados por la Jurisprudencia, no es válida la sentencia de contenido indeterminado⁷³ o cuando elude el pronunciamiento sobre algunas cuestiones,⁷⁴ que constaban en el *compromissum* como sometidas a la decisión conjunta del árbitro⁷⁵.

Algunos requisitos de la sentencia arbitral presentan peculiaridades respecto al régimen del procedimiento ordinario. La norma del juez unipersonal del procedimiento formulario⁷⁶ no rige en los arbitrajes compromisarios; si la designación de varios árbitros se hizo para que la sentencia fuera acordada con la participación de todos en la decisión, es inválida la dictada en ausencia de alguno de ellos. Cuando el número de árbitros es impar rige el criterio de la mayoría, pero si el compromiso se hizo para dos árbitros existe el riesgo de que la controversia quede sin resolver por desacuerdo entre ellos; en tal caso, la Jurisprudencia entiende que debe intervenir el magistrado para obligarles a elegir a un tercero determinado cuya autoridad deben acatar⁷⁷. La ausencia de alguno de los árbitros no impide dictar una sentencia válida cuando así se acordó en el *compromissum*.

El carácter convencional del arbitraje requiere que la sentencia se dicte en presencia de las partes; se trata de un requisito no coincidente con el régimen del procedimiento civil ordinario: en el procedimiento formulario la presencia de los litigantes es necesaria hasta el término de las actuaciones ante el magistrado, pero la incomparecencia ante el juez no impide dictar sentencia: si el demandante no comparece el demandado será absuelto como consecuencia de no darse por probada la pretensión del actor, y si es el demandado quien está ausente, su condena se derivará de que el juez considera suficiente la fundamentación probatoria de las alegaciones del demandante; en la *cognitio extra ordinem* se admite que el proceso se desarrolle en situación contumacial del demandado con la sola presencia del demandante, por lo que la sentencia puede dictarse en ausencia de éste⁷⁸.

El convenio arbitral permite, sin embargo, que se acuerde que la sentencia se dé en ausencia de una de las partes; si no se ha hecho esta previsión, la ausencia de cualquiera de los litigantes compromisarios impide el pronunciamiento de la sentencia; ello supone el incumplimiento del *compromissum* y al ausente se le puede reclamar la pena⁷⁹; de todos modos, hay que considerar aplicable a esta situación lo que rige en el supuesto de la incomparecencia tras la convocatoria del árbitro.

73 D. 4.8.21.3 (Ulp. 13 ed.): por ejemplo: "devuélvele cuanto le debes", o "cóbrate en lo que has pagado a tus acreedores"

74 D. 4.8.32.16

75 D. 4.8.19

76 En algunos juicios actuaban tribunales colegiados de tres o cinco miembros (*recuperatores*), en razón del interés publicístico de la materia; las decisiones en estos juicios, y en especial, la sentencia, se toman por mayoría de votos.

77 D. 4.8.32.13; 17. 6 y 7

78 C. 7.43

79 D. 4.8.27.4; esto es igualmente aplicable cuando los litigantes compromisarios están presentes y uno de ellos impide que el árbitro dicte sentencia (D. 4.8.27.6)

El pronunciamiento de la sentencia es un acto oral; se trata de un requisito de validez común a todas las sentencias, judiciales y arbitrales, que se mantiene inalterado en el derecho procesal incluso cuando se introdujo oficialmente la redacción escrita de las sentencias⁸⁰. Carecemos de información relativa a textos de sentencias arbitrales, pero debe darse por segura la práctica de su documentación privada (*testatio*), de igual modo que se hacía con el *compromissum*; sin la redacción de un testimonio de la sentencia arbitral resultaría de difícil verificación probatoria su contenido, a efectos de valorar el cumplimiento, y mucho menos el análisis de la congruencia con el *compromissum*, tal como aparece planteado en los escritos jurisprudenciales. El testimonio documental de la sentencia recogería simplemente el fallo, al no requerir motivación, como tampoco lo exigía la sentencia judicial.

