

ESTUDIOS EN HOMENAJE  
A LA PROFESORA  
TERESA PUENTE

Lorenzo Prats, coord.

VOLUM II

DEPARTAMENT DE DRET CIVIL  
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
1996

## NOTAS SOBRE ARBITER Y IUDEX EN EL PROCESO DEL ORDO

Alejandro Valiño  
Universitat de València

Como es sabido, el arbitraje romano que más se ha estudiado giraba en torno a la institución del *compromissum* y a la asunción de la obligación de resolver la contienda por parte del que aceptaba ser árbitro (*receptum arbitri*). Al menos esto es lo que parece más probable en el derecho clásico. Dentro del sistema judicial romano llama la atención que al lado del procedimiento bipartito, se permitiera que las partes pudieran acudir libremente a una persona, no magistrado, y que ésta conociera y resolviera enteramente la controversia. La distinción entre la *iurisdictio* y la *iudicatio* queda, pues, en este ámbito en suspenso y, sin embargo, el Pretor admite en su Edicto que los particulares puedan decidir así válidamente una controversia.

El problema planteado inicialmente es doble. Se trata, en primer lugar, de que las partes se comprometan verdaderamente, mediante un pacto, a resolver su discrepancia, sin acudir *in iure* ante el magistrado, de manera que si uno demandaba de esta forma, la otra parte podría defenderse mediante la consabida *exceptio pacti*. Para ello sirve el «*compromissum*», que supone una especie de pacto (y como tal superador de un estado de «violencia» (*vis*) entre los litigantes), que ocupa de alguna manera el lugar de la *litis contestatio* en el procedimiento formulario. El de los testigos en ésta parece ocuparlo el árbitro, pero mientras aquellos intervenían inicialmente y de forma pasiva en la *litis contestatio* (de ahí su nombre, derivado de *testis*), el *arbitrator* interviene en el juicio amistoso, pero activamente, tratando de llegar a una solución conciliadora de sus diferencias. De otra parte, no existe en el arbitraje un «*iussum iudicandi*» que se imponga al juez elegido; en el *arbitrium* no hay una obligación porque se basa en un simple pacto, que el Derecho romano clásico no puede producirla, y de ahí que las fuentes hablen de una especie de remedio administrativo (*cogere*) que pesa sobre el árbitro. Es sabido, por otro lado, que las partes que celebraban este compromiso, para hacer exigible el respeto al mismo, se cruzaban unas estipulaciones penales simétricas, por si alguno no estaba dispuesto a aceptar la decisión que pronunciara el amigable componedor. En este punto, aunque el compromiso se desarrollaba en un ambiente de máxima libertad y casi de

espaldas al sistema procesal civil ordinario, las partes acudían a una institución tan civil como la *stipulatio poenae* para asegurarse recíprocamente que el laudo sería cumplido.<sup>1</sup> Este complejo convenio podía ir acompañado también de medidas cautelares, como prendas recíprocas, entregas de cantidades de dinero (al modo de la vieja apuesta sacramental) o podía ocurrir incluso que el objeto litigioso quedara judicialmente depositado en manos de un tercero (que podía ser el mismo árbitro), que actuaba como si fuera un *sequester*.

El otro eje fundamental del arbitraje era la actividad del *arbiter*,<sup>2</sup> a quien se exigían prácticamente las mismas condiciones de capacidad que a los jueces privados. Pero tenía que obligarse expresamente a resolver mediante el llamado *receptum arbitri*, en el que el árbitro actúa en cierto modo como encargado de las partes, en una posición jurídica no muy diferente a la de un mandatario; que puede verse incluso obligado a resolver una controversia entre los herederos de quienes le designaron.

