

ALEJANDRO VALIÑO ARGOS

LA RECEPCIÓN DEL ARBITRAJE ROMANO
EN *ELS FURS DE VALÈNCIA*

Excerptum ex *Studia et Documenta Historiae et Iuris*

LXIX - 2003

ROMAE
PONTIFICIA UNIVERSITAS LATERANENSIS

LA RECEPCIÓN DEL ARBITRAJE ROMANO
EN *ELS FURS DE VALÈNCIA*I. — INTRODUCCIÓN: INCIDENCIA DE LAS FUENTES ROMANAS EN «*ELS FURS*»

Es común a los estudiosos de *els Furs de València* el haberse preocupado por sus orígenes y posibles influencias en su primitiva redacción. Se ha cuestionado, así, si constituye un cuerpo legislativo desprovisto del condicionamiento de otras fuentes anteriores o si, por el contrario, su contenido tiene antecedentes en legislaciones precedentes. De estas consideraciones no puede escapar, por su importancia y extensión, el fenómeno de la posible influencia que el Derecho romano haya tenido en la redacción de los Fueros de Valencia. Es, en definitiva, lo que pretendemos demostrar con este estudio sobre una institución concreta.

Para ello, el método que hemos empleado ha sido el examen de las fuentes del derecho valenciano, concretamente de las ediciones de *els Furs* publicadas a partir de los años cincuenta¹, y su cotejo con las principales fuentes romanas, muy especialmente con el Código de Justiniano y el Digesto. El manejo de la edición de Dualde es esencial cuando se trata de hacer un examen comparativo con las fuentes romanas, pero la de Arcadi García y Germà Colón aporta, además del mismo texto latino que la edición de Dualde, un interesante aparato crítico, con las variantes existentes en los distintos manuscritos de los fueros, y diversas concordancias con otras fuentes, todo ello de gran utilidad. Incluso, la edición romance contiene fueros que no constan en la de Dualde, que había tomado como base el manuscrito 146 del Archivo de la Catedral de Valencia², mientras que García y Colón se sirvieron de la más amplia edición de Pastor, de

¹ DUALDE, *Fori Antiqui Valentiae*, edición crítica, Madrid-Valencia 1950-1967; PALMART, *Furs e ordinations fetes per los gloriosos reys de Aragó als regnicols del Regne de València*, facsímil de la edición príncipe de 1482 (Valencia 1976); PASTOR, *Fori Regni Valentiae*, impresi imperiali cum privilegio Montissoni concesso, Valencia 1547-48, y GARCIA y COLÓN, *Furs de València II y III* (Barcelona 1974 y 1978). También ha sido orientadora la edición de GARCIA y traducción de GUIRAU, sobre *Els Furs*, Valencia 1979. Para una interesante valoración de las cuatro primeras, vid. PESET, *Observaciones sobre la génesis de los Fueros de Valencia y sobre sus ediciones impresas*, en *Lizargas* 3, Valencia 1971, 64 ss.

² Esta versión latina se elaboraría entre 1281 y 1283 y la copia de este manuscrito único probablemente sea de fines del siglo XIII o principio del siglo XIV. Así lo expresa PESET, *De nuevo sobre la génesis de los Fueros de Valencia*, en *Anales del Seminario de Valencia* 16, Valencia 1972, 400 y 407, y en *Furs de Valencia: su sentido y vigencia*, en *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia* 1, Valencia 1989, 368.

mediados del siglo XVI. No obstante, la realidad histórica del Reino de Valencia en tiempos de Jaime I hace necesario referirse, aunque sólo sea tangencialmente, a otros cuerpos legislativos como las *Partidas* o *Lo Codi*³.

Con una perspectiva mucho más general, el estudio pormenorizado de la influencia del Derecho romano sobre *els Furs* ya ha sido acometido por Ana María Barrero⁴, acreditando desde un punto de vista formal tal incidencia, aun cuando apunta ella que la semejanza de rúbricas entre las fuentes romanas y valencianas no supone siempre una identidad de contenido. Otras veces, sin embargo, se hace patente esa equivalencia, aunque haya diferencias formales en el encabezamiento de las rúbricas como son las que afectan a nuestro presente trabajo⁵. Concluye su estudio Barrero, subrayando la influencia inmediata que el *Corpus Iuris Civilis* ha tenido sobre *els Furs*, muy especialmente el *Codex* y en menor medida, el Digesto y las Instituciones de Justiniano⁶. No hay que olvidar, en este sentido, que el

³ PESET, *Observaciones* cit. 48. Hemos manejado *Lo Codi en castellano* — según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional —, edición y estudio preliminar de ARIAS BONET, Madrid 1984, y *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas sobre la legislación española antigua y moderna hasta su estado actual, de SANPONS y BARBÀ, MARTÍ DE EIXALÀ, y FERRER y SUBIRANA, Barcelona 1844.

⁴ Cfr. BARRERO, *El Derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I*, en *AHDE*. 41 (1971) 639-664. Para algunas críticas, a mi juicio acertadas, a este trabajo vid. GARCÍA GONZÁLEZ, *Las fuentes de los Fueros de Valencia*, separata del libro *En torno* cit. 357 s. Existen, sin embargo, en el tratamiento monográfico de instituciones aisladas aseveraciones acerca de la influencia de las fuentes romanas en los Fueros de Valencia. Así, como exponente, sirva ROCA TRAYER, *El justicia de Valencia (1238-1321)*, Valencia 1970, 77 y 80. También recoge ese fenómeno de influencia del Derecho romano, que se concreta entre la rúbrica X y CXXXIX del texto latino PESET, *De nuevo* cit. 406, con las salvedades contenidas en p. 407 n. 19.

⁵ Obsérvese que la rúbrica 30 de los *Fori Antiqui Valentiae* reza de *receptis et satisfando* y la rúbrica 33 de *iudiciis et arbitriis*, mientras que la rúbrica 2.55 del *Codex* de Justiniano dice de *receptis arbitris*. Se trata, por tanto, de un distinto encabezamiento que no tiene por qué implicar un tratamiento diferente de la institución, excepción hecha de las particularidades que cada época, desde un plano sociológico, presenta.

⁶ Vid. BARRERO, *El Derecho romano* cit. 647. Con anterioridad a esta autora y en igual sentido se habían expresado el canónigo CHABÁS, *Génesis del Derecho Foral de Valencia*, Valencia 1902, DANVILA y COLLADO, *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo reino de Valencia*, Madrid 1905, corrigiendo la reiterada confusión de CHABÁS entre el Código Teodosiano y el de Justiniano; CASTAÑEDA y ALCOBER, *Estudios sobre la historia del derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid 1908. También atribuye FONT RIUS, *NEJ* 10 (1960) sv. «Fueros de Valencia» 528, al código valenciano la influencia del Teodosiano, del que erróneamente dice que se halla dividido en nueve libros. En distinto sentido se manifiesta SÁNCHEZ, *Nota crítica a S. Cebrían Ibor: los Fueros de Valencia. III Congreso de Historia de la Corona de Aragón Tomo I, Valencia 1925, 605-668*, en *AHDE*. 3 (1926) 383-584, quien señala que la influencia del Derecho romano en *els Furs* en ningún caso es inmediata, sino a través de *Lo Codi*. En igual sentido vid. BENEYTO, *NEJ* 4 cit. sv. «Código de Valencia» 325 y GIBERT, *Historia general del derecho español*, Granada 1968, 126. Niega, por último, esta influencia de *Lo Codi* DUALDE, *Fori* cit. XIII n. 6. De este modo, se aprecia la unanimidad de la doctrina en torno a la influencia que el Derecho romano ha tenido en los Fueros de Valencia, aunque su importancia sea calificada por estos autores de distinta manera. La ausencia en Valencia de una tradición jurídica anterior a la promulgación de

Digesto constituye una antología de jurisprudencia de alta calidad científica, y las Instituciones un libro dirigido a la enseñanza de primer curso de derecho en las academias de jurisprudencia de la época⁷, por lo que propiamente el orden impuesto por el legislador es únicamente el del *Codex*, con su ordenación cronológica de las constituciones que lo componen e indicación del emperador que las dictó; esta sistemática se mantiene también en *els Furs*⁸.

2. — ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ARBITRAJE EN «ELS FURS DE VALÈNCIA»

A. — Importancia real de la institución y datación de los fueros que nos informan de ella

En modo alguno, la regulación que del arbitraje hacen los Fueros de Valencia trata de justificarse sobre la base de un deficiente funcionamiento de la justicia ordinaria. Es más, se ha puesto en múltiples ocasiones de relieve cómo el arbitraje es anterior en el tiempo a los sistemas públicos de administración de la justicia así como su aparición y posterior desarrollo ha sido debida precisamente a esta ausencia de reglamentación pública de la actividad jurisdiccional⁹. Ya en este orden de cosas, en relación al Derecho romano, señalaba Wlassak¹⁰ «der römische Privatprozess hat seinen Ursprung im Schiedsgericht»¹¹; en igual sentido ya señalaba Weizsäcker

los Fueros refuerza la incidencia del Derecho romano como elemento informador de los mismos. En este sentido, cfr. MARZAL, *El ius commune como derecho supletorio en Valencia*, en *Glossae. Revista de Historia de derecho europeo* 5-6, Murcia 1993-94, 400 ss.

⁷ Vid. VALIÑO E., *Algunas cuestiones sobre el Corpus Iuris Civilis y sus manuscritos*, en *Estudios dedicados a Juan Peset Alexandre* 3, Valencia 1982, 694-698.

⁸ No obstante, los fueros concedidos por los distintos reyes no están ordenados cronológicamente, sencillamente porque en todos no se contiene referencia a la fecha de su otorgamiento. Si que se indica el monarca que los promovió, pero no su destinatario, como hace el *Codex*. En este sentido, podemos afirmar que la fuente romana que guarda un mayor paralelismo con los fueros es la ley general, expresión del dictado cuasidivino de un emperador. Además, las más tardías ediciones de los Fueros de Valencia han incorporado nuevas disposiciones, no incluidas en la edición de DUALDE, pertenecientes a monarcas posteriores y, de este modo, los perfiles romanísticos de la institución se van atenuando hasta desnaturalizar tal influencia, incorporando elementos y características bien alejados del pensamiento y tratamiento que los romanos dispensaron a esta institución.

⁹ BEHRENDTS, *Die römische Geschworenengerichtswesen. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen 1970, 122.

¹⁰ Cfr. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, en *ZSS*. 25 (1904) 139 n. 1. Igualmente D'ORS A., *La experiencia histórica del arbitraje jurídico*, en *Cuadernos informativos de derecho histórico, público, procesal y de la navegación* 15-16, Barcelona 1993, 3648 señala que «el juicio por un árbitro no oficial fue la primera forma de hacer justicia».

¹¹ Cfr. la crítica fundada de PARICIO, *Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 16 *Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet*, Madrid 1990, 227 ss., donde acomete la crítica del pensamiento de BUIGUES, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el «arbitrator ex compromisso»*, Madrid 1990, 250 s. Igualmente, ya BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «compromesso (diritto romano)» 784 ponía de relieve que el régimen del compromiso debe excluirse como prueba del origen arbitral del proceso romano ni tampoco resulta posible referirlo a los orígenes del mismo. El propio BONIFACIO, *NNDI*. 1^o sv. «arbitro e arbitratore (diritto romano)» 925 pone de relieve las profundas diferencias que separan al ar-

una frecuente utilización práctica. Los Fueros de Valencia se limitan a recoger aspectos tradicionalmente unidos al arbitraje que iremos analizando a continuación, pero ello es insuficiente para poder determinar la utilización de esta institución en la práctica. No obstante, la brevedad con que los Fueros de Valencia, además de ésta, tratan otras instituciones adquiere connotaciones de regla general, pues siempre gravita sobre el derecho valenciano el *ius commune*²², cuya aplicación fue originariamente excluida por los Fueros²³ y por tres privilegios dados por el propio Jaime I²⁴, hasta que, finalmente, por la vía supletoria del *natural seny* o *ratio naturalis*, se incorporó como un principio informador de los mismos²⁵. De este modo, se superpone a una tosca regulación legal, muchas veces insuficiente para delimitar científicamente una institución, una dimensión práctica, que sin duda puede constituir testimonio de la frecuencia con que se recurre a la institución del arbitraje. No obstante, insistir en esta cuestión es algo que excede del objeto de nuestro trabajo. Dejamos así abierto un interesante campo de investigación para los amantes del trabajo en archivo.

Con todo, apreciamos una cierta ordenación sistemática de los Fueros que se refieren al arbitraje en la edición latina. En este aspecto podemos señalar como *Fori* 30.1 comienza el tratamiento de la institución con los elementos esenciales del compromiso. Así, como elementos personales, la referencia a los compromitentes y a la unidad o pluralidad de árbitros en cuanto encargados de resolver la controversia; como elementos reales, el propio compromiso o acuerdo de las partes, el asunto litigioso y la pena del compromiso, que se aplica a aquél que ha sido citado tres veces para comparecer y no lo ha hecho así como al que no se presentó a oír la sentencia después de habersele asignado día para ello. De este modo, en este fuero no se sanciona el incumplimiento de lo decidido por el árbitro, sino actitudes personales de alguno de los compromitentes como la contumacia. Este fuero trae su causa de C. 2.55.2 (530 d. C.), que reproduce un rescripto del año 283 d. C. Se trata de un texto considerado unánime-

²² Señala FONT RIUS, voz *Furs de Valencia* cit. 529 que «la inspiración del derecho valenciano en el derecho común refleja claramente la política legislativa de Don Jaime en la organización del nuevo Reino, orientada a darle un espíritu distinto del que animaba la constitución de los países catalanes y aragoneses, dominados por concepciones señoriales y feudales».

²³ Cfr. MARZAL, *El ius commune* cit. 402 n. 10. Se trata de una prohibición que también se ha proyectado sobre otros cuerpos legales como el *Fuero Juzgo* o las *Partidas*, si bien señala PESET, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, en *AHDE* 45 (1975) 281 que las leyes romanas «no deben usarse como tales, sino por ser razón natural».

²⁴ Cfr. DE ALANYA, *Aureum Opus regaliū privilegiorū civitatū et regni Valentiae cum historia cristianissimi Regis Jacobi ipsius primi conquistatoris*, Valencia 1515, priv. 37, fol. 13; priv. 65, fol. 19 y priv. 82, fol. 24 vB.

²⁵ Así lo señala acertadamente MARZAL, *El ius commune* cit. 402 ss. También a esta cuestión se había referido de pasada MARTÍNEZ DÍEZ, *Los fueros valencianos en relación con otros fueros coetáneos*, en *En torno* cit. 390 s., quien trata brevemente del fenómeno de la recepción del Derecho romano en distintos reinos peninsulares.

mente como expresión del pensamiento clásico, a pesar de ser de época diocleciana, sin que hayan observado en él los autores la presencia de adiciones justinianas²⁶.

El fuero siguiente 30.2 recoge categóricamente (*volumus et mandamus*) la prohibición de intervención de las mujeres en calidad de árbitros o jueces, y a continuación de esta disposición imperativa señala las consecuencias de su inobservancia, concretamente la inoponibilidad a la parte vencida del pago de la pena estipulada (*poenam solvendam*) o la observancia de lo pactado (*conventiones servandas*). Igualmente comienza C. 2.55.6, que es una ley de Justiniano del año 530 d. C., de donde deriva el mismo tenor expresado anteriormente (...*nulla poena, nulla pacti exceptio*...) cuando una mujer interviene como árbitro. Mucho más claro en cuanto al fundamento de tal prohibición se muestra *Lo Codi* 2.20.6, configurándose como una incapacidad absoluta *de derecho y no ca natura*.

El fuero 30.3 recoge el incumplimiento por uno de los compromitentes de lo decidido por el árbitro, estableciendo supuestos distintos: en primer lugar, los compromitentes han estipulado sujetarse a tal decisión, pero no han cruzado garantías que aseguren el cumplimiento de esa obligación estipulatoria²⁷, en cuyo caso el beneficiario de la resolución puede pedir al Justicia que se las exija al otro compromitente (*volumus ... quod iusticia illius loci compellat illum*...); en segundo lugar, las partes han consignado las mencionadas garantías en poder del árbitro para asegurar, en definitiva, el cumplimiento de la estipulación penal por parte del que se aparta de lo decidido por el árbitro; en tercer lugar, los compromitentes constituyen recíprocamente las garantías reales. En todo caso, las mencionadas garantías no lo son del compromiso, suficientemente garantizado con la promesa recíproca de observancia efectuada por las partes, sino que se dirigen a asegurar el cumplimiento de la propia estipulación penal. Además, el tenor de este fuero no respondería al contenido de la primitiva *Costum* como se acredita en el final del mismo: *Istum forum declaravit et melioravit dominus rex*, sino que resultaría de una reelaboración de los Fueros dirigida a su perfección técnica sobre la base de lo contenido en el derecho común.

El fuero 30.4, en su versión romance contenida en *Furs* 2.15.4, comienza prácticamente igual que el 30.1: *si alguns comprometran en àrbitres sobre alcuna cosa sots certa pena,...* y al igual que éste presenta una redacción distinta que la edición latina, lo que nos hace desechar la idea de que la versión romance sea necesariamente una traducción de tal edición latina.

²⁶ En este sentido, resalta POPESCU, *L'aspect du droit romain classique à sa limite extrême*, en *RHD*. 56 (1978) 572, que «les Romains connaissaient et pratiquaient depuis des siècles les transactions et, pour les faire prévaloir, ils utilisaient au besoin, l'*exceptio doli*».

²⁷ En Roma habría sido ésta la primera forma de arbitraje, cuya operatividad descansaría exclusivamente la *bona fides* de las partes, sin que existiera acción alguna para exigir su observancia. Cfr. MARRONE, *Sobre el arbitraje* cit. 57 s.