Una vez dictada, la sentencia no puede ser modificada por el árbitro, aunque hubiese incurrido en un error⁸¹; este criterio es aplicable a las sentencias definitivas, por lo que resulta posible modificar el pronunciamiento anterior sobre alguna de las varias cuestiones sometidas a su decisión, antes de emitir la sentencia conjunta sobre todas ellas, de conformidad con el acuerdo compromisario⁸².

Si la sentencia es desfavorable a la pretensión del demandante puede el árbitro hacer un expreso pronunciamiento de que no debe reclamar ante la jurisdicción ordinaria; de todos modos, aunque no se haga constar esa prohibición, el ejercicio de la acción procesal supone incumplimiento de la sentencia y legitima al demandado a pedir la pena prometida⁸³.

El contenido de la condena dependerá del objeto del compromiso: puede ser pecuniaria, ordenar la restitución de una cosa, imponer un determinado comportamiento de hacer o no hacer, o revestir otras modalidades; desde este punto de vista, la sentencia arbitral se disocia del carácter necesariamente pecuniario que tenía la sentencia del juez privado en el procedimiento formulario, a tenor de la estructura que presentaba la fórmula procesal, y anticipa la variedad de contenido que adoptará la sentencia en la *cognitio extra ordinem*.

El cumplimiento debe hacerse dentro del plazo fijado a tal efecto por el árbitro; de no haberse establecido plazo, ha de dejarse transcurrir un *modicum spatium temporis* para que pueda pedirse la pena⁸⁴; el que ha incurrido en mora, sin embargo, queda exonerado de la pena si ofrece el cumplimiento al adversario y éste acepta. Corresponde también al ministerio del árbitro establecer cómo debe cumplirse la sentencia: así, de qué modo se debe entregar

80 Se requiere, en todo caso, la lectura de la sentencia; si sólo se comunica por escrito el acto es nulo (C. 7.44.1; año 371)

81 El principio de intangibilidad de la sentencia arbitral es tomado del procedimiento formulario: ni el juez (D. 42.1.62) ni el magistrado (D. 42.1.14) pueden modificar la sentencia una vez dictada.

82 D.4.8.19.1-2; 20; 21 pr.

83 D. 4.8.21.1; en la legislación justiniana (*Nov. 872 c.1*) se considera lícito apartarse de lo juzgado por el árbitro pagando la pena prometida.

84 D.4.8.21.12.- No se incurre en la pena si por enfermedad u otra justa causa no estaba en condiciones de recibir el pago o la entrega de la cosa la persona indicada por el árbitro o hubiese ésta rehusado hacerlo; subsiste, sin embargo, la obligación de cumplir la sentencia, por lo que renace la situación de incumplimiento con la consiguiente exigibilidad de la pena desde el momento en que estuviese dispuesta a recibir la prestación quien antes no quiso aceptarla (D. 4.8.23.1 y 24)

la finca libre de cargas (*vacua possessio*), cómo ha de garantizarse y con qué fiadores; estas particularidades constituyen parte de la sentencia, por lo que no se pueden delegar, a menos que en el compromiso se hubiese facultado para ello al árbitro⁸⁵.

La *poena compromissi* puede ser exigida al heredero del litigante compromisario fallecido antes de haber cumplido la sentencia arbitral, a menos que estuviese el heredero dispuesto al cumplimiento; de igual modo, si el árbitro había prohibido que un compromisario reclamara del otro, si reclama el heredero incurre en la pena⁸⁶; existe en estos casos una relación de identidad entre la persona del fallecido y la del heredero debido a la sucesión hereditaria. Una relación semejante se produce por efecto de la solidaridad: constituye incumplimiento de la sentencia arbitral la reclamación por vía judicial de una deuda que el árbitro prohibió al acreedor que se reclamara; ese incumplimiento se da igualmente si se demanda al fiador, porque de hecho se reclama al deudor, que tendrá que reembolsar al garante lo que éste pagó al acreedor; pero si se contrajo el compromiso con el fiador, y se pidiera al deudor, no se incurre en la pena, salvo que afectara al fiador⁸⁷.