Con anterioridad, y quizá desde luego a partir de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, se refleja en las fuentes una cierta indistinción entre la figura de juez y la del árbitro y ello incluso dentro del esquema del «sistema de los juicios privados» (*ordo iudiciorum privatorum*). Tan es así que algunos autores hablan de *arbitria* en lugar de *iudicia* o de *actiones*, dando, así, aparentemente, mayor relieve a la función del árbitro frente a la del *iudex unus*. En efecto la ley de las XII Tablas, además de para algún otro caso, prescribía que las disputas relativas a límites se plantearan ante tres *arbitri*. De esta ley parece que provenía igualmente el llamado *arbitrium de aqua pluvia arcenda*,<sup>3</sup> el *arbitrium familiae erciscundae*,<sup>4</sup> sobre el que se modeló el *arbitrium communi dividundo*.<sup>5</sup> Esta acción requiere que se designe un árbitro entre los afectados (*actio iubet postulantibus his arbitrum dari*), bajo cuya autoridad pueda dividirse la cosa común. Asimismo no deja de ser significativo que Cicerón<sup>6</sup> contraponga a la *actio certae creditae pecuniae*, como tipo de una de las dos grandes clases de acciones dentro del procedimiento ordinario —como forma de *iudicia*—, al *arbitrium pro socio*, y sitúa además en diversos lugares,<sup>7</sup> bajo el mismo punto de vista los *arbitria de tutelis, fiduciis, mandatis, rebus emptis-venditis, conductis-locatis* y también de *negotiis gestis* y *rei*

*uxoriae*,<sup>8</sup> considerando que todos ellos son *arbitria in quibus additur ex fide bona* u otros términos parecidos; probablemente los contraponen a *iudicia sine lege*, y también habla de *arbitria honoraria*, por oposición a los *iudicia legitima*.<sup>9</sup>

Si examinamos con cierto detenimiento el conjunto de acciones a los que se llama también *arbitria* puede observarse lo siguiente. En primer lugar reciben este nombre todas las acciones que luego se llaman de buena fe y que figuran en el catálogo completo para la época clásica de las acciones de buena fe que cita Gayo,<sup>10</sup> donde, claro está, no figura ni el comodato ni la acción pignoraticia. Las otras acciones, por lo demás, tienen alguna singularidad o su fórmula no es bien conocida. En primer lugar la *actio aquae pluviae arcendae*, presunta acción civil peculiar (que mencionaría un *arcere oportere* en la fórmula, si seguimos la reconstrucción de Lenel), pero que, como otras de naturaleza similar, pudo haber sido sustituida en la época clásica por una *actio in factum*,<sup>11</sup> para sancionar el dolo del que altera el curso normal del agua de lluvia, aunque esto es una hipótesis que está por estudiar y demostrar. Luego está el grupo de las acciones divisorias, que, incluso presentándose como acciones de derecho estricto, puesto que no tenían la cláusula *ex fide bona*, lo cierto es que tenían *adiudicatio* y esto las hacía distintas de la *condictio*, que quizá fuera el prototipo de las fórmulas de derecho estricto por haber sido la versión formularia, a través de la ley Ebuca, de la *legis actio per conductionem*. Las acciones divisorias, sin embargo, estuvieron sancionadas antiguamente por la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, que es causal y no abstracta como la anterior, y es el precedente de las acciones de buena fe. No se puede decir que las acciones divisorias fueran de buena fe, pero constituyen una categoría aparte dentro de las de derecho estricto, no sólo por tener *adiudicatio*, sino por ir de ordinario acompañadas de una acción como la *actio pro socio*, cuando se trata de la *actio communi dividundo* o de la mal conocida *hereditatis petitio* (que Justiniano considera como «mixta» y «de buena fe») que suele ir acompañada de la *actio familiae erciscundae*. Esta explicación no puede extenderse, sin embargo, a la mal conocida *actio finium regundorum*.<sup>12</sup> Aparte de esto hay que poner de relieve a propósito de ellas que, frente a su habitual tratamiento sistemático en sede del dominio y de los derechos reales, se trata de acciones personales (aunque tengan efectos «reales»), como lo probaría el hecho de que la indefesión en las mismas da lugar a la *missio in bona* y no a la *missio in possessionem*, característica de los acciones reales, y, además, por el hecho de que el juez en estos juicios puede condenar a indemnizarse algo entre las partes,<sup>13</sup> aparte de la diferencia del efecto consuntivo, *ipso iure* u *ope exceptionis* en la respectiva *litis contestatio*.