En este fuero, la versión romance recoge, ahora sí, las consecuencias de la no observancia de la sentencia arbitral y establece el plazo de cinco días para cumplirla, llamando la atención la equiparación no romana de diversos términos para referirse a la sentencia del árbitro. La primera alteración sistemática, más aparente que real, puede observarse, si tomamos la edición de Garcia y Colón, en el fuero 2.15.5 concedido por Pedro II en 1363. Dicho fuero no se recoge en la de Dualde que, como hemos apuntado con anterioridad, contiene principalmente fueros de Jaime I. Decimos más aparente que real, pues en lugar de responder la expresión romance *arbitre de bon baró* al sentido que tiene en las fuentes romanas (*arbitrator boni viri*), de gran importancia especialmente en el plano contractual, acaba identificándose con el arbitraje procesal como forma de resolver conflictos entre particulares, aludiendo únicamente, en nuestra opinión, a determinadas cualidades de prudencia y sensatez que en todo caso debe reunir aquél a quien se ha encargado la resolución de una controversia privada.

Sin embargo, ello no obsta para seguir manteniendo nuestro pensamiento acerca de la recepción de esta institución a través de colecciones que reproducen fuentes romanas, principalmente, adaptaciones del *Codex*. La misma despreocupación que los juristas romanos tuvieron por la sistemática se observa en los Fueros de Valencia, por lo que no siempre el fuero siguiente está conectado con el que le precede²⁸; tampoco se trata, salvo en el caso de la edición de Palmart de una ordenación cronológica de los fueros, pues de muchos de ellos desconocemos su fecha e, incluso, ignoramos si pudieron formar parte de la primitiva *Costum*.

Nuestro constante manejo de la edición de Dualde se justifica por el deseo de cotejar su contenido con el de las fuentes romanas y por la propia fecha de los fueros que se refieren al arbitraje: de Jaime I, un total de dieciocho, en la rúbrica *de receptis et satisfando*; dos, en la rúbrica *de iudiciis et arbitrariis*²⁹; y uno, en la rúbrica *de appellacionibus*³⁰. Pero también se hace indispensable el manejo de la edición de Garcia y Colón por incorporar y sistematizar dentro de la citada rúbrica fueros posteriores³¹. Con todo este

²⁸ No hay que perder de vista que estas consideraciones no son igualmente adaptables a las distintas ediciones de los Fueros de Valencia. Así, la edición de DUALDE que, principalmente, hemos manejado, conserva ampliamente la conexión lógica entre los distintos fueros por resultar ellos emanados en su mayor parte del mismo monarca. En cambio, la edición de PASTOR ubicada, no siempre con fortuna, fueros de monarcas posteriores entre los del propio rey conquistador.

²⁹ Fori 33.3 y 6.

³⁰ Fori 101.16.

³¹ Así, en torno al arbitraje podemos señalar dos fueros contenidos en *Furs* 2.15.5 y 20, de Pedro II (1363) y Martín, el Humano (1403), respectivamente. También los contenidos en 3.5.18, de Fernando (1510); 23 y 24 de Carlos I de España (1533); 25 (1542); 26 y 27 (1533) y 28 (1542); bajo la rúbrica *de iurisdictione, qd es de poder de tots jutges, e de for covinent, qd es de cort covinent*, en *Furs* cit. 38 ss.

material, pretendemos esbozar los perfiles, al menos teóricos, de esta institución.

B. — El arbitraje como actividad jurisdiccional

1) Su ejecución

El arbitraje recogido en los Fueros de Valencia se funda en la institución del *receptum* y en el *compromissum*³², esto es, el acuerdo de las partes de someter su controversia al conocimiento de un ciudadano particular, como alternativa a la tutela jurisdiccional de la *Cort*. En cuanto al *receptum*, viene a ser la asunción de responsabilidad por parte del árbitro, con el consiguiente deber de pronunciar la sentencia arbitral. Sin embargo, la operatividad de tal acuerdo sería inexistente si los propios compromitentes no adjuntaran *stipulationes*³³ con el fin de garantizar la comparecencia de las partes ante el árbitro³⁴ y la observancia de lo decidido por el mismo³⁵, puesto que originariamente se concebía su obligación como moral (*moralische Verpflichtung*), sin perjuicio de que pudiera reforzarse a través de juramento o de pena convencional³⁶, puesto que en época clásica, como señala Roussier, el simple acuerdo de someter la controversia a un árbitro privado no genera por sí mismo obligación alguna entre las partes como tampoco la propia sentencia del árbitro³⁷.

³² En Roma, el compromiso, en virtud de las promesas recíprocas, implicaba el deber de presentarse ante el árbitro, el colaborar en la instrucción y decisión de la causa sin obstaculizar la actuación del árbitro y, finalmente, la obligación de observar el fallo del árbitro. Así lo entiende, como la mayoría de los autores, BERTOLINI, *Appunti didattici di Diritto romano, Il processo civile* 3, Torino 1915, 232 s.

³³ Además de estas *stipulationes*, se puede dotar de eficacia práctica a este *compromissum*, depositando el objeto de la controversia en manos del propio árbitro. Así lo señalan BERTOLINI, *Appunti* cit. 231 ss. y SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, 313 ss. A propósito de la comparación etimológica entre *arbitrator* y *sequester*, vid. DE RUGGIERO, *L'Arbitrato pubblico in relazione col privato presso i romani*, Roma 1971, 13 ss., junto con la bibliografía que recoge en notas a pie de página. También, a dicha relación se refiere WLISSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrator*» col. 408, señalando que no parece haber habido diferencias originariamente, toda vez que las fuentes recogen testimonios del depósito de la cosa en su poder en tanto se resuelve el litigio. En el mismo sentido FREZZA, *NNDI*. 14 sv. «*receptum*» 1026. Tampoco es esencial que la pena estipulada consista en una suma de dinero, como señala FREZZA, *La clausola penale*, en *Studi in memoria di Lorenzo Mossa* 2, Padova 1961, 272 s.

³⁴ Fori 30.1.

³⁵ Fori 30.4.

³⁶ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 22. También ROUSSIER, *Du compromis sine poena*, en *RHD*. 18 (1939) 170 pone de relieve el carácter accesorio de las estipulaciones penales, desde el momento en que resulta posible un compromiso *sine poena*. La coacción pretoria no deriva, a su juicio, de la convención entre las partes, sino del hecho de que estos se hayan cruzado recíprocamente estipulaciones y, por consiguiente, «le compromis classique n'engendre pas d'action tendant directement à l'exécution de la sentence, mais seulement la *persecutio poenae*». Vid. ROUSSIER, *Du compromis* cit. 192.

³⁷ ROUSSIER, *Du compromis* cit. 171.

Por tanto, en Derecho romano, la exigibilidad de la pena depende del ejercicio de la acción por el otro comprometente a causa de la promesa³⁸, puesto que del solo convenio de las partes no puede surgir obligación alguna³⁹. Tampoco en los Fueros de Valencia se hace referencia a otro medio coactivo para obtener la ejecución de las sentencias arbitrales⁴⁰; tan sólo se dice que quien no observe la sentencia arbitral incurrirá en la pena, pero sin indicar quién puede exigirla. La tradición romanística en el tratamiento del arbitraje en los Fueros de Valencia, debe inclinarnos a pensar que la sujeción a la pena estipulada depende de la interposición de la *actio ex stipulatu* por parte del comprometente perjudicado por la no observancia del laudo.

La jurisdicción en Roma reside en el Pretor, único que, a través de su edicto, puede *ius dicere*⁴¹ así como refuerza la *sententia* emitida por el juez privado, garantizando su ejecución, aunque la iniciativa para ello corresponde al litigante vencedor en el proceso declarativo mediante la no bien conocida *actio iudicati*. El Pretor interviene en la fase *in iure*, concediendo o denegando acción o excepción a los litigantes, previa *causae cognitio*, pero también interviene en la fase ejecutiva, pues la opinión emitida por el juez privado no es ejecutable por sí misma, sino que precisa del auxilio del Pretor, dotado siempre de los medios coactivos necesarios.

En cambio, la ejecución del laudo arbitral depende, en Roma, de las estipulaciones prestadas voluntariamente por los comprometentes⁴², que

³⁸ BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 784; VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* 1, Milano 1971, 624; KNÜTEL, *Verfallsvereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe*, en *ACP*. 175 (1975) 48; MARRONE, *Sobre el arbitraje* cit. 58 s.; y ZIEGLER, *Geschichtliche und dogmatische Aspekte des Schiedsvertrages*, en *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 670.

³⁹ En este sentido, las palabras de VOGL, *La responsabilità del debitore da «stipulatio poenae»*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, Milano 1971, 333: questa convenzione (*compromissum*) non ha, come tale, alcun riconoscimento civile in età classica, sicché deve rivestire la forma della *stipulatio*...

⁴⁰ Parece ser éste el elemento esencial para poder determinar el predominio de elementos jurídico-privados o procesalistas dentro de la institución del arbitraje. Así se expresa MERCHAN, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Sevilla 1981, 38. También duda del carácter jurisdiccional de la actividad del árbitro en Derecho romano FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid 1986, 112.

⁴¹ En otro sentido, también puede entenderse la referencia que hace al juez KASER, *Das artrömische «ius»*. *Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 11 en cuanto que él, a través del *iudicatum es qui ius dicit*, ya que sus funciones eran «Recht sprechen, urteilen»: es la concepción realista del derecho.

⁴² WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 3 s. señala los dos aspectos relevantes de los cuales deriva la fuerza jurídica de la función arbitral: «die Strafstipulationen, durch welche sich die Parteien gegenseitig das Festhalten an der Abrede der schiedsgerichtlichen Lösung ihres Rechtsstreits garantieren; und der Zwang, welchen der *praetor* auf den *arbiter*, der einmal sein Amt rite übernommen hat, zur Erfüllung desselben auszuüben verspricht». Vid. también MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 30 s., donde apunta que el *pactum* o la *stipulatio* antecederían en la práctica a otros instrumentos dirigidos igualmente a dotar de eficacia la sentencia arbitral, como la constitución de garantías prendarias en poder del árbitro, que también pueden acumularse con el propósito de fomentar con mayor intensidad si cabe la observancia de la sentencia arbitral; y WLAS-

costrarán operatividad, en el caso de que no se haya señalado plazo para el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia arbitral, una vez haya transcurrido un *quoddam modicum tempus*⁴³. El incumplimiento de la sentencia arbitral permite, caso de haberse prestado tales estipulaciones⁴⁴, entablar la correspondiente acción estipulatoria⁴⁵, de modo que la exigencia del pago de la pena depende únicamente de la inobservancia de la decisión del árbitro⁴⁶, que opera así como condición para su imposición, sin que sea de aplicación la *actio iudicati*, que tiene lugar a propósito del incumplimiento por parte del demandado condenado de la sentencia dictada por un juez en el marco del procedimiento formulario⁴⁷. Es claro que la pregunta en que consiste la estipulación debe recoger la causa remota de la misma: la no observancia de la sentencia dictada por el *arbiter*, es decir, que no basta con incumplir la sentencia para que el comprometente favorecido pueda entablar la *actio ex stipulatu*, sino que es necesario que, de forma congruente, estipulante y promitente se hayan obligado cautelarmente a ello mediante la *stipulatio*⁴⁸. No hay que olvidar, sin embargo, que

SAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbiter*» cit. col. 408. En todo caso, como señala MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 40 la constitución de garantías tiene como finalidad y contenido dar soporte y apoyo a la sentencia arbitral. Asimismo, el tratamiento de la eficacia del compromiso por medio de estipulaciones penales es objeto de atención por parte de TALAMANCA, en *ED*. 32 sv. «*pena privata (diritto romano)*», en especial 725-727.

⁴³ D. 4.8.21.12 (Ulp. 13 *ad edictum*): *Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest: et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit*. Vid. MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 103; FREZZA, *La clausola penale* cit. 285 ss.; VOGL, *La responsabilità del debitore* cit. 335 ss.; FORZIERI VANNUCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano 1973, 57 s.; y KNÜTEL, *Verfallsvereinigung* cit. 48 s.

⁴⁴ ROUSSIER, *Du compromis*... 169 nos dice que «l'adjonction d'une *stipulatio poenae* n'a qu'un caractère facultatif et en tout cas accessoire».

⁴⁵ Cfr. LEIST, *PWRE*. 4^o sv. «*compromissum*» col. 706; BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyriurkunden. Ein Beitrag zum Gräko-Ägyptischen Obligationenrecht* (Aalen 1965); D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1991, 171; y ZIEGLER, *Geschichtliche und dogmatische Aspekte* cit. 670.

⁴⁶ Puede consistir esta desobediencia, como señala MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 102 s. en ejecutar lo prohibido en la sentencia o en la omisión de lo prescrito en ella. A este respecto, señala VOGL, *La responsabilità del debitore* cit. 336 s. que, en caso de silencio, el *modicum tempus* deberían ser los treinta días para verificar el cumplimiento que tiene el condenado o el *confessus* en el procedimiento ordinario.

⁴⁷ BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 784.

⁴⁸ LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 190 sostiene que «l'impostazione della controversia nella formula stessa delle stipulazioni avveniva secondo schemi identici a quelli che servivano nella *litis contestatio*». Se puede traer aquí la opinión común que, entre otros, mantiene TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano 1958, 40 ss. al decir «fra due tipi di stipulazioni: quello mediante il quale esse assumono direttamente gli impegni derivanti dall'assetto di interessi predisposto, e che può dar luogo ad un'obligatio *in dando* od *in faciendo*; quello mediante il quale esse assumono l'obbligazione di pagare una determinata somma di denaro, per il verificarsi di una condizione, nella quale viene versato l'assetto d'interessi predisposto (*stipulatio poenae*)». Esta distinción que hace TALAMANCA puede extraerse también de D. 4.8.27.7 (Ulp. 13 *ad edictum*), en el que se admite el hecho de que pueda prometerse por estipulación «el estar a la sentencia arbitral» y cuya exigibilidad necesariamente debería arbitrase por medio de la *actio incerti*. Con él, LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 201 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 53. En contra de esta idea

el carácter accesorio de las estipulaciones que acompañan al compromiso determinará su ineficacia si, por cualquier causa, es ineficaz el compromiso⁴⁹, es decir, si aquellos que lo celebran no tienen capacidad para ello⁵⁰ o si el árbitro por ellos elegido no tiene capacidad para resolver la contienda⁵¹.

El problema es si ese carácter eminentemente privado que tiene en Roma la eficacia y ejecución de la sentencia del árbitro puede predicarse también de la regulación de esta institución en los Fueros de Valencia⁵². Éstos nos indican que la no observancia del laudo arbitral lleva aparejada la imposición de la pena prometida al compromitente disidente⁵³. Sin embargo, podemos destacar el siguiente fuero, ubicado en la rúbrica *de iurisdictione omnium iudicum et foro competentis*:

para el derecho clásico, ROUSSIER, *Du compromis* cit. 176 ss. y 189, quien señala que en tal pasaje más bien habría que reconocer la *actio praescriptis verbis*, sanción característica para los contratos innominados; también BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 784.

⁴⁹ CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 238 señala cómo «gli effetti della conventio reagiscono sulla validità ed efficacia del negozio stipulatorio», de modo que esa autónoma «existencia» que en el compromiso tiene la *conventio* (el propio CASAVOLA la califica de «perlomeno... socionaturalistica») «diventa e deve essere considerata giuridicamente rilevante».

⁵⁰ D. 4.8.27.5 (Ulp. 13 *ad edictum*): *Coram autem dicere sententiam videtur, qui sapientibus dicit: ceterum coram furioso vel demente non videtur dici: item coram pupillo non videri sententiam dictam, nisi tutor praesens fuit: et ita de his omnibus Iulianus libro quarto digestorum scribit*. Por tanto, dicha capacidad no es distinta de la que es requerida para proceder en el mundo negocial, como señala WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitri*» col. 362 cuando nos dice que «die Parteien des Kompromisses, die dann mit dem Arbitr das Receptum schließen, sind bezüglich ihrer Geschäftsfähigkeit im allgemeinen den gewöhnlichen Rechtsvorschriften unterstellt».

⁵¹ Cfr. J. L. LINARES, «*Compromissum*» y «*receptum arbitri*». *Aspectos negociales del arbitraje privado romano en relación con el moderno*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 713 s., que, a propósito de la distinción planteada por KNÜTEL R., *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln 1976, 37 entre *selbständiges Strafersprechen* y *Doppelstipulationen*, se inclina por la aplicación de la primera a la categoría del arbitraje privado, por no emanar del compromiso medio coactivo alguno para quien se aparta de la sentencia arbitral. El propio LINARES, en 718, resalta la abstracción relativa que presentan las estipulaciones en el *compromissum*, pues siempre es necesario interpretar integradoramente su contenido con la voluntad de las partes en su otorgamiento. La preocupación de LINARES por el arbitraje privado romano se refleja en una nueva aportación: *Nota sobre la pena compromissi en nuestro derecho histórico*, en *SCDR*. 6 (1994) 83-102.

⁵² Este carácter debe entenderse, no desde el punto de vista de los asuntos que se someten a la consideración del árbitro, sino por la no sujeción del árbitro a instituciones políticas y la carencia de medios coactivos para obtener la ejecución del laudo arbitral. De tenerlos, nos atreveríamos a calificar su actividad como jurisdiccional.

⁵³ *Fori* 30.1: Si contra compromissum adversarius tuus apud electum arbitrum presentiam sui detraxit, placite pene videtur obnoxius, scilicet, nolendo comparere coram arbitro post trinam monitionem vel sentencie prolationi interesse, cum sibi fuerit assignata dies ad sententiam audiendam; y 30.4: Committitur pena si infra V dies aliqua partium renuerit stare arbitrorum sententiae, laudo, decreto vel compositioni. Transactis vero V diebus, arbitrium in rem iudicatam transit, et ex tunc nulla partium contradicere potest; sed si, transactis V diebus, altera pars contradicat, sit in electione illius, qui non contradicit, utrum velit agere vel experiri ex sententia, aut penam petere positam in compromisso. Utrumque autem petere non possit, nisi in compromisso dictum sit quod, rato manente arbitro, peteretur, si contra arbitrium veniretur.

Fori 37.13⁵⁴: Cui iurisdicatio data est, ea quoque concessa sunt ei, sine quibus iurisdicatio explicari non potest.