3. Reclamación de la pena por incumplimiento

La sentencia arbitral no es apelable. En el período tardo-republicano en que se produce el reconocimiento de los arbitrajes compromisarios por el derecho pretorio tampoco era apelable la sentencia dictada por el juez del procedimiento formulario; la progresiva generalización de la apelación contra cualquier sentencia en la nueva legalidad procesal derivada de la *cognitio extra ordinem* no alcanza a la sentencia dictada por los árbitros compromisarios. Las peticiones de particulares que llegan a la Cancillería imperial son rechazadas, reafirmando al hacerlo la improcedencia de la apelación, lo que se reitera en sucesivas ocasiones y se mantiene en el derecho justiniano⁸⁸.

La exclusión de la apelación tiene su lógica fundamentación en que son las partes litigantes quienes eligen a los árbitros y, en consecuencia, deben acatar la sentencia, tanto si es justa como si es injusta⁸⁹. Es cierto que también el juez privado del procedimiento formulario es elegido por los litigantes, pero recibe el nombramiento y el mandato de juzgar del magistrado, mientras que en el arbitraje el árbitro recibe sólo de las partes el encargo de resolver la controversia; por otro lado, el procedimiento no se desarrolla dentro de la legalidad procesal y discurre fuera del ámbito jurisdiccional y del orden normativo que el juez, en cambio, debe aplicar. Al no admitirse la apelación, se sitúa en un primer plano la relevancia de los vicios que podrían conducir a considerar ineficaz la sentencia arbitral.

85 D. 4.8.32.16 y 20

86 D.4.8.27.1; 37

87 D. 4.8.29

88 En D. 4.8.32.14 (Paul. 13 ed.) se hace referencia a un rescripto del emperador Antonino Caracalla, que recuerda que no cabe apelación contra la sentencia del árbitro, y en C. 2.55.1 (año 213) se reitera el mismo criterio.

89 D. 4.8.27.2 (Ulp. 13 ed.): la sentencia que el árbitro hubiese pronunciado sobre la cuestión debe cumplirse, tanto si es justa como si es injusta, y que sufra las consecuencias el mismo que hizo el compromiso.

En el procedimiento formulario la impugnación de la validez procesal de la sentencia podía ser planteada por el demandado oponiendo una excepción a la acción ejecutiva entablada por el demandante para exigir el cumplimiento del *iudicatum*; el demandante vencido, por su parte, tenía la posibilidad de ejercitar de nuevo la acción y suscitar la cuestión de nulidad a través de réplica contra la excepción de cosa juzgada invocada por el demandado; en la *cognitio extra ordinem* se introduce un juicio rescisorio especial para la impugnación de la sentencia por vicios procesales o por ser abiertamente contraria al derecho legal. Al estar situada la sentencia arbitral fuera del ámbito jurisdiccional y carecer de eficacia ejecutiva, no era aplicable la vía de impugnación del procedimiento formulario, pero tampoco se contempla la posibilidad de su rescisión ni en la *cognitio extra ordinem* ni en el proceso postclásico-justiniano.

El problema fue resuelto por la Jurisprudencia articulando la discusión sobre la validez de la sentencia arbitral en torno a la cuestión de si resultaba o no procedente el pago de la *poena compromissi*; la discusión se plantea situando la sentencia arbitral dentro de parámetros procesales, lo que conduce de hecho a la revocación de la sentencia. Sirve para ello la interposición de una excepción procesal, ordinariamente la de dolo, frente a la acción mediante la que se reclama el pago de la *poena compromissi* por incumplimiento de la sentencia arbitral⁹⁰.

Ante todo, es preciso considerar los posibles vicios en la base negocial del arbitraje, que harían nulo de pleno derecho en el ámbito de la legalidad edictal el *compromissum* o el *receptum arbitrii*; en estos casos, si se ejercitara la acción para reclamar la pena por incumplimiento sería directamente denegada por el magistrado. Una excepción procesal se haría, en cambio, necesaria cuando se cuestionara la validez de la sentencia por vicios puramente procesales al no resultar congruente con el *compromissum*, o por incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para su eficacia.