8. Cicerón, *Top.* 17.

9. Cicerón, *Pro Q. Rosc.* 5; *off.* III, 15; y D. 42, 1, 15 pr. a *divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicium a se datorum vel «arbitrorum» sententiam essequantur hi qui eos dederunt...* 10. Gai. 4, 62.

11. Así D'Ors, *Derecho Privado Romano*<sup>2</sup> 4. (Pamplona 1991) § 154 p. 202. n. 4.

12. Como se acredita leyendo la exposición que sobre la misma aparece en el *Novissimo Digesto Italiano* Tomo XV p. 247 y ss.; igualmente vid. D'Ors, *DPR* cit. p. 201 n. 1.

13. A. D'Ors, *Elementos de Derecho Privado Romano*<sup>2</sup> 4. (Pamplona 1992) p. 97.

1. Así pues, si un litigante quería incumplir el laudo quedaría sometido a la *actio ex stipulatu*, derivada de la estipulación penal, que entablaría el otro.

2. Sobre el origen etimológico de *arbiter*, vid. Albanese, *Il processo privato romano delle Legis Actiones* (Palermo 1987) p. 128; Scherillo, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano. Il processo* (Milano 1969) p. 123 n. 13; *adbaeterz* significaría «dirigirse a un lugar para resolver un asunto», actividad que es necesaria para las operaciones técnicas del árbitro. Ello serviría para explicar que el árbitro, antes que discutir sobre la razón o sinrazón de un litigante, tendría que realizar una labor técnica como la fijación del valor de un bien, indicación de las formas más racionales para la división de una herencia o de otros patrimonios, comprobación de la identidad de un objeto.

3. Cicerón, *Top.* 9 y 5. D. 22, 3, 28; D. 39, 3, 23, 2; D. 39, 3, 24, 1; D. 39, 3, 24, 2; D. 40, 7, 21 pr. 4. D. 10, 2, 1 pr.; 43; 47 pr.; 51 pr.; 52, 2 y 57.

5. San Isidoro, *Etymologiarum* 5, 25, 10 (edición de la B.A.C.). D. 10, 3, 26.

6. Cicerón, *Pro Q. Rosc.* 4, 5 y 9.

7. Cicerón, *Pro Q. Rosc.* 6; *off.* III, 17; *Top.* 17; *ad fam.* 7, 12, 2; *Nat. Deor.* III, 30.

Cabría preguntarse por qué, a pesar de la oposición existente entre las palabras *iudex*, *iudicium* y las palabras *arbitrator*, *arbitrium*, se encuentra sin embargo bastante a menudo, —incluso en el derecho arcaico—, la expresión *iudicium* empleada como comprendiendo en su significado también el *arbitrium*. La misma pregunta cabe sobre cómo el *arbitrium*, de opuesto que era al *iudicium*, se ha convertido más tarde en una división de este último, y cómo se establece la distinción nueva de las acciones en *stricti iuris* y *iudiciae bonae fidei*, distinción visiblemente surgida de la diferencia primitiva entre *iudicia* y *arbitria*, a la que ella no respondía más de que de una forma imperfecta.<sup>14</sup> Podría también preguntarse si hay alguna relación entre la llamada *actio arbitraria* y el antiguo *arbitrium*.<sup>15</sup> Parece probable que todo *arbitrium*<sup>16</sup> no presupone una cláusula arbitraria, como tampoco, al contrario, una *arbitraria actio* no es un *arbitrium*.<sup>17</sup>

Por último, hay que tener cuidado con no confundir estos *arbitri* con los *arbitri ex compromisso*<sup>18</sup> y por otra parte con los también llamados *arbitri* que utilizaban los magistrados con distintos fines en el esquema de la *cognitio extra ordinem*.