Parece claro aquí que la potestad de juzgar debe ir acompañada de todo lo necesario para que lo decidido por el árbitro pueda tener eficacia práctica en la medida en que se reconoce el carácter jurisdiccional de su actividad. ¿Quiere ello decir que la pena la impone directamente el árbitro o más bien que ello depende del ejercicio de la correspondiente *actio ex stipulatu* por la otra parte? Igual pregunta se plantea ante el siguiente fuero:

Fori 30.11: Si quis, postquam compromiserit in aliquem, ante sententiam latam ab arbitro, ad curiam super ipsa re super qua compromissum fuerit inierit, causa litigandi in posse curie, adversus eum pena sit commissa, prestanda alteri parti litigare nolenti, ne sit in potestate ipsius sic compromissum eludere⁵⁵.

¿En qué pena incurre, por consiguiente, aquél que se aparta del compromiso, acudiendo a pleitear ante la *Cort*? ¿En la misma que aquél que no ha cumplido el laudo arbitral? Porque las estipulaciones penales accesorias al compromiso no se refieren estrictamente al incumplimiento de la sentencia arbitral, sino incluso al abandono de esta vía de resolución del conflicto y el recurso a la acción ordinaria dentro del sistema de los juicios privados. En realidad, como apunta Casavola, las estipulaciones penales tan sólo harían referencia a la pena por desconocer aquello a lo que las partes se obligaron en la *conventio*, por lo que su eficacia debe necesariamente y constantemente referirse al contenido de la misma⁵⁶.

Este texto suscita, por consiguiente, otra cuestión: el *compromissum* celebrado entre dos partes, ¿lleva implícita para los compromitentes la renuncia al ejercicio de la acción ordinaria? En este orden de cosas, si partimos de la concepción del Derecho romano clásico, según la doctrina tradicional, el hecho de que una de las partes se apartara del *compromissum*, acudiendo a la jurisdicción ordinaria, no implicaba pena alguna para él, sino que la contraparte podría aparentemente oponer una *exceptio pacti*⁵⁷, es de-

⁵⁴ Vid. DUALDE, *Fori* cit. 60 n. 12. quien recoge la adición contenida en la versión romance: *go es, poder de iutiar o d'altres cosas a fer en iuhii*.

⁵⁵ Probablemente hay que entenderlo así: Si alguien, después de haber hecho compromiso con otro, antes de dar el árbitro la sentencia, acudiera ante la curia para litigar sobre lo que había hecho el compromiso, sufra el tener que pagar la pena comprometida a la otra parte que no quiera litigar, para que no quede a voluntad de aquél el eludir el compromiso.

⁵⁶ CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 238 s.

⁵⁷ Vid., entre otros que sostienen esta opinión común, que seguimos, BERTOLINI, *Appunti* cit. 233, para quien «el compromesso era in se un nudo patto, producente soltanto eccezione». Igualmente, entiendo CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 241 que la *exceptio pacti*, en caso de que el condenado por el árbitro acuda a la jurisdicción ordinaria, se muestra como el medio más eficaz para la conservación del status atribuido al vencedor por la propia sentencia arbitral. En contra, TALAMANCA, *Ricerche* cit. 101 ss. y MARRONE, *Sobre el arbitraje* cit. 61, quien entiende que la convención arbitral no era objeto de tutela en el marco del edicto *de pactis*. Acertada nos parece la idea de CASAVOLA, aunque insuficientemente tutelado por la *exceptio pacti* queda el interés del

cir, una excepción de que entre los dos había un pacto, expresamente convenido en el momento de celebrar el *compromissum*, cuyo contenido era precisamente someter la controversia exclusivamente a la consideración de un *arbiter*. La finalidad de esta *exceptio pacti* sería, por tanto, paralizar la eventual acción ordinaria entablada por quien se ha apartado anticipadamente del *compromissum*, puesto que la declaración de voluntad de los comprometidos quedaría reducida al nombramiento del árbitro y al sometimiento al mismo de una o más controversias existentes entre los mismos⁵⁸. Quizá pueda ser éste el recurso procesal procedente en el supuesto al que se refiere el siguiente pasaje, ciertamente cuestionado, de Ulpiano, en el que uno de los comprometidos, no estando conforme con la sentencia del árbitro, decide acudir a la jurisdicción ordinaria para hacer valer en ella el derecho no reconocido en el procedimiento arbitral:

D. 4.8.21.1 (Ulp. 13 *ad edictum*): Si arbiter ita pronuntiasset nihil videri Titium debere Seio: tametsi Seium non vetuisset petere, tamen si quid petisset, videri contra sententiam arbitri fecisse, et id Ofilius et Trebatius responderunt.

En efecto, gran parte de la doctrina niega la clasicidad de la *exceptio veluti pacti* y, por consiguiente, niega asimismo la consideración del *compromissum* como pacto, entendiendo que el ejercicio de la acción ordinaria por parte de uno de los comprometidos únicamente permitiría al demandado entablar la acción estipulatoria como consecuencia de la vulneración del compromiso⁵⁹, esto es, la única sanción que aparentemente correspondería a la mentalidad clásica sería la que deriva de las *stipulationes poenae* prestadas voluntariamente por los comprometidos. El fundamento se encuentra en el tenor de los siguientes textos, en los cuales no se hace referencia alguna a la *exceptio pacti* y cuya genuinidad parece segura, correspondientes todos ellos a la rúbrica *de pactis*⁶⁰ y, además, en el citado

ahora demandado en el juicio ordinario, pues mediante la misma no se obtiene ejecución de aquello precedentemente decidido en su favor por el árbitro. En realidad, como señala el propio CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 244, el demandado, ante la alternativa a ejercitar la *exceptio pacti* o la *actio ex stipulatu*, hubiera preferido ésta última, que permitiría exigir del comprometido demandante una pena a modo de represalia por la contravención de la *conventio* al acudir a la jurisdicción ordinaria, mientras que el demandante, si obra de este modo, es porque está convencido de que la sentencia del árbitro ha sido injusta y que, por consiguiente, a pesar de tener que pagar la pena estipulada, obtendrá del juez en el procedimiento ordinario cumplida satisfacción de su interés.

⁵⁸ ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane: «l'exceptio veluti pacti ex compromisso»*, en *Scritti Giuridici* I, Pavia 1922, 292 s. y TALAMANCA, *Ricerche* cit. 108 s., para quien la idea de presumir en los comprometidos la renuncia al ejercicio de la acción ordinaria es típicamente justiniana.

⁵⁹ Así se han expresado, entre otros, ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 286 ss.; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 191 s.; ROUSSIER, *Du compromis* cit. 173 señala que esta concepción no pudo existir sino a partir de Ulpiano; TALAMANCA, *Ricerche* cit. 101 ss., aunque dando relevancia al elemento de la *conventio*; BERGER, *Die Strafklauseln* cit. 213; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 31 s.

⁶⁰ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 55; ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 286;

D. 4.8.21.1 (Ulp. 13 *ad edictum*), tampoco aparece indicación alguna a dicha excepción de pacto⁶¹.

D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad edictum*): Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.

Cons. 9.17: Item ex corpore gregoriani: qui contra arbitri sententiam petit, sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam conceptio pacti conventi: Lib. I Tit. X.

Inicialmente fue Rotondi quien señaló cómo del acuerdo de los comprometidos no surge automáticamente excepción alguna a favor del que se ve perjudicado por la no observancia de la sentencia arbitral, sino que en el testimonio de Pomponio y Ulpiano en D. 4.8.11.3 (Ulp. 13 *ad edictum*), las excepciones referidas derivan de un recíproco y expreso *pactum de non petendo* que las partes han constituido con «la funzione di garantire l'osservanza del compromisso medesimo», que vendrían a cumplir, por su eficacia y bilateralidad, el mismo papel que la jurisprudencia clásica ha reservado a las recíprocas estipulaciones penales que suelen cruzarse los comprometidos para asegurar el respeto hacia la sentencia arbitral⁶²:

D. 4.8.11.3 (Ulp. 13 *ad edictum*): Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum, ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit.

Según Rotondi la atribución tradicional de una *exceptio pacti* al compromiso debería emarcarse dentro de la tendencia justiniana a presuponer entre los comprometidos un *pactum de non petendo*, que de este modo quedaría tutelado incluso para el supuesto de que ellos no hayan reforzado su eficacia con la constitución de estipulaciones de garantía. El régimen clásico vendría, por consiguiente, encarnado por lo referido en Cons. 9.17, que no hace referencia alguna a la *exceptio pacti*, sino a la petición de pena estipulatoria para el caso de no observancia de la sentencia arbitral, constatándose de este modo un diverso tratamiento del compromiso en Oriente y Occidente⁶³. De este modo, entiende Talamanca, en términos de hipótesis, dado lo escaso de las fuentes, que habría prevalecido una interpretación jurisprudencial dirigida a excluir «inderogabilmen-

ROUSSIER, *Du compromis* cit. 193 s.; TALAMANCA, *Ricerche* cit. 101 s.; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 51.

⁶¹ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 92 pone el pasaje en relación con D. 44.2.15 (Gai. 30 *ad edictum prov.*), relativo a la concesión de la excepción de cosa juzgada en torno al reconocimiento de la cualidad de heredero del demandante.

⁶² ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 290; TALAMANCA, *Ricerche* cit. 123; VOCI, *La responsabilità del debitore* cit. 334; y BEHREND, recensión a ZIEGLER cit. 682 n. 12. En contra, LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 194 niega toda concepción del compromiso desprovisto de estipulaciones penales, las cuales, para él, no son nunca accesorias, sino parte esencial del negocio formal que él reconoce en el compromiso.

⁶³ ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 293 ss.

te» la posibilidad de que las partes puedan oponer una *exceptio pacti ex compromisso*⁶⁴.

Luego fue el propio La Pira quien revolucionó todo el sentir de la doctrina tradicional, desterrando la concepción del *compromissum* como un pacto, ignorando la *conventio* que se esconde detrás de las estipulaciones penales, que serían lo único relevante en la estructura del compromiso, concebido así como un negocio formal en el que dichas estipulaciones permiten dar relevancia al acuerdo de las partes, desprovisto de otro modo de protección en el derecho clásico⁶⁵. Esta posición precede a la renovadora tesis de Talamanca, capaz de reconocer separadamente bajo el término *compromissum* tanto el acuerdo de las partes de someter la controversia a la decisión de un árbitro como las estipulaciones, *in faciendo* o penales, que servirían para dotarlo de eficacia práctica y detrás de las cuales siempre puede reconocerse igualmente un acuerdo de voluntades que justifique su prestación⁶⁶. Esta misma línea parece contemplarse en Fori 30.11, que viene a recoger la circunstancia de que uno de los comprometidos se aparta del *compromissum* y acude a pleitar ante la Curia, quedando obligado a pagar la pena comprometida a la otra parte, precisamente para que no quede a voluntad de aquél el eludir el compromiso.

En todo caso, la expresa exclusión que ambos pasajes hacen de la *exceptio pacti* bien podría ser un intento de desterrar una posible concepción antigua del compromiso como pacto y, consecuentemente, la voluntad pretendida de cambiar la naturaleza originaria del compromiso, eliminando aquél de sus elementos que mejor permitía definir su naturaleza. Con todo, no pretende este trabajo revisar las distintas teorías en torno a la naturaleza jurídica del compromiso⁶⁷, pero sí al menos llamar la atención en torno al hecho de que de la *conventio* que tiene lugar entre las par-

tes bien podría haber surgido una excepción, que no sería otra que la *exceptio pacti ex compromisso*, sobre la base del siguiente fragmento, en el que se ofrece alternativa entre la *exceptio pacti* y la *stipulatio poenae*⁶⁸, quizá como recuerdo de un régimen electivo más antiguo, el cual, sin embargo, es modificado radicalmente en relación con el compromiso a través de la exclusión en D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad edictum*) de la *exceptio pacti*:

D. 2.14.10.1 (Ulp. 4 *ad edictum*): Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.

Entiendo, por consiguiente, que cualquier concepción de la categoría del *compromissum* que descansa sobre el relieve o la importancia que tiene la *conventio* de los propios comprometidos debe ir acompañado de la admisibilidad de la mencionada excepción, especialmente en aquellos casos en los que uno de ellos se aparta del procedimiento arbitral para iniciar la vía ordinaria. Aun cuando la citada doctrina entiende que también en estos casos procede la *actio ex stipulatu*, hay que poner de relieve el hecho de que el negocio accesorio que sirve para dotar de ejecutividad la sentencia del árbitro no siempre es una estipulación, sino que en ocasiones se recurre a otras instituciones con idéntica función penal o sencillamente se puede llegar a articular simplemente un compromiso *sine poena*⁶⁹. Es claro que en estos casos, no cabe entablar acción estipulatoria alguna, sencillamente porque no hay estipulación, por lo que en tales supuestos no quedaría más remedio que recurrir a la ya mencionada excepción de pacto⁷⁰, aun reconociendo que la adjunción de una promesa estipulatoria permitiría tutelar en mejor medida el interés del perjudicado por la inobservancia de la sentencia arbitral.

Además, si la pena sólo puede ser exigida por el comprometido defraudado mediante el empleo de la acción estipulatoria, ¿por qué se dice en este fuero *la qual pena sie donada a la part que en poder de la cort no vendrà ni volrà...?*⁷¹. Podría parecer que la exigencia de la pena es algo

⁶⁴ TALAMANCA, *Ricerche* cit. 110 s.

⁶⁵ LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 189 s. y 195 lo configura más bien como «un negozio formale costituito da due stipulationi fra loro interdependenti con cui le parti sottopongono ad un arbitro scelto di comune accordo una loro controversia solemnemente delimitata nella formula stessa della stipulazione, obbligandosi ad eseguirne la *sententia*». También siguen esta línea ROUSSIER, *Du compromis* cit. 181 y 200, quien entiende que la reciprocidad de la promesa está siempre presente en el compromiso, aunque alguna de las partes no prometa en realidad una pena, sino sencillamente respetar la sentencia arbitral, lo que llevaría implícito la renuncia al ejercicio de la acción ante la jurisdicción ordinaria; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 48 s., quien entiende que «die bloße Schiedsabrede bleibt (für den römischen Juristen) praktisch unbeachtlich» en tanto en cuanto no se asegure «durch gegenseitige Stipulationen einer Geldstrafe».

⁶⁶ TALAMANCA, *Ricerche* cit. 39 ss. trata ampliamente de la cuestión; y, sintéticamente, en *L'arbitrato* cit. 86 s. y en recensión a BUIGUES en *BIDR.* 94-95 (1991-1992) 575.

⁶⁷ C. 4.20.20 (530 d. C.) viene a recoger, en el orden procedimental, que el compromiso es una *lex privata* que regula el conflicto de intereses planteado entre los litigantes. Así puede extraerse de las palabras *si quidem in compromissis aliquid pro huiusmodi causa statutum est*, pues son las propias partes las que configuran el contenido del compromiso suscrito por ellos mismos.

⁶⁸ No obstante, MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 33; ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 287; y TALAMANCA, *Ricerche* cit. 52 excluyen que lo referido en este pasaje sea extensible al compromiso, al que correspondería la regla más específica contenida en D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad edictum*). Igualmente al respecto vid. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 50 y 180.

⁶⁹ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 56; MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 124; CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 242; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 52. En contra de su admisibilidad, ROUSSIER, *Du compromis* cit. 196 s.

⁷⁰ En torno a la hipotética frecuencia de esta excepción, vid. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del «arbitrator ex compromisso»*. Sanción contra el árbitro que no dio sentencia, en *RIDA* 31 (1984) 306, aunque el propio autor reconoce la ausencia de fuentes fidedignas suficientes que permitan sostener su existencia, al menos en la época clásica.

⁷¹ Versión romance de la expresión contenida en Fori 30.11 *alteri parti litigare nolenti*.

que no depende de la actividad de las partes, sino que el árbitro puede imponerla desde el momento en que ambas partes suscribieron el *compromissum*. Entendemos, sin embargo, que la parquedad en la regulación de los fueros es responsable de estos interrogantes que nos planteamos, por cuanto la posible aplicación del *ius commune*⁷² supondría inevitablemente un reenvío a la concepción del arbitraje presente en las fuentes romanas. Algún apunte existe, como hemos visto, de la consideración de su actividad como jurisdiccional, pero sería lógico que atribuciones como las que planteamos hubieran sido expresamente indicadas en las fuentes. Quizá la mala comprensión de una compleja institución, cuya importancia en Roma es muy relativa, especialmente durante la vigencia del procedimiento formulario⁷³, o la idea apuntada anteriormente de versiones empobrecidas de las fuentes romanas como inspiradoras de los Fueros de Valencia, tengan mucho que ver con estas dudas que nos asaltan. Sólo el estudio de la cuestión en un plano eminentemente práctico puede permitirnos aclarar un extremo en el que los fueros tan sólo apuntan penumbra. No obstante, conviene conocer cuáles son los

⁷² Es clara la admisión justinianea de la *exceptio veluti pacti* como resulta de C. 2.55.5 pr. (530 d. C.), frente a la exclusión de la misma en sede de compromiso para el derecho clásico, como sostienen ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 286 ss.; BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 785; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 51. Más dudas plantea la clasicidad de la mención contenida en D. 4.8.13.1 (Ulp. 13 *ad edictum*), principal base textual para quienes admiten la existencia en época clásica de la mencionada excepción: *Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. Sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. Quamquam si petitor fuit qui stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum, quia is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur. De este modo, tanto Pomponio como Ulpiano rechazan la calificación de compromiso cuando sólo ha habido estipulación a favor de una de las partes, puesto que en tal caso cesaría la coacción pretoria al árbitro prevista en el edicto. Cfr. sobre las críticas al texto ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 287 ss.; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 193; y ROUSSIER, *Du compromis* cit. 198 ss., quien entiende que el fundamento de la decisión se halla en el desequilibrio que se produce entre las partes y que determina la ausencia de tutela pretoria en tal caso; vid. también sobre el fragmento TALAMANCA, *Ricerche* cit. 111 ss. y 125 ss.; CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 241 ss.; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 51. Insistimos en que nuestra inclinación por su existencia es meramente hipotética, entendiendo que el abandono sobrevenido del procedimiento arbitral no siempre es sancionable por la vía de las acciones estipulatorias y que el Pretor, aunque sea por la vía decretal de la *exceptio*, debe proteger a aquél que no se ha apartado del *compromissum*, paralizando la acción intentada en el proceso ordinario. En el mismo sentido, cfr. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 52 considera que la *exceptio* serviría para proteger al demandado absuelto para el caso de que sólo se haya prometido en el compromiso pena en favor del demandante, mientras que LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 195 ss. niega que pueda hablarse de compromiso cuando falta estipulación para garantizar el interés de una de las partes.*

⁷³ A este juicio de valor contribuye el hecho de que el Pretor no haya favorecido la ejecución de las sentencias arbitrales con la creación de una acción al efecto. Vid. a este respecto, MARRONE, *Sobre el arbitraje* cit. 59 y 61.

perfiles y principales problemas que plantea la institución en Derecho romano para tratar de ver cuál ha sido su recepción en el Derecho valenciano.