La sentencia es impugnabile por quien resultó perjudicado por la misma si el árbitro actuó por enemistad contra él⁹¹ o para favorecer a la otra parte, lo que reviste especial gravedad en caso de que hubiese incurrido en venalidad⁹²; a la petición de la pena puede oponerse entonces una excepción de dolo, que resulta igualmente procedente cuando el litigante que ejercita la acción hubiese corrompido al representante procesal o al abogado de su adversario, o si de cualquier modo actuó dolosamente contra él en las actuaciones ante el árbitro. La cláusula de dolo de la estipulación permite en estos supuestos la reclamación de la pena, y si no se ha añadido esa cláusula procede subsidiariamente la acción de dolo⁹³.

Tan sólo la sentencia *iure perfecta* resulta, por tanto, de obligado cumplimiento, pero el pago de la pena pecuniaria es el único medio coactivo contra el demandado vencido o contra el demandante no satisfecho con la sentencia arbitral; éste puede acudir a la

90 En D. 4.8.32.14 (Paul 13 ed.) se dice, significativamente, que por medio de esta excepción hay cierta especie de apelación, pues resulta lícito revocar la sentencia del árbitro.

91 D. 4.8.32.14

92 C. 2.55.3 (año 293-304)

93 D.4.8.31

jurisdicción ordinaria y ejercitar la acción procesal correspondiente y aquél negarse a cumplir la sentencia dictada por el árbitro.

El derecho justiniano acogió el régimen de la pena convencional como medio coactivo para asegurar el acatamiento de la sentencia arbitral y mantiene también el principio de no admisión de la apelación y de que la sentencia arbitral carece de valor de cosa juzgada. Por primera vez, sin embargo, se atribuye eficacia ejecutiva a la sentencia arbitral en dos supuestos: cuando los litigantes compromisarios se obligaron por juramento a acatar la sentencia arbitral, y en caso de que, aun sin prestar juramento, hubiesen manifestado su conformidad con la sentencia tras su pronunciamiento, lo que tácitamente debía entenderse si transcurridos diez días ninguna de las partes hubiese manifestado a la otra o al árbitro su disconformidad con la sentencia recaída⁹⁴.

La nueva modalidad de compromiso acompañado de juramento fue derogada por una disposición poco posterior,⁹⁵ manteniéndose, sin embargo, el segundo supuesto: el demandante dispone de una acción especial (*actio in factum*) con finalidad ejecutiva, y el demandado de una excepción (*exceptio veluti pacti*) para paralizar la acción del demandante si acude a la jurisdicción ordinaria; de acuerdo con el régimen de la estipulación penal, la reclamación de la pena se sitúa en posición de concurrencia electiva con estos recursos procesales.

De este modo, y aunque en medida limitada, se abría la posibilidad de atribución de eficacia ejecutiva a la sentencia arbitral, pero ello dejaba también abierto el espacio para la regulación legislativa de las condiciones que deben concurrir tanto en la base negocial como procesal del arbitraje para que la sentencia arbitral pueda ser ejecutada acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA:

De Ruggiero, L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i romani (Roma, 1893; reimpr.1971); La Pira, *Compromissum* e *litis contestatio* formulare, en Studi Riccobono, II (Palermo, 1936), pp. 187 ss., Broggin, *Iudex arbiterve* (Köln-Graz, 1957); Talamanca, Ricerche in tema di "*compromissum*" (Milano, 1958); Bonifacio, s.v. *Compromesso*, en NNDI 3 (1959); Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (München, 1971); Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, en *Rivista dell'arbitrato* 1 (1966) pp. 1 ss.

94 C. 2.55.1; 5 y 6 (año 530)

95 Nov. 82.11 (año 539): restablece la promesa de pago de una pena pecuniaria como único modo coactivo del cumplimiento de la sentencia arbitral.