Quizá la diferencia estriba, como reconocen buen número de autores, en que el árbitro actuaba más bien como tasador pericial en todos aquellos supuestos en los que había que hacer una estimación pecuniaria y la *intentio* era incierta, de manera que la *condemnatio* pecuniaria tenía que concretarse en la fijación de una condena en dinero. Curiosamente, sin embargo, en una fase más avanzada del procedimiento clásico, aparecen menos frecuentemente los árbitros —en lugar de los jueces— en el proceso. Ello quizá podría explicarse, aunque no conocemos apoyo textual para ello, por la razón de que los jueces elegidos debían de disponer, junto al *consilium* de los juristas de otro de tasadores periciales que les permitieran fijar las preceptivas *condemnationes* pecuniarias. Una prueba de ello, que se remonta ya a las Instituciones de Gayo, es que no hay ningún testimonio formulario recogido en el que aparezca la expresión *arbitrator esto*, en

14. Gai. 4, 114: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicium accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praecipuos absolvere eum debere existimant: nec interesse, cuius generis sit iudicium. Et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. .... de bonae fidei autem iudicis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudicis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia...*

15. Gai. 4, 141: *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve iur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit vel, an factum non sit, quod is fieri iusserit. Et modo cum poena agitur modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agitur, sine poena, velut cum arbitratore petitur: et quidem ex prohibitoris interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoris vero vel exhibitoris modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur. Vid. sobre la continuación del procedimiento interdical per formulam arbitratarium, Llanos, *La restitución en la posesión (el interdicho «quod vi aut clam»)* (Castellón 1995) p. 49 y ss.*

16. I.J. 4, 6, 31; Gai. 4, 163; 141.

17. Savigny, *System* 5, § 222 p. 125 y ss., expresa una opinión contraria.

18. D. 4, 8, 1 Paul. 2 ad ed.: *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet... 3, 2: Ait praetor: « qui arbitrium pecunia compromissa receperit »: D. 5, 1, 81: 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.*

tanto que hay los de *Octavius* (etc.) *iudex esto*. Esto podría explicarse, claro es, por la razón de que en el arbitraje *ex compromisso* no hay intervención del pretor, sino que todo el procedimiento se ventila bajo la dirección del árbitro y, por consiguiente, con absoluta discrecionalidad por parte de éste en cuanto a la fijación de los términos de litigio, a la valoración de las pruebas, etc., de manera que en este sentido quizá no sea exagerado decir que el árbitro *ex compromisso* actuaba siempre como si el litigio planteado fuera *ex fide bona*, esto es, dotado de las mayores libertades para mejor resolver e conflicto ante él planteado.

En todo caso, el estudio del tratamiento romano del arbitraje tropieza con la dificultad de que las fuentes sobre la materia son bastante escasas. Quizá, en efecto, la institución no tenía en Roma demasiada razón de ser, puesto que el sistema de los juicios privados, con las garantías de la bipartición del proceso y, sobre todo, la posibilidad de elegir a un juez particular —y no a un empleado público— para decidir un litigio privado, unido a la agilidad y a la rapidez en la solución de los litigios, cumplían de alguna manera la función que en otras culturas y en otros tiempos ha venido desempeñando la figura del arbitraje. Quizá por ello, a pesar de todo, en Roma el arbitraje *ex compromisso* debió de ser una institución poco usada. De ahí la parquedad con la que informan las fuentes acerca de la misma.