2) Su apelación

Otra cuestión digna de tenerse en cuenta cuando se busca la comparación de la institución arbitral en los Fueros de Valencia con la que corresponde a la tradición romanística es la imposibilidad de apelar la sentencia del *arbiter*, como ya ponía de relieve Wlassak, puesto que «*der Arbiter darf Verfügungen, die er im Laufe des Verfahrens traf, abändern, nicht auch das Endurteil*»⁷⁴. Así se desprende categóricamente del siguiente texto de los Fueros de Valencia:

Fori 101.16: *A sententia arbitri non appelletur.*

El fundamento de la no apelabilidad de la sentencia arbitral viene motivado por el hecho de que el árbitro, desde el momento en que pronuncia el laudo, deja de ser árbitro⁷⁵, lo que impide que pueda alterar la sentencia arbitral, sea para corregir algún error⁷⁶, sea por haber llegado con posterioridad a un distinto convencimiento en torno a la cuestión litigiosa. Así se desprende igualmente de los siguientes pasajes de las fuentes romanas:

D. 4.8.19.2 (Paul. 13 *ad edictum*): Unde videndum erit, an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agitatum, si arbiter iussit dari, mox vetuit, utrum eo quod iussit an eo quod vetuit stari debeat. Et Sabinus quidem putavit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat et ait Sabinum non de ea sensisse sententia, quae arbitrium finiat, sed de praeparatione causae: ut puta si iussit litigatoris calendis adesse, mox idibus iubeat: nam mutare eum diem posse. Ceterum, si condemnavit vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare sententiam non posse.

D. 4.8.20 (Gai. 5 *ad edictum prov.*): Quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest.

El primero de estos pasajes contiene la explicación que Casio hace de una afirmación de su maestro, Sabino, sobre la apelabilidad de la sentencia. El segundo viene a reiterar el contenido final del texto anterior. No obstante, encontramos algunos pasajes en el *Codex* que sí se refieren a la apelación de las sentencias dictadas por los árbitros⁷⁷, pero estos no se refieren al arbitraje comprometente, sino a jueces por delegación.

⁷⁴ WLASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrium*» col. 413; LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, en *RIDA*. 13 (1966) 290 ss.; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 137.

⁷⁵ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 90; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 216 y 221; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 84.

⁷⁶ LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 216 sostiene que resulta posible y exigible que el árbitro modifique aquella sentencia por él pronunciada que por cualquier causa no se ajuste al contenido de la estipulación, en la que se contienen los extremos de la *conventio* a que han llegado las partes.

⁷⁷ C. 7.62.31.1 (423 d. C.) y C. 7.62.32.4 y 5 (a.?).

C. - Breve examen y problemas que plantea la institución arbitral en derecho romano

1) Fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral

En efecto, del mismo modo que el *iudex* romano nada puede hacer ante la negativa a cumplir la sentencia de condena por parte del demandado, pues carece de los medios coactivos necesarios para ello, el *arbitrator* tampoco puede forzar a la parte que no observa el compromiso a cumplir la sentencia por él dictada. En el sistema del *ordo iudiciorum privatorum*, el incumplimiento de la sentencia declarativa de condena por parte del condenado sólo permitía al demandante vencedor entablar la *actio iudicati* con el riesgo para el demandado de litiscrescencia al doble. En todo caso, esta fase ejecutiva se caracteriza por la sumariedad procedimental, con la única intervención del Pretor, que es, en definitiva, quien goza de los medios coercitivos indispensables para conseguir del demandado condenado el cumplimiento de la sentencia. Por el contrario, en el arbitraje romano, el incumplimiento de la sentencia dictada por el árbitro no faculta para esa intervención ejecutiva pretoria⁷⁸, sino que desencadena el efecto propio de las estipulaciones penales⁷⁹ u otras formas de garantía que las partes hayan podido constituir. Al igual que en los *iudicia* del *ordo*, donde la llegada a la *litis contestatio*, con la consiguiente redacción definitiva de la fórmula procesal, implicaba la estricta sujeción del juez privado a los términos contenidos en la misma, en el arbitraje, el convenio alcanzado por las partes y concretado en el *compromissum* suponía para el árbitro una limitación objetiva de la controversia⁸⁰, de la que el árbitro, para su resolución, no

⁷⁸ Recoge TORRENT, *El arbitraje en el bronce de Contrebia*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* 2, Milano 1982, 647 la opinión común, al decir «si en el *compromissum* sólo se prevé una consecuencia indirecta en forma de reparación pecuniaria (*poena*) para el que incumpla la decisión arbitral, la eficacia directa y vinculante de la *litis contestatio* y de la sentencia del juez se explica como un efecto jurídico mayor debido al *iussum iudicandi* que inviste al juez de una función pública irrecusable, frente a la sentencia arbitral cuya función es asumida voluntariamente por el árbitro, y que solamente tiene un fundamento privatístico». En contra, la tesis de LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 202 ss.

⁷⁹ BIONDI, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano 1953, 113 y VISKY, *La pena convenzionale* cit. 624. Ello no significa desnaturalizar su carácter de sentencia, puesto que, como pone de relieve WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 87 s., «der Schiedspruch ist stets wirkliches Urtheil, er ist nicht ein Gutachten, nicht eine Äusserung der Meinung des Schiedsrichters, sondern enthält die materielle Rechtsentscheidung in imperativem Sinne gegen die Parteien, nicht anders als die *sententia iudicis*»; y, al igual que la sentencia del juez, debe poner fin, con claridad y precisión, a la cuestión litigiosa: *finem controversiis imponere*, en D. 4.8.13.2 (Ulp. 13 *ad edictum*). Vid. también HAYUM, *Der Schiedsvertrag*, Tübingen 1892, 13; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 222 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 136, quien señala que «der Tenor des Schiedsurteils muß dementsprechend klar sein und nicht durch Unbestimmtheit Anlaß zu neuen Streitigkeiten geben».

⁸⁰ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 43 considera la *res de qua compromittitur* como presupuesto de la constitución del arbitraje, quedando el árbitro ligado a lo que las partes, en el compromiso, han tenido a bien someter a su decisión. De este modo, cada uno de los compromitentes puede solicitar la coacción pretoria contra el árbitro, pero sólo en la medida en que éste haya desatendido los límites del compromiso, puesto que «nur soweit der arbitrator compromiss-

podía apartarse, aunque dentro de tales límites goza de plena libertad de convencimiento y de pronunciación, incluso superior a la que muestra el juez⁸¹, especialmente en los litigios en que ante aquél no se acciona *ex fide bona*⁸². Así resulta claramente del siguiente fragmento:

D. 4.8.32.15 (Paul. 13 *ad edictum*): De officio arbitratorum tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbitrator poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est.

En efecto, esa carencia de fuerza ejecutiva de la sentencia arbitral en la medida que su inobservancia no da lugar en derecho clásico a la aplicación ni de la *actio iudicati* ni de cualquier otra acción⁸³, viene recogida asimismo en:

PS. 5.5^a.1: Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur, itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt; itemque ab his, qui ab imperatore extra ordinem petuntur. Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit; sed si poena inter eos promissum sit, poena re in iudicium deducta ex stipulatu peti potest.

Este pasaje recoge, en su parte final⁸⁴, la posibilidad de entablar la *actio ex stipulatu* ante el incumplimiento de la sentencia arbitral en el caso de que haya mediado entre los litigantes una cantidad prometida como pena, puesto que, como señala Knütel, «die bloÙe Schiedsabrede hatte keine selbständig verpflichtende Kraft und fand auch keinen honorarrechtlichen Schutz über die *exceptio pacti*»⁸⁵, esto es, el acuerdo arbitral carece de

gemäss handelt, sind die Parteien gebunden». Cfr. WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 67; HAYUM, *Der Schiedsvertrag* cit. 66; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 197; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 136.

⁸¹ WLASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrator*» cit. col. 408 s.; WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitratoris*» cit. col. 365; y BONIFACIO, *NNDI*. 1^a sv. «*arbitrator e arbitratorum (diritto romano)*» cit. 926.

⁸² Este paralelismo entre lo que constituye el acto central del procedimiento formulario (la *litis contestatio*) y la concreción del acuerdo de los compromitentes (*compromissum*) es observado ya por WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 70, puesto que tanto el árbitro como el juez se encuentran limitados en el ejercicio de su actividad por el compromiso y la fórmula procesal, respectivamente. Sin embargo, también conviene poner de manifiesto algunas diferencias, puesto que el compromiso y la asunción de responsabilidad por parte del árbitro tienen naturaleza privada, mientras que la designación del juez y el ligamen de las partes en la *litis contestatio* no presentan carácter contractual, como señala el propio WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 73.

⁸³ WLASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrator*» cit. col. 408; ROUSSIER, *Du compromis* cit. 193; BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 784; PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, en *Studi in onore di Biondo Biondi* 2, Milano 1965, 165; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 137. Ello, sin duda, es producto de la desvinculación de la función del árbitro con la categoría de la *potestas*, de la que no está obviamente dotado. Cfr. BROGGINI, *Iudex arbitrorum. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 21.

⁸⁴ En la parte inicial se hace referencia a la limitación por valor de la competencia de los magistrados municipales, tal como señala TORRENT, *Inflación y proceso en la legislación municipal*, en *RIDA*. 19 (1972) 467 s.

⁸⁵ KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit. 36.

fuerza por sí mismo, de modo que requiere de la presencia de un mecanismo indirecto (die wechselseitigen Strafstipulationen) para obligar al cumplimiento del compromiso suscrito por las partes. En definitiva, la sentencia dictada por el árbitro no produce en derecho clásico efecto de cosa juzgada⁸⁶, de modo que, no habiendo consunción de la acción, nada impide el acudir posteriormente a la jurisdicción ordinaria⁸⁷.

Con posterioridad, en el año 529, Justiniano concedió una acción especial, que podía ser, según los casos, una *actio in factum*, una *condictio ex lege* o una *actio utilis in rem*⁸⁸ en aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido bajo juramento al árbitro y éste se hubiera obligado igualmente a través de tal juramento a dictar una sentencia justa, pudiendo ser probadas estas circunstancias a través de distintos medios y conservándose la protección tradicional del arbitraje para los restantes supuestos⁸⁹. Esta especial eficacia que alcanza la sentencia arbitral por sí, con independencia de la pena estipulada, viene motivada, en definitiva, por la institución del juramento, que se incorpora al arbitraje en esta época⁹⁰. De este modo, reforzada la eficacia de la institución arbitral, surge de la misma acción para el favorecido con el laudo frente al que no lo observa voluntariamente⁹¹, del mismo modo que nace, como consecuencia de tal juramento, una *exceptio veluti pacti* a favor del que se aparta del compromiso y acude a la jurisdicción ordinaria⁹².

No obstante, su aplicación es derogada por el propio Justiniano en la Novela 82.11, que parece eliminar implícitamente las acciones que servían para dotar de eficacia al juramento, como consecuencia del peligro generalizado de perjurio ante el relajamiento de la moralidad en su tiempo, de modo que se vuelve al régimen clásico conforme al cual los compromitentes deben atender la sentencia arbitral o quedar, por contra, expuestos al pago de la pena derivada de la estipulación en el supuesto en que alguno acuda a la jurisdicción ordinaria, puesto que en época clásica no parece

⁸⁶ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 61; LEIST, *PWRE*. 4¹ sv. «*compromissum*» cit. col. 706; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 200 y 203; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 137.

⁸⁷ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 74; MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 126; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 203; ROUSSIER, *Du compromis* cit. 186 s.; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 68 s.

⁸⁸ Vid. VALIÑO E., *Acciones útiles*, Pamplona 1974, 255 s., quien trata en páginas anteriores de la extensión de la *condictio* a la persecución del enriquecimiento injusto y su alternatidad con la *vindicatio utilis*, pues no puede ser otra la *actio in rem* a la que se refiere el pasaje.

⁸⁹ WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitri*» cit. col. 367.

⁹⁰ MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 125.

⁹¹ ROUSSIER, *Du compromis* cit. 168.

⁹² WLASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrator*» cit. col. 409 s. y WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitri*» cit. col. 367; LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 193. ROTONDI, *Un nuovo esempio* cit. 287 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 183 s. la configuran como una excepción nacida, más que del compromiso, de la propia sentencia arbitral, cuya observancia había sido prometida por las partes.

haber existido acción alguna que permitiera obtener ejecución de la sentencia arbitral⁹³.

2) El derecho aplicable en el procedimiento arbitral romano

También hemos de referirnos a la eventual sujeción que el árbitro romano tiene a las normas del derecho objetivo⁹⁴. Quizá cuestión preliminar debería de ser determinar qué se entiende en Roma por derecho objetivo o, más bien, qué es lo que en Roma, desde una perspectiva moderna, constituye el derecho objetivo. Es claro que debemos identificarlo, tanto con el *ius civile* como con el *ius honorarium* en este esquema bipartito tan peculiar que nos ofrece el Derecho romano clásico⁹⁵, pero no son claras las fuentes en cuanto a la sujeción del árbitro al derecho objetivo, quizá por la dificultad que supone individualizar y concretar la amplia e intensa tradición jurisprudencial. Más fácilmente determinable es el derecho pretorio (pese a las dificultades para su completa reconstrucción), que emana del edicto que anualmente establece el magistrado y que recoge aquellos recursos procesales de que disponen los particulares para ventilar sus asuntos patrimoniales en el campo del derecho privado. No obstante, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la no sujeción del árbitro al derecho objetivo, ante la ausencia de textos suficientes que permitan sos-

⁹³ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 74; MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 126; ROUSSIER, *Du compromis* cit. 186 s.; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 68 s.

⁹⁴ Las *Partidas* recogen la distinción entre el juez árbitro, que ha de resolver la controversia que a él se somete con arreglo a las leyes en la misma forma que los jueces ordinarios; y el arbitrador, que es aquel que puede proceder según su leal saber y entender, sin necesidad de sujetarse a las disposiciones y formas legales. Apunta ZIEGLER, *Arbitrator und amicus compositor*, en *ZSS*. 84 (1967) 379, que la distinción se desarrolla en el Medievo, pero tiene su refrendo en la opinión de Próculo ubicada en D. 17.2.76 (Proc. 5 *epist.*), pero este pasaje propiamente se refiere al *arbitrium boni viri* y sólo incidentalmente menciona al *arbitrator ex compromisso*. No obstante, debe traerse aquí la distinción que hace Cicerón entre los *arbitria* y los *iudicia*, los primeros referidos a aquellos juicios de buena fe (además de las acciones divisorias, que también derivan de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) donde la flexibilidad procedimental puede recordar al arbitraje compromitente, mientras que los segundos se identificarían con la categoría de los juicios que surgen de la interposición de una acción de derecho estricto. En relación con este planteamiento ciceroniano, vid. VALIÑO A., *Notas* cit. 536 n. 6 s. Quizá la categoría de los *arbitria* pueda de algún modo asimilarse a este arbitraje de derecho al que se refieren las *Partidas*, mientras que cuando hablamos de arbitradores debemos pensar en los árbitros *ex compromisso*.

⁹⁵ Se puede traer a colación aquí la distinción que hace GUZMÁN, *La fijación del derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso 1977, 35 entre el derecho de juristas y el derecho legal, formas que históricamente no se han manifestado puramente. Así entre los ejemplos que el autor señala como derecho de juristas se encuentra el Derecho romano por cuanto su «formación y elaboración se halla reservada al estamento de juristas práctico-profesionales», pero entiende el autor en n. 44 que «debe observarse que el Derecho romano tuvo su punto de partida en la Ley de las XII Tablas», lo cual no desvirtúa lo apuntado anteriormente, pues al igual que sucede con el Derecho de la glosa respecto del *Corpus Iuris Civilis*, ambos cuerpos legales quedan ampliamente superados por el trabajo jurisprudencial posterior. Más tangencialmente, el propio GUZMÁN, *La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica*, en *REHJ*. 8, Valparaíso 1983, 57 s., vuelve sobre la distinción.

tenerla⁹⁶, mientras que Talamanca ha defendido tal sometimiento, pues las razones que se aducen en pro de la no sujeción al derecho objetivo también concurren en el caso de la sentencia dictada por el *iudex* romano: la no apelabilidad, al menos en época clásica, de la sentencia por él pronunciada⁹⁷. Concluye Talamanca señalando que lo más probable es que el árbitro quedara sujeto al derecho objetivo, sencillamente porque las partes no le habrían desvinculado de él en el *compromissum*⁹⁸.

Otros textos parecen conferir cierta libertad al árbitro en el ejercicio de su actividad, sin olvidar aquellas materias que no pueden ser objeto de un compromiso⁹⁹:

D. 17.2.76 (Proc. 5 *epist.*)¹⁰⁰: ... sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est)...

D. 4.8.17.3 (Ulp. 13 *ad edictum*): ...et puto tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura.

⁹⁶ Vid. MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 86: «Wenn aber die Quellen den *arbitr* als denjenigen bezeichnen, der urtheilen soll, *quod ipsi videtur* wenn von der *libera facultas sententiae arbitri* die Rede ist, so ist ein logischer Widerspruch, wenn man ihn in die Schranken des objectiven Rechtes weist»; WLASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrium*» col. 412 s.: «An die Regeln des Staatsprocesses ist der *arbitr* grundsätzlich nicht gebunden... er leitet das Verfahren, wie es ihm passend scheint»; y PARICIO, *Notas* cit. 288. También TALAMANCA, *Ricerche* cit. 24 n. 57; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 136; y BUIGUES, *La solución* cit. 132 n. 186, quienes citan la posición mayoritaria de otros autores anteriores, tomando como base una serie de pasajes que recogen la imposibilidad de apelar la sentencia dictada por el árbitro.

⁹⁷ Vid. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 25. También rechaza el autor el fundamento de tal sujeción en diversos textos tradicionalmente unidos a tal idea como Séneca, *de beneficiis* 3.7.5 y Cicerón, *pro Q. Roscio com.* 12 y 13, por entender que los mismos tan sólo sirven para diferenciar las figuras del *iudex* y el *arbitr*, pero no un *arbitr* ex *compromisso*, sino a aquél que interviene en las acciones que se derivan de la antigua *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. En esta misma línea, vid. nuestro trabajo *Notas* cit. 536 ss.

⁹⁸ Vid. LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 223 s. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 28. En este sentido, WLASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbitrium*» cit. col. 413 ponía de relieve que la sujeción o no del árbitro al derecho objetivo podría quedar específicamente determinada en el compromiso.

⁹⁹ D. 4.8.32.6 (Paul. 13 *ad edictum*): *Iulianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem*. La consecuencia, como apunta MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 74 sería «die Nichtigkeit des Vertrages... und die weitere Folge Ausschluss des Zwanges und Versagung der *poenae executio*», cuya aplicación llevaría a cabo directamente el Pretor, como señala ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 86. Vid. también HACKL, «*Praeudicium*» in *klassischen römischen Recht*, München 1976, 70 n. 19.

¹⁰⁰ Igualmente D. 4.8.27.2 (Ulp. 13 *ad edictum*): *Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit. et sibi imputet qui compromisit. nam et divi pti rescripto adicitur: «vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet»*. De este modo, debe observarse la sentencia arbitral, sea justa o injusta, desde el momento en que los comprometidos deben asumir su cuota de responsabilidad en lo que a la elección de un árbitro inadecuado se refiere. Cfr. al respecto, WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 88 s.; MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 86 s.; y LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 291 n. 186. Es precisamente en el marco de esta libertad en el que cobra importancia, como criterio de resolución de los conflictos entre comprometidos, la aplicación de la *aequitas* antes que el *ius*, como señala, para el derecho clásico, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 136 s. y MAYER-MALY, *De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*, en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 255. En contra, en cambio, TALAMANCA, *Ricerche* cit. 24.

D. 4.8.19 pr. (Paul. 13 *ad edictum*): *Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur...*

Podemos añadir, finalmente, otros argumentos textuales que justificarían la eventual sujeción del árbitro al derecho objetivo, pero tales pasajes tropiezan con la dificultad de que vienen a establecer la aproximación que se produce entre el arbitraje comprometido y los juicios ordinarios en época justiniana¹⁰¹.

Así, en este punto, cabe reproducir parcialmente una constitución del año 530 d. C.:

C. 3.1.14 (530 d. C.): ... per quam sancimus, omnes iudices... qui in administrationibus positi sunt... vel qui ex recepto id est compromisso (quod iudicium imitatur), causas dirimendas suscipiunt, vel qui arbitrium peragunt..., et generaliter omnes omnino iudices, Romani iuris disceptatores, non aliter litium primordium accipere, nisi prius ante sedem iudicalem sacrosanctae deponantur scripturae, et hae permaneat non solum in principio litis, sed etiam in omnibus cognitionibus usque ad ipsum terminum et definitivae sententiae recitationem. Sic etenim attendentes ad sacrosanctas scripturas et Dei praesentia consecrati, ex maiore praesidio lites diriment...

Este texto pone de relieve cómo incluso los árbitros comprometidos han de sujetarse, en cuanto a la formalidad del juicio, al tenor de las Sagradas Escrituras al dictar sus sentencias arbitrales, lo que implica una cierta sujeción a lo que es derecho objetivo en esta nueva realidad justiniana. Ello se concreta en la imposición, tanto al juez, al árbitro como a los abogados de las partes, del correspondiente juramento, que ya había sido regulado por el propio Justiniano en C. 2.55.4.1 y 3 (529 d. C.)¹⁰². Idéntico planteamiento puede extraerse de este expreso abandono que hace Justiniano de la tradición jurisprudencial como modo de resolver las contiendas jurídicas entre los particulares:

C. 7.45.13 (529 d. C.): *Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum. Non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, quum non exemplis, sed legibus iudicandum est, nec si cognationales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae. Sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus.*

Queda, por tanto, clara esta sujeción al derecho objetivo de los jueces y de los árbitros desde el momento en que la única fuente del derecho es la ley, perviviendo todavía los rescriptos y las respuestas jurisprudenciales de los antiguos jurisconsultos como una especie de monumento jurídico al

¹⁰¹ Cfr. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid 1987, 69, a propósito de la extensión a los árbitros comprometidos del juramento característico de los jueces. A dicho juramento se refiere también una inscripción recogida en CIL. 9,2827 como señala DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane* 1, Roma 1961, 615.

¹⁰² ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 218.

que pueden dirigirse los jueces en su labor interpretativa de textos tan ampulosos y generales.

Fuera de este paréntesis justiniano, en torno a la cuestión de la sujeción del árbitro al derecho objetivo, compartimos el criterio de Talamanca, por cuanto el fundamento de la no apelabilidad de las sentencias arbitrales no responde a su no sujeción al derecho objetivo, sino precisamente a la inexistencia de un escalafón administrativo de árbitros comprometentes¹⁰³. En efecto, de igual modo que la sentencia del juez romano no era apelable en la primera época clásica, sin duda por la inexistencia de una intervención burocrática en la ordenación de los juicios privados y, consiguientemente, por la inexistencia de jueces de más categoría que otros que justificara la revisión de las sentencias anteriormente dictadas, tampoco lo son las sentencias pronunciadas por los árbitros siquiera en la época postclásica, puesto que el procedimiento arbitral prosigue en ella su caminar desprovisto de todo control público y, por tanto, persiste la libertad de las partes para, de común acuerdo, elegir a aquél que ha de resolver la contienda por ellos planteada. No en vano, la actividad del árbitro viene revestida de una mayor libertad desde el mismo instante de su nombramiento, para el cual intervienen exclusivamente las partes, frente a la participación en la designación del juez entre los litigantes y el magistrado¹⁰⁴.

Aunque se mantiene en esencia esta privacidad en el tratamiento del arbitraje, ello no obsta para que Justiniano introdujera en esta institución el sello de su profunda preocupación por la ordenación del derecho. Así, el decaimiento de los negocios solemnes lleva aparejada la aparición de otros negocios distintos de la estipulación a través de los cuales se haga exigible la *poena compromissi*, como resulta de la lectura de C. 2.55.4.6 (530 d. C.). También se extiende al arbitraje comprometente el juramento que los litigantes y el propio juez prestaban en el sistema del *ordo iudiciorum privatorum*, como se desprende del párrafo introductorio ubicado en C. 2.55.4 (530 d. C.), y de su posterior desarrollo así como lo contenido

¹⁰³ Esta es ya opinión común entre los autores explicando la inapelabilidad de la sentencia de los jueces privados en el procedimiento ordinario *per formulas*: vid. p.e., en MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain* 1, París 1947, 203; asimismo BUCKLAND y Mc NAIR, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Cambridge 1965, 402 y D'ORS, *Derecho* cit. 156.

¹⁰⁴ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 6 s. señala cómo «der Schiedsrichter empfängt seine Macht und Gewalt von den Parteien selbst; ohne sie ist er nicht existent», aunque una vez designado, su función es independiente de la voluntad de los que le nombraron, de modo que «der Ungehorsam gegen seine Befehle zieht den Verfall der *poena compromissi* nach sich», de modo que «der Schiedsrichter steht über den Parteien, und, nicht wie der *judex*, unter dem Magistrat». También ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 162 señala cómo la distinción se concreta en el distinto origen del poder atribuido: la «Judicationsbefehl» para el juez, el «Vertrag der Parteien» para el árbitro.

en C. 3.1.14 (530 d. C.), aunque tal régimen desaparece con la Novella 82.11 del propio Justiniano dictada en el 539 d. C. Ello no determina que la libertad del árbitro en la resolución de la controversia le pueda llevar a contradecir los dictados que impone el derecho objetivo, aunque el talante dispositivo de su nombramiento y la ausencia del magistrado en la fase instructora del procedimiento pueda conducirle a observar en su decisión elementos como la *aequitas*¹⁰⁵, la *clementia* o la *humanitas*¹⁰⁶. En cambio, la burocratización del *officium iudicis* durante el Principado y, por ende, la jerarquización de que son objeto los jueces romanos fundamenta la aparición de esta institución revisora en que consiste la apelación.

Por tanto, entendemos que la no sujeción al derecho objetivo del *arbitrator ex compromisso* no es una característica específica de su cargo¹⁰⁷, aunque eso sí, le vincula imperativamente el contenido del compromiso¹⁰⁸. En este sentido, su actuación no debe ser muy diferente de la del *iudex*, pues éste quedaba sometido a los términos recogidos en la fórmula procesal¹⁰⁹. Tal sólo en los juicios de buena fe se introduce una mayor flexibilidad de actuación en el juez romano, asimilada a aquella de que goza el árbitro, pero tal flexibilidad es tan solo procedimental, por cuanto supera la rigidez

¹⁰⁵ Como señala WATSON, *Equity in the Time of Cicero*, en «*Aequitas*» and *Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, 24 la *aequitas* se ofrece como un mecanismo corrector que desciende al caso concreto cuando la aplicación generalista propia del derecho conduciría a una injusticia no deseada: «Equity would then be a response of the legal system to modify the effect of the law in particular circumstances, in order to the justice».

¹⁰⁶ Sobre la equiparación postclásica de *aequitas* y *humanitas*, cfr. DAZA, «*Aequitas et humanitas*» en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias* 3, Madrid 1988, 1229. No contradice nuestra opinión lo señalado por MOLLÁ, *Consideraciones en torno a la «aequitas»*, en *Justicia, Solidaridad, Paz: Estudios en homenaje al Profesor José María Rojo Sanz* 1, Valencia 1995, 298 quien, parafraseando a Aristóteles señala que «el hombre que busca la equidad recurre antes al árbitro que al juez en cuanto que el propio del árbitro guiarse según la equidad natural, y del juez guiarse según la ley escrita, por lo que la figura del árbitro existe para que la equidad prevalezca». Esta dualidad juez-ley escrita árbitro-equidad es quizá entendible en la realidad griega, pero difícilmente adaptable al Derecho romano, en el que si adquiere importancia la idea de la *aequitas* como «fundamento natural del derecho que surge el derecho constituido». No en vano, como WATSON, *Equity* cit. 24 ha puesto de relieve, la aplicación de la ética, como factor corrector de la rigidez del derecho civil, venía dada de la mano del Pretor, extendiendo su campo de aplicación a través de acciones *in factum* o ficticias. En este sentido, cfr. MOLLÁ, *Consideraciones* cit. 296 y BISCARDI, on «*aequitas*» and «*epieikia*», en «*Aequitas*» and *Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, 1 y 7, quien señala cómo «the problem of equity has been inseparable from that of justice» y que puede ser entendida en un doble sentido de «essence of the law» o de «antithesis of positive law». Específicamente sobre el sentido restringido de la equidad aristotélica, vid. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Aristotle's Equity*, también en «*Aequitas*» and *Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, 12 s.

¹⁰⁷ No obstante, resulta una equiparación de las figuras de *iudex* y de *arbitrator* en cuanto a la sujeción a las Sagradas Escrituras. Así se recoge en el citado C. 3.1.14 (530 d. C.).

¹⁰⁸ Cfr. CRIFÒ, *ED* 2 (1958) sv. «*Arbitrato (diritto romano)*» 893, quien establece las diferencias entre *iudex* y *arbitrator*, especialmente en lo que atañe a la intervención del magistrado en el nombramiento del primero y la sujeción que éste tiene al tenor de la fórmula procesal.

¹⁰⁹ También queda expresamente sometido al derecho objetivo como señala I. 4.17 pr.: *Sub perest, ut de officio iudicis dispiciamus, et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.*

de efectos que derivaban de la *litis contestatio* y, en último término, de lo recogido en la fórmula procesal. No obstante, tal flexibilidad más me parece expresión de la justicia del caso concreto¹¹⁰ que signo exterior de la no sujeción al derecho objetivo. De ahí que el recurso al procedimiento arbitral más bien debe predicarse de aquellos juicios que surgen del empleo de acciones de derecho estricto, pues es precisamente en ellos donde cobran efectividad las ventajas que el arbitraje lleva consigo.

3) Responsabilidad del árbitro

La aproximación en época bizantina entre ambas instituciones, arbitraje compromitente y proceso ordinario, se hace patente en la progresiva equiparación de responsabilidad que se atribuye al árbitro respecto del juez privado. Así, conviene reproducir aquí una constitución de Justiniano del año 531 d. C.:

C. 2.3.29.2 (531 d. C.): Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices, et ad compromissarios, et arbitros electos perveniat, scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intelligantur.

Esta extensión del *litem suam facere* a los árbitros compromitentes (que aparecen diferenciados en el propio pasaje de los árbitros, entendidos como *boni viri*) no responde al pensamiento clásico, por cuanto tal responsabilidad viene exigida por el carácter de *munus* que, en Roma, tiene el intervenir como juez privado y únicamente puede liberarse de la obligación

¹¹⁰ A esta justicia del caso concreto se refieren, entre otros, D. 4.1.7 pr. (Marcell. 3 dig.) [= D. 50.17.183 (Marcell. 3 dig.)], relativa a la concesión por parte del Príncipe de una *restitutio in integrum* a favor del que ha perdido el proceso a causa de una ausencia a él no imputable, todo ello con el fin de evitar las duras consecuencias a que conducía la rigidez del derecho vigente, como señala GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* 2, Milano 1963, 138 s.; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* 2, Milano 1973, 338 y 465 n. 165; y PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 186 ss.; y *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*², Torino 1991, 161. Por la interpolación del pasaje, vid. BROGGINI, «*Transactio post litem contestatam*», en *ZSS.* 73 (1956) 360, con la literatura allí citada. Con toda seguridad, el rescripto siguió a la *relatio* del magistrado encargado de ventilar el asunto en el propio curso del litigio, tal como indica GUZMÁN, *Historia del «referimiento legislativo»*, en *REHJ.* 6 (1981) 41. También podemos señalar D. 44.3.14 pr. (Scaev. L.S. *quaest. publ. tract.*) y D. 46.6.12 (Pa 12 *quaest.*), reproduciendo éste último por referirse expresamente a la equidad de un árbitro: *Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur. Nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea culpa delegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris desiderasse.* A propósito de estos textos y su relación con la *aequitas* cfr. MAYER-MALY, *Aequitas evidens*, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin 1970, 349 s. y MOLLÁ, *Consideraciones* cit. 299 ss. VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiriano*, en *Iura* 20 (1969) 321 lee «*arbitrii*» en lugar de «*arbitri*», de modo que tal referencia en el pasaje se entiende hecha al *arbitrium tutelae*, en el que la aplicabilidad de la equidad es exigencia de la cláusula *ex fide bona*.

de dictar sentencia cuando, mediante juramento, «no ve claro el asunto». Por el contrario, los árbitros compromitentes son libres de aceptar el encargo de resolver la controversia y la no configuración de su función como un deber público les excluye de la legitimación pasiva en la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*¹¹¹. Además, el compromiso celebrado entre los particulares no excluye la facultad que tienen éstos de recurrir a la jurisdicción ordinaria, no sólo en el caso en que el árbitro no haya dictado sentencia por cualquier causa, sino incluso cuando libremente lo haya dictado cualquiera de los litigantes. De este modo, la falta de sentencia arbitral no ocasionaba para los compromitentes perjuicio alguno¹¹² y el hecho de acudir a la jurisdicción ordinaria suponía de hecho la disolución del compromiso, pero se ha de pagar la pena para evitar que este arrepentimiento se generalice, con lo que ya no resulta posible la *coercitio* frente al árbitro a fin de que dicte sentencia desde el momento en que la *deductio in iudicio* ha desencadenado como efecto la *commissio poenae*¹¹³:

D. 4.8.30 (Paul. 13 *ad edictum*): Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicio deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, quia iam poena non potest esse, atque si solum est compromissum. Sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate eius, quem paenitet compromissum se, sit compromissum eludere. Ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.

Recoge también Wlassak, sobre la base de este fragmento, la protección que se atribuye al compromitente que no cumple la sentencia arbitral dictada dolosamente por el árbitro en favor de la otra parte: una *exceptio doli* frente a la eventual *actio ex stipulatu* entablada por el beneficiario del laudo arbitral¹¹⁴.

¹¹¹ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 24.

¹¹² Cfr. PARICIO, *Notas sobre* cit. 304 ss. También sobre esta cuestión vid. CREMADES, *La acción contra el árbitro que no dio sentencia*, en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias* 3, Madrid 1981, 1201.

¹¹³ BONIFACIO, *NNDI* 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 785 y TALAMANCA, *Ricerche* cit. 77. También, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 68 s. señala que el ejercicio de la acción conlleva la cesación de las penas prometidas por los compromitentes así como cesa la coacción pretoria sobre el árbitro a fin de que proceda a dictar sentencia.

¹¹⁴ WLASSAK, *PWRE* 2 sv. «*arbitrium*» cit. col. 413. No parece que pueda exigirse responsabilidad al árbitro por el pronunciamiento de una sentencia dolosa en el período clásico, pero ello no significa que el maliciosamente favorecido por el laudo arbitral pueda hacerlo valer en su provecho como queda reflejado con el eventual ejercicio de la *exceptio doli* por parte del compromitente perjudicado. Entendemos que en época clásica no es ni siquiera aplicable al juez en los supuestos de dolo la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, pues como señala acertadamente D'ORS. A., «*Litem suam facere*», en *SDHI.* 48 (1982) 369 s., el sentido técnico de esta expresión latina se identifica con el incumplimiento del deber de dictar sentencia por parte del juez privado y, en general, con todos aquellos casos en los que la presencia de un vicio determinaría su nulidad. Así resulta de Gai. 4.52, donde un juez hace suyo el litigio por el hecho de dictar sentencia apartándose del contenido de la fórmula procesal, pues en palabras del propio D'ORS «el dictar una sentencia nula equivale a no dar sentencia y ésa es la causa del *litem suam facere*». Por el contrario, la injusticia de la sentencia, que englobaría los supuestos de intervención de malicia en

Esta cuestión nos conecta con la eventual responsabilidad en que incurre el árbitro como consecuencia de su *receptum*¹¹⁵. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, cierto que es una declaración unilateral del árbitro, un acto de obligación del árbitro a través del cual asume su función sin sujeción a una forma determinada¹¹⁶, pero precedida de la oferta de las partes en el sentido de que asuma el arbitraje, lo que le confiere cierta bilateralidad¹¹⁷. A esta responsabilidad del *arbiter* se refiere el siguiente fragmento:

D. 4.8.3.1 (Ulp. 13 *ad edictum*): Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finire, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisset, ut officium quod in se receperit imple-ret?