El arbitraje se presenta, en reciente opinión de A. D'Ors, como una consecuencia de la inoperatividad y del mal funcionamiento de la administración de justicia convencional.<sup>19</sup> Por esta misma razón el propio legislador español ha creado una nueva ley de arbitraje, más generosa y amplia que la anterior de 1953, realizada esta última en un momento en el que, quizá por la falta de democracia y por una consiguiente inferior judicialización de la vida ciudadana, el recurso al arbitraje era mucho menos habitual. A. D'Ors pone también de relieve, a propósito del sistema judicial en China, que «conforme con la doctrina de Confucio, las discrepancias personales deben resolverse siempre pacíficamente, mediante la intervención de un árbitro compondor entre las partes en conflicto. Esta doctrina fue tan influyente a lo largo de la historia jurídica china, que según parece, el 80 % de las causas civiles, incluyendo los juicios de faltas, se resuelve entre los chinos por vía de arbitraje».<sup>20</sup> En definitiva, se trataría de algo parecido a lo que ocurrió con la *episcopalis audientia*,<sup>21</sup> sin duda la manifestación más acabada en Roma de lo que fueron los inicios del procedimiento arbitral y un reflejo de la aplicación de los principios jurídicos romanos y de la pura equidad a los conflictos surgidos entre los cristianos.

Evidentemente, la *episcopalis audientia* supone la penetración de la religión como remediadora de immoralidades en el proceso civil, lo cual había conllevado un gran des

19. A. D'Ors, *La experiencia histórica del arbitraje jurídico en Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación* 15-16 (febrero 1993) p. 3639-3656.

20. A. D'Ors, *La experiencia...*, en *Cuadernos* cit. p. 3648.

21. Sobre la *episcopalis audientia*, vid. M.R. Cimma, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperia di Costantino a Giustiniano* (Torino 1989).

prestigio de los jueces públicos.<sup>22</sup> En medio de este caos, la jurisdicción eclesiástica era como un refugio de garantía y a ella acudían voluntariamente las partes. Cuando, después, los emperadores restringen la jurisdicción de los obispos que tan naturalmente se había venido desarrollando, el espíritu religioso había invadido ya todo el sistema procesal. Los Evangelios se hallan presentes ya en la audiencia civil, para recordar a las partes, a los testigos, al juez y a cuantos participan en el proceso que de sus actuales actos serán juzgados un día ante el tribunal de Dios.<sup>23</sup>

22. Llega a decir Constantino en C. Th. 1, 16, 7, del año 331: *cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent, inquam; nam nisi moniti cessaverint, gladiis praecedentur. Non sit venale iudicis velum, non ingressus pedem, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa praesidis cum pretio. Aequae aures iudicantis pauperum ac divitibus reserentur. Absit ab inducendo eius qui officii princeps dicitur depraedatio;... centurionum aliorumque officialium parva magnaque poscentium intolerandi inpetus oblidantur eorumque, qui iurgantibus acta restituant, inexplata aviditas temperet...* (cesen ya en sus rapacidades las manos de los oficiales, cesen, digo; quede claro que, si con mis advertencias no cesan, caerán cortadas por la espada. Basta de cobrar por el acceso al juez o por el ingreso al juicio, basta de sobornar al secretario, basta de poner precio al hecho de ver al juez. Que los oídos de los jueces sean tan sordos ante los más pobres como ante los más ricos. Basta de latrocinios para corromper al que es primero en el oficio de hacer comparecer... Cesen los centuriones y demás oficiales en sus coacciones intolerables cuando pidan poco o mucho, y temperen su insaciable avidez los que entregan los expedientes a los litigantes...).