Este pasaje recoge la idea de la coacción por parte del Pretor al árbitro para que resuelva una contienda cuyos entresijos e intimidaciones han sido puestos de manifiesto por los litigantes durante el conocimiento de la causa. Por tanto, el árbitro es libre de aceptar o no el *receptum* deferido por las partes, pero, una vez aceptado, se obliga frente a las partes a pronunciar la sentencia¹¹⁸. El problema es determinar en qué se concreta esa co-

resolución arbitral, podría llevar aparejada para el juez una sanción en el terreno de los *crimina*. En defensa de este planteamiento orsiano podemos citar PS. 5.25.2 (= Coll. 8.5). Vid. también RAGGI, La «*restitutio in integrum*» nella «*cognitio extra ordinem*». *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 353 ss.

¹¹⁵ Sus presupuestos se contienen en D. 4.8.13.2 (Ulp. 13 *ad edictum*): la asunción de funciones propias de un juez y la promesa de resolver la controversia con su sentencia. La ausencia de alguno de estos presupuestos impediría considerar asumido el arbitraje. En todo caso, el pasaje parece reflejar la función de *iuris disceptator*, así como, sobre la base del estilo que presenta, viene a ser un caso imaginario traído a colación por el jurista. Vid. DÜLL, *Zur Diszeptionsstätigkeit des römischen Jurisdiktionsmagistrats*, en *ZSS*. 80 (1963) 394 y WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960) 268.

¹¹⁶ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 61 s. La asunción de responsabilidad del árbitro puede tener lugar, bien mediante expresa promesa, bien fácticamente, esto es, comenzando de hecho a desempeñar su función como árbitro. En todo caso, en 63 s. sienta WEIZSÄCKER las diferencias con el contrato de mandato, que residen básicamente en la imposibilidad que tiene el árbitro de renunciar a su función tras el *receptum*, frente a la característica renuncia del mandatario como causa típica de extinción del contrato de mandato. Igualmente, pueden verse estas diferencias en MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 28 s. También, sobre esta originaria falta de formalidad del *receptum*, cfr. asimismo MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 21.

¹¹⁷ BIONDI, *Contratto e stipulatio* cit. 112 s. Igualmente, MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 19 ponía de relieve cierto aspecto contractual en el *receptum* entre los comprometidos y el árbitro (Vertrauensmann), «in welchem dieser (Vertrauensmann) die *sententia* abzugeben verspricht». También, cfr. LA PIRA, «*Compromissum*» cit. 219 s.

¹¹⁸ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 22, 25 y 120; WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitri*» cit. col. 358 s.; FREZZA, *NNDI*. 14 sv. «*receptum*» 1026; y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 78 s.

acción. Del edicto no parece desprenderse la existencia de una especial *actio ex recepto*¹¹⁹ contra el árbitro que se niega a dictar sentencia después de haberse ofrecido para resolver la contienda, sino que su responsabilidad más bien podría ventilarse con la imposición de una multa o la *pignoris capio* de algún objeto perteneciente al árbitro, puesto que, en la medida en que se ha sometido a la coacción pretoria, se obliga con plena eficacia jurídica¹²⁰. Así podemos señalar la opinión de LENEL¹²¹, construida sobre la mención edictal *qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam* y el contenido de:

D. 4.8.32.12 (Paul. 13 *ad edictum*): Si arbiter sese celare temptaverit, praetore eum investigare debet, et si diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est.

En todo caso, se hace indispensable la existencia del compromiso para poder exigir al árbitro que, efectivamente, dicte sentencia. El compromiso es, por tanto, el elemento clave del que surge la coacción pretoria hacia el árbitro de modo que si no hay compromiso, no puede haber sanción para el árbitro¹²², la cual, por lo demás, se aplica a petición de cualquiera de las partes¹²³. Es por ello que Bonifacio señala respecto de la actividad pretoria que «la coazione non servirebbe se non perchè l'arbitro pronunciasse una

¹¹⁹ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 23 s. apunta, como fundamento de tal exclusión edictal, la imposibilidad de evaluar el perjuicio que efectivamente ocasiona el árbitro a los comprometidos, además de que, estando fundada la asunción de la función arbitral en la relación de confianza que le unía con los comprometidos, parecía contradecir este espíritu originario la dotación de un elemento coactivo por parte del Pretor hacia el árbitro. Cfr. también ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 79 s. y D'ORS, *Derecho* cit. 171 s. n. 2, quien plantea en términos de hipótesis la posible existencia de una *actio ex recepto* no presente para este caso en las fuentes. En igual sentido se pronuncian algunos de sus discípulos como SAMPER, *Derecho romano*, Santander 1983, 106 s., quien estima que el compromiso lleva aparejado el no recurrir a la *postulatio actionis* del magistrado; E. VALIÑO, *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia 1988, 124, para quien el fundamento de esta *actio in factum* se encuentra en la conducta dolosa del *arbiter* que, habiendo aceptado libremente actuar como tal, se niega posteriormente a resolver la controversia; BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, Sevilla 1995, 238, quien admite la posible existencia tanto de la *actio in factum* como de la *exceptio veluti pacti*. También, a propósito del tratamiento unitario en el edicto de los distintos *recepta*, escribió PARTSCH, *Der ediktale Garantievertrag durch Receptum* en *ZSS*. 29 (1908) 403 ss.

¹²⁰ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 63; WŁASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbiter*» cit. col. 409; WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitri*» col. 361; BIONDI, *Contratto e stipulatio* cit. 113 s.; MARTINI, *Il problema de la «causae cognitio» pretoria*, Milano 1960, 156; BONIFACIO, *NNDI*. 1^o sv. «*arbitro e arbitratore (diritto romano)*» cit. 926; FREZZA, *NNDI*. 14 «*receptum*» 1026; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 85; y DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana* 3, Bari 1972, 704 n. 15.

¹²¹ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, 131, quien concreta ese remedio administrativo igualmente en la imposición de una multa o en una *pignoris capio*.

¹²² Así resulta del contenido de D. 4.8.11.1 (Ulp. 13 *ad edictum*).

¹²³ Así, MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 25 señala que «der Zwang wird regulär nicht *ex officio* ausgeübt, sondern auf Antrag der Parteien». Igualmente, WŁASSAK, *PWRE*. 2 sv. «*arbiter*» cit. col. 409 apunta que «der magistratische Befehl, das Urteil zu fällen (*sententiam dicere cogam*), erging hier im Bedürfnisfall, auf besonderen Antrag einer Partei, während dem bestellten Index gegenüber das praetorische *iudicare iubere* unerlässlich war».

sentenza valida, e la validità de la sentenza dipende a sua volta dalla validità del compromiso, dalla capacità dei compromitenti e dell'arbitro e così via»¹²⁴. De este modo, como señala Weizsäcker, «das *sententiam dicere* ist die wesentliche und letzte Pflicht des *arbiter*: ist das Urtheil gesprochen, so ist sein Amt beendet»¹²⁵.

Al hilo de lo señalado por Cremades al cuestionar la operatividad de la multa pretoria¹²⁶ debe hacerse notar el carácter de sanción propia del derecho público que justificaría una intervención de oficio de parte del mismo pretor en el sentido de coaccionar al árbitro a, efectivamente, dictar la sentencia a la que se comprometió en el *receptum*. Esta *multae dictio* no puede concebirse como un recurso que invocan las partes lo que desnaturalizaría la influencia que su actividad tiene en la marcha de los procesos y el propio contenido del edicto pretorio, siempre consistente en recursos cuya aplicación exige la petición de una de las partes. De ser un recurso ejercitable por voluntad de los compromitentes, sin duda debía de adoptar la forma procesal de acción y su montante revertir patrimonialmente en el demandante, pues tampoco el texto nos indica cuál es el destino de la multa impuesta al árbitro y su eventual aplicación en favor de aquél que ha resultado perjudicado por la ausencia de sentencia arbitral. Con todo, el texto nos parece insuficiente para poder articular la toma de prenda o la imposición de multa como única forma de sancionar al árbitro que no dicta sentencia.

D. — ALGUNOS ASPECTOS DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL: EXAMEN DE LAS RÚBRICAS DE *FORI ANTIQUI VALENTIAE* Y DEL *CODEX* DE JUSTINIANO

En Roma pueden distinguirse básicamente dos tipos de arbitraje, como puede apreciarse en el siguiente texto¹²⁷:

D. 17.2.76 (Proc. 5 *epist.*): Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset, arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit si-

¹²⁴ BONIFACIO, *NNDI*. 1^o sv. «arbitro e arbitratore (diritto romano)» cit. 926.

¹²⁵ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 65 s. y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 137.

¹²⁶ Cfr. CREMADES, *La acción* cit. 1193.

¹²⁷ Se trata de una distinción que en la doctrina se muestra a través de dos términos distintos, arbitro y arbitraggio o arbitramento. Cfr. HAYUM, *Der Schiedsvertrag* cit. 31 ss.; GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, en *Studi in onore di Giuseppe Grosso* 3, Torino 1970, 479 ss., con bibliografía citada en n. 2; y HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992, 282 ss.

ve iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

Con este texto, relativo a la atribución por parte de un tercero de la cuota correspondiente a cada uno de los socios en la sociedad, queda patente la distinción entre el *arbiter ex compromisso* y el *arbiter boni viri*. Con el primero, los litigantes acordaban (*compromissum*) someter una controversia de naturaleza patrimonial a la consideración de un tercero (*arbiter*), quien asumía la obligación de resolverla (*receptum arbitri*). Mediante el segundo, las partes que intervienen en un negocio dejan pendiente de la decisión de un hombre recto (*boni viri*) alguno de los elementos necesarios para la consecución del resultado jurídico perseguido¹²⁸. Ello tiene lugar muy especialmente en aquellos negocios jurídicos que se vinculan con la actividad mercantil¹²⁹, esto es, en aquellos que dan lugar a las acciones con *intentio* incierta y, por tanto, dentro del esquema de los juicios privados, cuando para la fijación de la condena el juez ha de servirse del dictamen pericial de un tercero particularmente en el plano contractual¹³⁰. Como pone de relieve Broggin, este *arbiter* ofrece su opinión privada como fundamento de la decisión sobre la base de su autoridad y de la confianza que en él tienen los que lo han designado, elementos ambos de gran importancia en la vida social romana¹³¹, pero se hace esencial, en el caso planteado, que su decisión sea justa, de modo que cualquier conducta del *arbiter* que pueda calificarse como constitutiva de iniquidad, permitirá al perjudicado el ejercicio de la *actio pro socio*¹³².

Dado que el objeto de nuestro trabajo es examinar el contenido de las rúbricas señaladas anteriormente debemos centrarnos necesariamente en el estudio del arbitraje comprometente, por ser el único al que se refieren las señaladas rúbricas de los *Fori Antiqui Valentiae*¹³³. Para ello procedere-

¹²⁸ Cfr. BONIFACIO, *NNDI*. 1^o sv. «arbitro e arbitratore (diritto romano)» cit. 927 y VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette. Il contenuto dell'obbligatio I, 1*, Milano 1969, 205 ss., quien distingue, a propósito del contrato de sociedad, entre el *arbiter ex compromisso* y el *arbiter boni viri*. Trata de sintetizar las distintas acepciones y, por consiguiente, funciones que desempeña el *arbiter* BETANCOURT, *Sobre una pretendida «actio» arbitraria contra el usufructuario*, en *AHDE* 43 (1973) 366 ss., en especial las asumidas por un *bonus vir*, que interviene frecuentemente en sede de compraventa, arrendamiento de obra, fianza o constitución de dote, siendo el fundamento de su participación la imparcialidad con la que actúa en la determinación de alguno de los elementos del negocio obligacional.

¹²⁹ BEHREND, *Die römische* cit. 123.

¹³⁰ Así nos dice MARTINO, «*Arbitri*», Roma 1986, 30 que «nel più antico processo civile romano il giudice privato dato dal pretore, normalmente designato come *iudex*, può assumere la denominazione di *arbiter* solo in determinate controversie comportanti una discrezionalità: una perizia, una stima».

¹³¹ BROGGINI, *Iudex arbitrorum* cit. 114.

¹³² D. 17.2.79 (Paul. 4 *quaest.*): unde si Nerva arbitrium iura pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bona fidei.

¹³³ La edición de GARCIA y COLÓN, por su mayor amplitud, recoge un fuero del rey Pedro

mos a un análisis de las distintas fuentes que lo conforman y las pondremos en relación con las fuentes romanas, tomando como base el trabajo de Barrero, que ha establecido, en materia de arbitraje, algunas concordancias entre las rúbricas 30 y 33 de los *Fori Antiqui Valentiae* con algunos pasajes del *Corpus Iuris*.

Como hemos señalado con anterioridad, el primer paralelismo se encuentra en los títulos de las rúbricas de los *Fori Antiqui Valentiae* y el *Codex* de Justiniano. Así, la edición latina de Dualde reza de *receptis et satisfando*¹³⁴, mientras que la del *Codex* nos habla de *receptis*. Con ello queda clara la pretensión de una mayor amplitud de contenido en la rúbrica de los Fueros de Valencia, haciendo mención, no sólo a la asunción de responsabilidad por parte del árbitro (*receptum*), sino al deber de garantizar la observancia del pronunciamiento arbitral por parte de los comprometidos. No obstante, la rúbrica de *satisfando*¹³⁵ del *Codex* recoge ese deber de prestación de garantías que deben observar los comprometidos, aunque tales garantías no se dirigen a dotar de ejecutividad la sentencia arbitral, sino a garantizar la conclusión del compromiso en el caso de que hayan intervenido representantes de ambos comprometidos. Se trata, por tanto, de cauciones

II del año 1363 (2.15.5 235), que prohíbe expresamente el recurso al árbitro de bon baró, aun cuando sus funciones no son las meramente periciales de quienes intervienen en los negocios patrimoniales, sino también funciones dirigidas a resolver una controversia entre litigantes.

¹³⁴ En esta rúbrica encontramos diferencias importantes entre los *Fori Antiqui Valentiae* de DUALDE y los *Furs de València* de GARCIA y COLÓN. Al partir de modelos distintos, la edición bilingüe incorpora dos fueros no contenidos en la edición de DUALDE, que no vienen acompañados de traducción latina.

¹³⁵ C. 2.56.1 (294 d. C.): *Non est incerti iuris, eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisfandare; hoc enim casu velati praesentis procuratorem intervenire intelligendum est. Itaque etsi postea mutata voluntate procuratorem esse noluerit, tamen iudicium, quo quasi procurator expertus est, iudex ratum habere debet. Sin autem ei ab adversario suo opposita fuerit in ipso litis exordio defensionis allegatio, etiam ipse, quasi absens in hac parte procurator, satisfandationem super excipienda lite praestare cogitur, qua non praecedente lis, quae ei mandata est, ulterius procedere a iudice non conceditur. Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine iudicatum solvi satisfandationem in omnibus causis praestare cogitur.* Aun cuando el texto se refiere al *procurator* del actor debemos entender más bien que la representación se ha conferido a un *cognitor*, como resulta de la expresión *hoc enim casu velati praesentis procuratorem intervenire intelligendum est* así como la no exigencia de la *cautio de rato* al representante. Qué duda cabe que la ubicación de este texto en una rúbrica próxima, aunque distinta a la de *receptis*, permite extender al arbitraje comprometido la técnica de la representación procesal y las garantías que deben prestarse recíprocamente quienes intervienen como demandante y demandado. El texto comentado es reproducido parcialmente en *Fori* 30.8: *Non est iuris incerti eum, qui apud acta factus est agentis procurator, non compelli ratam rem dominum habiturum satisfandare; hoc enim casu velati praesentis procuratorem intervenire intelligendum est.* Aparece así una técnica muy frecuente dentro de lo que ha constituido la recepción del Derecho romano en los Fueros de Valencia: sus autores copian literalmente fuentes romanas, pero no en su integridad. Tal fenómeno puede ser debido al manejo de *epitomas* o ediciones vulgares que vienen a reproducir fuentes romanas cercenadas o al arbitrio del legislador. En todo caso, la ubicación de este texto sí que se encuentra dentro de la rúbrica dedicada a *de receptis et satisfando*. También alude a esta intervención del representante *Fori* 30.14, fuero un tanto confuso que trata del representante del demandante con una redacción similar a *Fori* 30.8, indicándonos que, aunque el demandante revoque la representación conferida al procurador, el juez considera firme lo actuado por el representante.

que deben prestar los procuradores de que sus principales asumirán lo actuado por ellos. Así se recoge también en:

Fori 30.15: *Quicumque procurator (actoris) vel defensor rei fuerit, licet apud librum actorum (scriptum fuerit), satisfandationem prestare debet in initio litis iudicatum solvi. In hoc foro corrigit dominus rex quod totus forus intelligatur in procuratore rei et non in procuratore actoris.*

Según este fuero, tanto el procurador del demandante como el defensor del demandado han de dar caución de cumplir lo decidido por el árbitro, aunque en el texto se incorpora esta técnica tan habitual en los Fueros de Valencia, de introducir el rey enmiendas a sus propios fueros en el sentido de dispensar de tal carta al procurador del demandante.

A continuación procederemos al examen de los textos apuntados por Barrero¹³⁶:

C. 2.55.2 (530 d. C.): si contra compromissum adversarius tuus apud electum arbitrum praesentiam sui facere detrectavit, placitae poenae videtur obnoxius.

Fori 30.1: si contra promissum adversarius tuus apud electum arbitrium praesentiam sui detrectavit, placite pene videtur obnoxius, scilicet nolendo comparere coram arbitro post trinam monitionem vel sentencie prolationi interesse, cum sibi fuerit assignata dies ad sententiam audiendam.

Es claro que la primera parte de *Fori* 30.1 tiene su origen en el citado texto del *Codex* justiniano¹³⁷, aparte de la evolución filológica del latín que se puede observar en la edición de Dualde. No obstante, no se limita a sujetar al cumplimiento de la *stipulatio poenae* al que se niega a comparecer ante el árbitro elegido, como apunta el texto justiniano, sino al que se niega a cumplir la sentencia arbitral¹³⁸, puesto que es natural que ambas

¹³⁶ BARRERO, *El derecho* cit. 651.

¹³⁷ Así lo apuntan GARCIA, y COLÓN, *Furs* cit. Rúbrica 15.1 232 n. 1. El hecho de que esta edición de los Fueros de Valencia recoja tanto el texto latino como el romance pone de manifiesto las diferencias que se aprecian entre ambas redacciones en lo que a este fuero se refiere, lo que nos obliga a rechazar la idea de que la versión romance pueda ser una simple traducción de *Fori* 30.1.

¹³⁸ No obstante, también encontramos otros textos que establecen el sometimiento a la *stipulatio poenae* al comprometido que se niega a cumplir el pronunciamiento arbitral, lo que constituye el supuesto habitual si efectivamente dicha estipulación ha sido contraída. Podemos señalar entre otros Cons. 9.17; D. 4.8.2 (Ulp. 4 *ad edictum*); D. 4.8.9.2 (Ulp. 13 *ad edictum*); D. 4.8.21.12 (Ulp. 13 *ad edictum*); D. 4.8.27.3 (Ulp. 13 *ad edictum*) y D. 4.8.44 (Scaev. 2 *dig.*). A propósito del primero de los textos y su relación con el segundo y con D. 4.8.11.3 (Ulp. 13 *ad edictum*), vid. SOLAZZI, *Il mutuo dello studente «filius familias» e le manipolazioni del «Codex Gregorianus»*, en *BIDR.* 59-60 (1956) 82 ss., quien, a la vista de tales textos, recoge la posibilidad de que la *poena nummaria* exigible mediante la *actio ex stipulatu* sea sustituida por un *factum de non petendo*. No duda, por el contrario de la genuinidad de los textos TALAMANCA, *Ricerche* cit. 102, frente al criterio de BONIFACIO, *JNDI.* 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 784, que considera interpolado en D. 4.8.11.3 (Ulp. 13 *ad edictum*) la locución *recte nudo pacto fuit compromissum*.

partes quedan recíprocamente obligadas a no impedir el desarrollo del proceso arbitral y ello no acontece cuando se desatiende la invitación del otro compromitente o se dificulta al árbitro el cumplimiento de su obligación de dictar sentencia¹³⁹. No sólo podemos encontrar en este análisis comparativo una mayor amplitud de contenido en el texto valenciano, extendiendo el campo de aplicación de la *stipulatio poenae* en relación con lo dispuesto en el rescripto, sino la pérdida de la concisión en el lenguaje, tan característica de las fuentes clásicas romanas, incorporando glosas explicativas para hacer comprensible el contenido de las instituciones de los Fueros de Valencia al medio cultural de la época, de muy escaso nivel teórico. Estas explicaciones, que de algún modo sirven de comentario al rescripto¹⁴⁰, más que evidenciar la preparación y cualificación de los autores de los Fueros de Valencia, acreditan que probablemente tuvieron a la vista las ediciones llevadas a cabo por los glosadores en siglos anteriores u otras frecuentemente utilizadas durante la Edad Media¹⁴¹.

La sujeción a la *stipulatio poenae* ante el incumplimiento de la sentencia arbitral viene reiterada en el siguiente texto:

Fori 30.4: Commititur pena si infra V dies aliqua parcium renuerit stare arbitrorum sentencie, laudo, decreto vel compositioni...

Este fuero recoge las consecuencias de la inobservancia del laudo arbitral y en él llama la atención la equiparación no romana de términos para referirse a la sentencia del árbitro. Se establece en él el plazo de cinco días para cumplir la sentencia del árbitro, transcurridos los cuales el *arbitrium* se convierte en cosa juzgada. Si la parte condenada pone alguna objeción, el litigante favorecido podrá optar por defender la sentencia que le favorece o reclamar la pena establecida en el compromiso, pero no las dos cosas, salvo que así se haya estipulado para el caso de que una de las partes no cumpla el laudo arbitral. Hay que poner de manifiesto, sin embargo, que el carácter de cosa juzgada de la sentencia arbitral es ajeno a la concepción romana clásica del arbitraje, pues lo introduce Justiniano en el año 529 al conceder una acción especial, según los casos, para obtener la ejecución de la sentencia arbitral, aunque este régimen es derogado por el propio Justiniano diez años después en la Novela 82.11.

Debe ponerse en relación con C. 2.55.2 (530 d. C.) el siguiente texto, no indicado por Barrero:

D. 4.8.21.9 (Ulp. 13 *ad edictum*): Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod vale-

¹³⁹ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 60.

¹⁴⁰ Hemos podido comprobar que esta técnica es muy frecuente en los Fueros de Valencia. En el fuero presente la aclaración parte del adverbio latino *scilicet*.

¹⁴¹ Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, *La adopción en derecho valenciano*, en *Estudios de Historia de Valencia*, Valencia 1978, 20, quien al afrontar el estudio de esta institución en los Fueros de Valencia observa cómo muchos de ellos responden al mismo contenido presente en la compilación justiniana, mientras que otros se apartan de ella, surgiendo aquí las dudas en cuanto a su motivación.

tudine vel rei publica causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore, sed hoc ita demum verum erit, si arbitri recipere in se arbitrium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum Iulianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilo minus poena absolvitur.

Se ocupa el fragmento de las consecuencias de la no comparecencia de uno de los compromitentes por diversas causas, obligación que también viene recogida en documentación papirológica¹⁴². Así, la estipulación complementaria cobra toda su eficacia, si bien se le dispensa protección en el caso de que esté dispuesto a otorgar un nuevo compromiso ante el mismo árbitro, siempre y cuando éste desee intervenir en él. En todo caso, el fragmento recoge opiniones de varios juristas, pertenecientes a escuelas y épocas distintas¹⁴³. Así, la no comparecencia de cualquiera de los compromitentes, aunque fuese por causa inimputable, daría lugar al desencadenamiento de las consecuencias de la estipulación penal de la contraparte, si bien Juliano y, siguiéndole, Ulpiano, moderan tal rigor sobre la base de una *denegatio actionis* o una *exceptio*, dirigida a paralizar las acciones estipulatorias¹⁴⁴ cuando el *litigator* ausente estuviese dispuesto a otorgar un nuevo compromiso¹⁴⁵. Ello es consecuencia de la acerbada abstracción que caracteriza a las estipulaciones en el compromiso, de modo que, siguiendo a Casavola, «la *poena è commissa* per il solo fatto che l'evento cui la *stipulatio* è condizionata e in essa contenuto e previsto non si è verificato, senza che si constati l'effettiva violazione degli accordi posti dalle parti con la *conventio*. Solo il Pretore può tener conto della volontà della parte assente di voler continuare a compromettere in *eundem arbitrium*, per negare contro di lei l'azione *ex stipulatu* o proteggerla con l'eccezione di dolo»¹⁴⁶.

Insiste también en esta idea D. 4.8.27.4 (Ulp. 13 *ad edictum*), recogiendo la idea justiniana de que la voluntad de las partes, prevista en el *compromissum*, haga eficaz la sentencia arbitral pronunciada sin el compromitente ausente:

D. 4.8.27.4 (Ulp. 13 *ad edictum*): Si quis litigatorum defuerit, quia per eum factum

¹⁴² BERGER, *Die Strafklauseln* cit. 215 y WENGER, *PWRE* sv. «receptum arbitri» cit. col. 370.

¹⁴³ En torno a la intervención justiniana dirigida a conciliar el pensamiento de los distintos juristas, vid. FREZZA, *La clausola penale* cit. 299; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 99 s.; DE ROBERTIS, *La disciplina* cit. 707 s.; y VOICI, *La responsabilità del debitore* cit. 335.

¹⁴⁴ VISKY, *La pena convenzionale* cit. 625.

¹⁴⁵ TALAMANCA, *Sull'interpretazione di Ulpiano L. 13 ad edictum, D. 4.8.21.9-11*, en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano 1974, 4234 y KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit. 155 s.

¹⁴⁶ CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 239. En el mismo sentido, DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, en *SDHI* 2 (1935) 302.

est, quo minus arbitretur, poena committetur. Proinde sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit, nisi in compromissis hoc specialiter expressum sit, ut vel duo vel utroque absente sententia promatur: poenam autem is qui defuit committit, quia per eum factum est quo minus arbitretur.

Aun cuando la causa del sometimiento a la *stipulatio poenae* es la no comparecencia ante el árbitro elegido por las partes viene este pasaje a incorporar la idea de que, incluso en los casos de justa causa de la incomparecencia, debe quedar sometido el litigante a la pena estipulatoria. Se trata de un supuesto distinto al recogido en Fori 30.1, pues en dicho fuero se decía ...*adversarius tuus ...detractavit...*, lo que implica un comportamiento volitivo que debe ser identificado con la contumacia¹⁴⁷. En un procedimiento tan flexible como el arbitral, esta objetivación de la incomparecencia, como supone equiparar la contumacia a la imposibilidad de comparecer fundada en una justa causa, puede parecer un tanto riguroso, pero se trata del «rigor» de la estipulación, puesto que se cumple la condición negativa, si bien luego se presenta la posible corrección del criterio propuesto. Quizá la explicación sea que en los Fueros de Valencia no se contempla el arbitraje como forma de superar la inoperancia de la vía jurisdiccional ordinaria, sino que se trata de una institución recibida del Derecho romano, cuya aplicación práctica en Valencia ha de ser objeto de estudio independiente. Esta influencia romana en su configuración sin duda le transmite la *stricti iuris natura* que tienen las acciones que derivan de la estipulación penal que acompaña al compromiso.

E. - El árbitro en los Fueros de Valencia

1) Sus funciones

Nos hemos referido ya a uno de los pilares esenciales del arbitraje como es el *compromissum*. La institución, concebida como algo puramente privado, exige también, como es sabido, de parte del árbitro el llamado *receptum*, esto es, la asunción de su responsabilidad, cuyo contenido final es el pronunciamiento de la sentencia arbitral. Debe observarse que el *receptum* subsiste en tanto quede algún asunto pendiente entre los compromitentes, pues el árbitro puede ser nombrado para conocer de varios asuntos entre dos personas, cada uno de los cuales quedará resuelto en la correspondiente sentencia arbitral¹⁴⁸.

La flexibilidad de la actividad del árbitro se hace patente en el siguiente fuero:

¹⁴⁷ Los Fueros de Valencia definen al contumaz en Fori 101.15: ...*dicitur absens per contumaciam qui, ter citatus a curia, non vult venire nec placito respondere, vel quando in presencia curie non vult facere ius vel suo adversario respondere.*

¹⁴⁸ Fori 30.10.

Fori 30.6: *Ille, in cuius posse compromittitur, potest causam tractare, pronuciare et diffinire in scriptis, tam feriatis diebus quam non feriatis, partibus tamen presentibus, aut una parte presente, altera per contumaciam absente, licet hoc non fuerit expressim in compromisso dictum, et ad preterita et futura negotia extendatur.*

Por tanto, puede conocer del pleito por escrito u oralmente y dictar sentencia en días feriados o no. No es obstáculo para la emisión de la sentencia arbitral la contumacia de una de las partes por cuanto en Fori 30.1 ya se prevé la sujeción a la pena prometida de aquél que no quisiere comparecer o acudir ante el árbitro a oír el pronunciamiento arbitral. El problema que planteamos más adelante es el de si otras causas de ausencia determinarían también la sujeción a la pena estipulada.

La flexibilidad del árbitro en el conocimiento del asunto que a él se somete se aprecia en la amplitud con que se contempla el momento de dictar la sentencia. Su condición de juzgador privado, no sometido a escalafón administrativo alguno, le permite actuar incluso en días festivos¹⁴⁹.

Incluso acepta el citado fuero una cierta indeterminación en la causa que se somete a su criterio: no se limita así su actuación a resolver una contienda fáctica ya planteada entre dos partes, sino que permite la designación de un árbitro para cualquier contienda futura¹⁵⁰, algo que carece de precedente en los textos romanos.

Comentario merece también el fuero que a continuación recogemos:

Fori 30.9: *Possit arbiter assignare diem ad solvendum id quod in suo arbitrio pronuciaverit alteri ab altero compromittentium esse dandum, et, si pars iussa dare illud die ab arbitro assignato non dedit, licet illud postea offerat, nihilominus pena compromissi sit commissa, danda parti cui iussa est solvere*¹⁵¹.

Supone el reconocimiento de la amplitud que la sentencia del árbitro puede alcanzar. La presencia de formas verbales como *dare* y *solvere* corroboran este extremo: habrá que pagar lo que establezcan que se debía dar. El retraso en el cumplimiento de esta obligación por uno de los compro-

¹⁴⁹ CTh. 2.8.18 (386 d. C.) (= CTh. 8.8.3); CTh. 11.7.13 (386 d. C.); C. 3.12.6 (389 d. C.) impide que haya juicio arbitral el domingo. En *Partidas* 3,4,32 se prohíbe a los árbitros de derecho dictar sentencia en aquellos días en que también lo está a los jueces ordinarios. En cambio, los arbitradores, como consecuencia del relajamiento procedimental, sí que pueden hacerlo.

¹⁵⁰ En efecto, D. 4.8.46 (Paul. 12 *ad Sabinum*) impide que el árbitro conozca de cuestiones sobreenvidas al compromiso: *de his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbiter potest, quae ab initio fuisent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt*, lo cual, como señala BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 785, es equiparable con lo que se dispone en D. 5.1.35 (Iav. 10 *epist.*) para la *litis contestatio*. Cfr. WEIZSACKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 45 ss.

¹⁵¹ Las fuentes romanas se preocupan más bien del plazo del compromiso que del plazo en que los compromitentes deben observar el laudo arbitral. Así se ve, sin ánimo exhaustivo, en D. 4.8.14 (Pomp. 11 *ad Q. Muc.*); D. 4.8.25 pr. (Ulp. 13 *ad edictum*); D. 4.8.32.11 (Paul. 13 *ad edictum*); D. 4.8.32.21 (Paul. 13 *ad edictum*); y D. 4.8.33 (*Pa I quaest.*), cuya autenticidad ha superado los momentos más duros de la crítica interpolacionista, como señala ZIEGLER, *Papinian's Beitrag zum privaten Schiedsgericht*, en *ZSS*. 109 (1992) 534. Cfr. para estos pasajes MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 92 s. y TALAMANCA, *Ricerche* cit. 95 ss.

mitentes desencadena el sometimiento a la pena estipulada. Su explicación puede ser precisamente la influencia del Derecho romano¹⁵², que se aprecia en la naturaleza (*stricti iuris*) de las acciones estipulatorias que gravitan en torno al *compromissum*: la no observancia estricta del laudo arbitral (y ello comprende también el respeto al plazo señalado por el *arbitrator*, el cual, entendemos, no constituye un elemento accidental del laudo puesto que ha formado parte de la *conventio*) permite reclamar la pena estipulada¹⁵³. De este modo, se hace patente una característica de las acciones de derecho estricto: todo retraso culpable en el cumplimiento puede tildarse de incumplimiento.

De nuevo, se reproducen las dudas ya apuntadas: ¿quién impone la pena, que se defiere claramente en favor del compromitente perjudicado por el incumplimiento? ¿el propio árbitro o más bien debe ser el perjudicado quien entable las acciones derivadas de la estipulación? Por las mismas razones, debemos inclinarnos por la solución más conforme con el Derecho romano y su eminente privaticidad¹⁵⁴.

¹⁵² Vid. D'ORS A., *Las Quaestiones de Africano*, Roma 1997, 290, quien señala que si la mora no es imputable al promitente, éste queda liberado (*non committi poenam respondit*); si no se ha señalado un *dies* en el que el promitente haya de satisfacer la pena, se entiende concedido un *spatium modicum*, como se produce comunmente en todas las obligaciones de plazo. Hay que recordar cómo en el mutuo, una reclamación intempestiva por parte del prestamista podría quedar neutralizada con una eventual *exceptio doli*, fundada precisamente en lo extemporáneo de la pretensión.

¹⁵³ En *Partidas* 3.4.35 surgen dudas a si el pago de la pena estipulada libera de tener que observar la sentencia arbitral o más bien actúa como estimulante para su cumplimiento normal, sin liberar al que incurre en ella de la obligación de cumplir la sentencia. A propósito de ello, cfr. MERCHAN, *El arbitraje* cit. 230 ss. En cambio, en *Fori* 30.4 tales dudas quedan despejadas, pues se establece el plazo de cinco días para cumplir la sentencia del árbitro, pudiendo la parte beneficiaria del laudo defender la sentencia que le favorece o reclamar la pena establecida en el compromiso. Esta alternatividad está presente también en D. 4.8.32.1 (Paul. 13 *ad edictum*), que señala que una vez se ha incurrido en la pena, el árbitro no puede ser obligado a dictar sentencia, pues la pena es la alternativa al cumplimiento. También lo está en D. 4.8.27.1 (Ulp. 13 *ad edictum*), en el que, según Labeón, la muerte de uno de los litigantes con posterioridad a la sentencia arbitral, obliga al heredero a pagar la pena estipulada, aunque después ofrezca cumplir lo dispuesto por el árbitro. Incluso, el ofrecimiento tardío de lo decidido por el árbitro no exime de pagar la pena, salvo aceptación de lo ofrecido, en cuyo caso no se podrá reclamar la pena so pena de oponer el otro litigante una *exceptio doli*. Así se recoge en D. 4.8.23 pr. (Ulp. 13 *ad edictum*). Cfr. FREZZA, *La clausola penale* cit. 287; VOGLI, *La responsabilità del debitore* cit. 335 ss.; WACKE, *Zur Lehre vom «pactum tacitum» und zur Aushilfsfunktion der «exceptio doli»*. *Stillschweigender Verzicht und Verwirklungen nach klassischem recht*, en *ZSS*. 91 (1974) 269. Según KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit. 148 s., Celso diferencia en función de que se haya establecido un término concreto en el compromiso. Si no se ha fijado, debe concederse al condenado un tiempo módico o quedar este liberado antes de la *litis contestatio* a través del cumplimiento ulterior de la prestación, con efecto *ipso iure*. En todo caso, las fundadas sospechas en torno al texto son puestas de relieve por BERGER, *Die Strafklauseln* cit. 213 s. n. 6. Vid. también, ZIMMERMANN, «*Stipulatio poenae*», en *The South African Law Journal* 104.3, Juta 1987, 413.