23. Así se recoge en C. J. 3, 1, 14: *... et generaliter omnes omnino iudices Romani iuris disceptatores non aliter litem primordium accipere, nisi prius ante iudicalem sedem sacrosancitiae deponantur scripturae: et hoc permaneat non solum in principio litis, sed etiam in omnibus cognitionibus usque ad ipsum terminum et definitivae sententiae recitationem. Sic etenim attendentes ad sacrosancitiam scripturas et dei presentia consecrati ex maiore praesidio lites diriment scituri, quod non magis alios iudicant, quam ipsi iudicantur, cum etiam ipsa magis quam paribus terribile iudicium est, si litigatores quidem sub hominibus, ipsi autem deo inspectore adhibito causas perferunt trutinandas...* (... de un modo general todos los jueces de Derecho romano y todos los árbitros no empiecen a conocer una causa si no han colocado ante el tribunal las Santas Escrituras; y así han de seguir no sólo al comienzo del litigio, sino en todas las diligencias hasta el fin y la lectura de la sentencia definitiva. Así, pues, de cara a las Sagradas Escrituras y consagrados por la presencia de Dios, sabrán dirimir los litigios con más independencia, pues ellos, más que juzgar a otros, se juzgan a sí mismos, ya que más terrible es el juicio a que se someten ellos que el de las partes; en efecto, los litigantes se someten a jueces hombres; ellos, en cambio, han de ponderar las causas ante la vigilante mirada de Dios...).

## ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA EXCUSABILIDAD Y RECONOSCIBILIDAD DEL ERROR EN LOS CONTRATOS

José Ramón de Verda y Beamonte  
Universitat de València

### I. Excusabilidad del error y seguridad jurídica en la contratación

El código civil no exige la excusabilidad del error, sino exclusivamente su carácter esencial, requisito éste último que, conforme al tenor del art. 1266, el Tribunal Supremo aprecia en sentido subjetivo, considerando esencial el error recayente sobre las circunstancias impulsoras o determinantes del consentimiento de los contratantes.<sup>1</sup> Sin embargo, según la jurisprudencia, el error padecido en la formación del contrato, para ser invalidante, además de ser esencial, ha de ser excusable,<sup>2</sup> por lo que no

1. Como afirma la STS 14 Junio 1943: «el Código español, más que cualquier otro, da relieve al elemento subjetivo en la apreciación del error, pues al remitirse en el art. 1266 a las condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato, bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objetivo y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto» (J. Civ., segunda serie, t. III, mayo-septiembre 1943, p. 406). Confirman esta interpretación subjetivista del art. 1266 c.c., entre otras, las siguientes sentencias: STS 5 marzo 1960, J. Civ., 1960, marzo, pp. 118-119; STS 14 mayo 1968, J. Civ., 1968, mayo, pp. 361-362; STS 4 enero 1982, J. Civ., 1982, enero-febrero, p. 54; STS 14 febrero 1994, J. Civ., 1994, primer trimestre, p. 510.

2. Es posible encontrar un primer atisbo de dicha noción en la STS 25 enero 1910, J. Civ., t. 117, enero-abril, p. 69. Posteriormente, la STS 23 mayo 1935, J. Civ., t. 219, mayo-junio, pp. 158-159, exigió expresamente la excusabilidad del error obstativo. La emblemática STS 14 junio 1943 consagró definitivamente el requisito de la excusabilidad, definiendo el error inexcusable como el que se ha «podido evitar con una regular diligencia» y, en consecuencia, no puede ser invocado por el que haya incurrido en él (loc. cit., p. 407). fijando, así, un concepto que será repetido en sentencias posteriores. Particular mención merece también la STS 11 marzo 1964, J. Civ., 1964, vol. I, marzo, p. 406, que con toda claridad rechaza la vieja tesis, procedente del derecho romano, conforme a la cual el «error iuris» era siempre inexcusable, observando que el error regulado en el art. 1266 c.c. puede ser de hecho o de derecho, exigiendo el requisito de la excusabilidad respecto de ambas clases de error invalidante. En la actualidad, la consagración jurisprudencial de la excusabilidad es incontestable; vid., entre otras sentencias, las siguientes: STS 21 octubre 1932, J. Civ., 1932, t. 205, julio-octubre, pp. 686-689; STS 9 marzo 1951, J. Civ., 1951, t. XIX, marzo-abril, p. 248; STS 16 diciembre 1953, J. Civ., 1953, t. XXXII, noviembre-diciembre, p. 866; STS 5 marzo 1962, J. Civ., 1962,