¹⁵⁴ La expresión *videtur obnoxius* contenida en C. 2.55.2 (530 d. C.) cuestiona quién puede exigir la pena. La jurisprudencia medieval entiende que el árbitro no tiene poder para imponer multa alguna al contumaz, pues la clasicidad del instituto arbitral lo impide. Distinto es, sin embargo, su tratamiento post-justiniano. Para ello, cfr. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 32 n. 72 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 177, quien apuesta por la clasicidad de la constitución.

2) Su capacidad: estudio comparativo de las fuentes romanas con las rúbricas de *Fori Antiqui Valentiae*

En cuanto a la capacidad requerida para ser árbitro se aprecia claramente la influencia del Derecho romano en los Fueros de Valencia. Hablar de capacidad del árbitro como un concepto positivo se hace difícil a resultas del contenido de los Fueros, pues en ellos más bien se recogen una serie de incapacidades así como de causas de excusa y remoción que le afectan.

La primera incapacidad de la que se ocupan afecta a la mujer, concebida como género y no como estado civil¹⁵⁵. En relación con este aspecto, similitudes presenta el examen comparativo de estos dos textos:

C. 2.55.6 (530 d. C.): Sancimus, mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permittit, et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimaee opinionis constitutae in se arbitrium susceperint, vel, si fuerint patronae, etiamsi inter libertos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla poena, nulla pacti exceptio adversus iustos earum contemtores habeatur.

Fori 30.2: Volumus et mandamus quod mulieres non sint in aliquo officio arbitratorum vel iudicium; et si aliqui in muliere seu mulieribus compromiserint sub certa pena vel sub certis conventionibus, et aliquis ex eis qui compromiserint, noluerit comparere nec venire coram eis, ille qui venire noluerit non teneatur ad penam solvendam in compromisso contentam nec ad conventiones servandas.

Ambos textos vienen a recoger un mismo sentir: la prohibición de que las mujeres puedan intervenir como jueces o árbitros. Tal prohibición se concreta en ambos casos en el hecho de que el cumplimiento de la sentencia dictada por una mujer-árbitro no pueda ser exigido por la parte beneficiaria a través de la correspondiente *actio ex stipulatu*. No se trata, a nuestro juicio, de un supuesto de nulidad *ab initio* por razón de la falta de capacidad concreta de quien pronuncia el laudo arbitral, pues ello no impide que el cumplimiento voluntario de dicho laudo por uno de los compromitentes produzca el efecto de la *soluti retentio*, propio de las obligaciones naturales, pues efectivamente en su *compromissum* han elegido a una mujer para que ventile las cuestiones litigiosas que entre ellos han surgido. La extrema privaticidad de este procedimiento arbitral nos lleva a sostener este planteamiento, incluso por encima de la imperatividad contenida en el propio fuero.

No obstante, aunque el objeto perseguido es el mismo, presentan ambos pasajes una redacción bien distinta, invocándose en el texto justinianeo argumentos morales y socio-educacionales (*mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permittit...*¹⁵⁶) para excluir a las mujeres de todo

¹⁵⁵ *Fori* 30.2 habla de *mulier* y no de *uxor*.

¹⁵⁶ En el mismo sentido se expresa D. 5.1.12.2 (Paul. 17 *ad edictum*), que impide que las mujeres puedan intervenir como jueces, *non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur*. También lo hace D. 50.17.2.1 (Ulp. 1 *ad Sabinum*): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel*

tipo de actividad jurisdiccional y arbitral¹⁵⁷. Tratándose de una constitución del año 530, que no contiene referencia expresa al derecho anterior¹⁵⁸, sorprende esta incapacitación de que es objeto la mujer, máxime en un procedimiento tan privado como es el arbitraje, donde la libertad de las partes y la flexibilidad en el conocimiento de la causa alcanzan su máxima expresión. No hay que olvidar que la mujer había adquirido con anterioridad cierta autonomía en el campo patrimonial como consecuencia de la atribución del *ius liberorum* y el relajamiento de la *tutela mulieris*¹⁵⁹.

La prohibición de que las mujeres puedan intervenir como árbitros viene reiterada en la rúbrica *de iudiciis et arbitrüs* de los *Fori Antiqui Valentiae*¹⁶⁰:

Fori 33.6: Mulier, furiosus, infamis, minor XX annis, inimici, capitaes rei vel iusta et rationabili causa suspecti, iudices vel delegati vel arbitri non sint¹⁶¹.

Constituye este Fuero una auténtica *regula*, a modo de las que se contienen en el último título del Digesto¹⁶². Otra *regula* de igual naturaleza determina quienes no pueden actuar como jueces:

Fori 33.16¹⁶³: Quidam impediuntur ne iudices sint, ut cecus, surdus, mutus, furiosus

publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. A propósito de estas fuentes y otras de menor entidad sobre la incapacidad de la mujer para ser árbitro vid. BUIGUES, *La solución* cit. 106 s.

¹⁵⁷ Ni siquiera pueden hacer un compromiso en nombre de otra persona como señala D. 4.8.32.2 (Paul. 13 *ad edictum*). Esta incapacidad se extiende también a la representación procesal como indican *Fori 23.5: Alienam suscipere defensionem virile officium est, nec ultra sexum mulierem constat esse; filio itaque tuo, si pupillus est, tutorem pete*; y *Fori 23.7: Mulier non potest uti procurationis officio, nisi pro se ipsa vel pro patre et matre suis, si non habeant alium qui pro eis suam querimoniam prosequatur*. Tampoco pueden ser jueces como indica *Fori 33.16*.

¹⁵⁸ ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 119. Sin embargo, WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 18 s. ponía ya de relieve cómo de dicha constitución se infiere, sin embargo, la antigua intervención en calidad de árbitros de las mujeres en los asuntos relativos a sus libertos y a poner fin a esta práctica se dirige la medida legislativa adoptada por Justiniano.

¹⁵⁹ NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen Römischen Recht*, Weimar 1953, 12 y BURDESE, *La nozione classica di «naturalis obligatio»*, Torino 1955, 107.

¹⁶⁰ A pesar del título de esta rúbrica, tan sólo dos textos se refieren al arbitraje o a los árbitros: *Fori 33.3* y *33.6*. Esta parca referencia a los árbitros no parece suficiente para merecer su mención en la rúbrica, a menos que debamos entender también aplicables a los árbitros otros principios que se recogen en esta rúbrica y que son aplicables a los jueces.

¹⁶¹ Vid. ROMEU, *La mujer en el derecho penal valenciano*, en *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre* 3, Valencia 1982, 459 n. 1, quien pone de manifiesto la frecuente equiparación en los textos de la mujer con los niños, locos o prodigos.

¹⁶² D. 50.17.2 pr. (Ulp. 1 *ad Sabinum*): *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*. Ciertamente, como señala VOIGT, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum* (Bonn 1952) 7, quedan equiparados a efectos de tal prohibición tanto prácticas negociales privadas como el desempeño de funciones públicas, todo ello en el marco de una concepción dirigida a reducir la esfera de actuación de la mujer (*Wirkungsbereich*) al hogar familiar. Dicha prohibición no parece que alcance a la tutela, pues no tiene la consideración de *officium publicum*, como refiere CRIFO, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, en *BIDR.* 67 (1964) 137 ss.

¹⁶³ Apunta GARCIA y COLÓN, *Furs...* 3.1.21 cit. 19 n. 1 la inspiración de este fuero en D. 5.1.12.2 (Paul. 17 *ad edictum*): *Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent;*

et qui XX annum etatis sue non compleverit. Et femine et servi et qui pecuniam, mercedem, donum vel servitium receperit ut pro aliquo sententiam ferat.

Esta incapacidad por razón de sexo se recoge expresamente también en otros textos de indudable impronta romanística¹⁶⁴, pero la mayor parte de las fuentes guarda silencio sobre tal incapacidad, inclinándose la doctrina por extender y aplicar a los árbitros las causas de incapacitación propias de los jueces¹⁶⁵.

El citado texto *Fori 33.6*¹⁶⁶ extiende la incapacitación a otros supuestos tradicionales como la locura, la infamia, la menor edad¹⁶⁷ o la enemistad. En este sentido, apunta Barrero¹⁶⁸ la inspiración de este texto en:

D. 42.1.57 (Ulp. 2 *disp.*): *Quidam consulebat, an valeret sententia a minore viginti quinque annis iudice data, et aequissimum est tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor decem et octo annis sit. Certe si magistratum minor gerit, dicendum est iurisdictionem eius non improbari. Et si forte ex consensu iudex minor datus sit scientibus his, qui in eum consentiebant, rectissime dicitur valere sententiam. Proinde si minor praetor, si consul ius dixerit sententiamve protulerit, valebit: princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.*

Es claro que el contenido de *Fori 33.6* y *33.16* constituye una norma imperativa, complementada tangencialmente por *Fori 30.13*, que fija con claridad quiénes, a *sensu contrario*, pueden intervenir como jueces, delegados o árbitros, sin establecer excepción alguna en otros fueros que permitían atenuar el rigor del citado texto. Por el contrario, D. 42.1.57 (Ulp. 2

*quidam enim lege impediuntur, ne iudices sint; quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus et perpetuo furiosus, et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui Senatu motus est. Moribus feminae, et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civibus officiis non fungantur. Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate an sui iuris sint. La consecuencia, como señala WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 26 es que quienes se vean afectados por tales incapacidades no pueden ser designados como jueces y su sentencia carece de fuerza alguna. También señalan GARCIA y COLÓN el paralelismo con el fuero 3.1.8, lo cual puede deberse a una distinta procedencia de los mismos.*

¹⁶⁴ *Lo Codi* 2.20.6: *Otrossi por derecho es vedado que nin sierro nin mujer non deven ser árbitros...*

¹⁶⁵ En este sentido vid. WLASSAK, *PWRE.* 2 sv. «arbitr» col. 409; BONIFACIO, *NNDI.* 1° sv. «arbitro e arbitratore (diritto romano) 926; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 115; y MERCHÁN, *El arbitraje* cit. 81 s.

¹⁶⁶ También lo hace *Fori 33.16*, aunque referido únicamente a los jueces. Dificilmente podemos considerar estos textos como distintos, a pesar de la mención de los árbitros.

¹⁶⁷ Esta prohibición se consagra imperativamente en *Fori 30.13: Minor XX annis arbiter non sit*. La reiteración con que las fuentes valencianas emplean la edad de veinte años no debe sorprender, pues *Fori 28.1* dice: *Minor dicatur usque ad XX annos, et illud idem dicatur et intelligatur de omni minore, sive habeat uxorem sive non...* Este pasaje, extraído de la rúbrica *de minorum restitutione* recoge diversas causas de rescisión de los negocios en los que los menores han podido ser engañados a causa de su debilidad de espíritu, si bien *Fori 28.5* recoge: *In criminibus quidem etatis suffragio minores XX annis non iurantur, nam malorum mores infirmitas animi non excusat. Verumptamen, si minor erat VII annis, nullum damnum ex hoc patiat, quia ratione etatis VII annorum a maleficiis excusatur*. También esta edad, por idénticas razones de protección de los menores, constituye una auténtica causa de incapacitación para salir fiador por un tercero (*Fori 5.10*), para nombrar procurador (*Fori 23.12*), para poder oponer error de derecho (*Fori 11.1*) o para ser juez (*Fori 33.16*). Sobre la citada edad y sus diferencias con la fijada por el Derecho romano, vid. *Furs* 2.13.1 215 n. 1.

¹⁶⁸ BARRERO, *El derecho* cit. 651.

disp.), apuntado por Barrero como concordante con Fori 33.6, se limita a contemplar el caso del menor de 25 años (y mayor de 18) que ha intervenido como juez, reconociendo Ulpiano su capacidad para dictar sentencia desde el momento en que conocieron y aceptaron los litigantes tal circunstancia¹⁶⁹. Por ello, nos parece dudoso deducir la prohibición de que puedan intervenir los menores de veinte años como árbitros contenida en Fori 33.6 del citado texto del Digesto por cuanto éste no se refiere en ningún momento ni a los árbitros (*iudice*) ni a tal edad¹⁷⁰, sino que, por el contrario, está reconociendo la posibilidad de que un *minor* pueda intervenir como juez, quizá en el procedimiento cognitorio. Más bien, el origen de tal prohibición puede encontrarse en D. 4.8.41 (Call. 1 *ad edictum monit.*), contradiciendo de este modo el tenor de D. 42.1.57 (Ulp. 2 *disp.*), que, como hemos puesto de relieve anteriormente, permitía que el consentimiento de los litigantes atribuyera al menor la facultad de dictar sentencia¹⁷¹.

D. 4.8.41 (Call. 1 *ad edictum monit.*): Cum lege Julia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere: ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Maiori tamen viginti annis, si minor viginti quinque annis sit, ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit, multi dixerunt.

En efecto, según el fragmento, no puede el menor de veinte años ser obligado a resolver un compromiso, de modo que la decisión por él adoptada puede ser desatendida por las partes, las cuales, en tal caso, no incurrirán en la pena prometida¹⁷². Del estudio comparado de ambos textos puede señalarse, siguiendo a Matthiass, que el *minor*, una vez alcanzada la pubertad, es capaz para asumir la función de arbitraje, pero siendo menor de veinte años cesa la coacción pretoria en apoyo de su sentencia, pero ésta, como tal, es válida¹⁷³.

A la vista de este texto puede afirmarse la aplicación de un criterio analógico en torno a la determinación de las incapacidades que pueden aquejar al nombramiento tanto de jueces como de árbitros *ex compromisso*,

¹⁶⁹ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 25 recoge esta interpretación para el caso de que la sentencia sea dictada por un *minor ya puber* «mit Wissen und Willen der Parteien». Asimismo, MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 50 señala cómo el *minor viginti annis* podría asumir la tarea de árbitro, pero en modo alguno puede ser obligado a dictar sentencia. Sobre las sospechas que atienen al pasaje, cfr. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 137 n. 217; LONGO, «Utilitas publica», en *La-beo* 18 (1972) 28 s.; y BURDESE, *recensión a BUIGUES*, en *SDHI*. 57 (1991) 467.

¹⁷⁰ No obstante, esta divergencia entre las fuentes valencianas (veinte años) y el Digesto (veinticinco años) no nos parece esencial, pues puede responder a distintos criterios de política social: en este sentido vid. *Furs* 2.13.1 215 n. 1. A esta edad de 25 años vuelve a referirse D. 4.8.3 pr. (Ulp. 13 *ad edictum*) al no dispensar el pretor protección al favorecido por una sentencia dictada por un árbitro menor de 25 años.

¹⁷¹ A propósito de las críticas a estos dos textos del Digesto y la relación que se aprecia entre los mismos, cfr. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 137 n. 217.

¹⁷² WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 19 y WENGER, *PWRE*. sv. «receptum arbitri» cit. col. 363.

¹⁷³ MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 50.

aunque cuenta con algunas excepciones o diferencias de aplicación en cuanto que resulta válida la sentencia dictada por un menor de veinte años, mientras que respecto a la decisión del árbitro sucede otra cosa por la conexión entre la coacción pretoria y la validez del compromiso¹⁷⁴. Así lo expresaba el propio Wenger: «die Parteien könnten sich also auf einem *pubes minor* als *Iudex*, dagegen nur auf einen mehr als Zwanzigjährigen als *Arbiter* einigen»¹⁷⁵.

No obstante también conviene apuntar el interés que, respecto de otras incapacidades para desempeñar el carácter de árbitro presenta el siguiente pasaje:

D. 4.8.9.1 (Ulp. 13 *ad edictum*): Sed neque in pupillum neque in furiosum aut surdum aut mutum compromittetur, ut Pomponius libro trigentesimo tertio scribit.

Este texto reproduce una opinión de Pomponio en la que se afirma la incapacidad de los locos, pupilos, sordos y mudos para intervenir como *arbiter ex compromisso*¹⁷⁶. Precisamente, la mención conjunta de pupilos y locos plantea la cuestión de su equiparación en orden a determinar su capacidad intelectual, por lo demás recogida en otros textos¹⁷⁷, mientras que la que afecta a sordos y mudos es consecuencia de la especial capacidad que exige el ejercicio de la actividad jurisdiccional. De modo más general, podemos apuntar el siguiente texto de Gayo, en tema de estipulaciones¹⁷⁸:

Gai. 3.105-109: 105. – Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo receptum est; quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet. 106. – Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat. 107. – Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur;

¹⁷⁴ ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 117 s. y 149. De este modo, como ya apuntaba WENGER, *PWRE*. sv. «receptum arbitri» cit. col. 362 las consecuencias de la celebración de un compromiso ante un árbitro incapaz: el rechazo de la coacción pretoria ante la falta de los correspondientes presupuestos que debe reunir el compromiso.

¹⁷⁵ WENGER, *PWRE*. sv. «receptum arbitri» cit. col. 363.

¹⁷⁶ Se trata de incapacidades que convierten en nulo el compromiso. Vid. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 134 n. 214; y que se generalizan en todas las fuentes posteriores. Así, en *Partidas* 3.4.4, que tiene por rúbrica *Quales non pueden ser Juezes, por embargos que ayen en si mismos*, se dice, a propósito de los locos: «... *Ca segund establecimiento de los antiguos, ome que fuesse desentendido e de mal seso, non lo deue ser: porque non auria entendimiento para oyr nin para librar los pleytos derechamente*. También *Lo Codi* 2.20.5: *Ca natura vieda que ... non pueda ser árbidro ... aquel ome que a perdido el seso, assi como es furiosus*. Respecto de los mudos se dice: *Nin otrosi el que fuesse mudo, porque non podria preguntar a las partes, quando ouiesse menester, nin responder a ellas, nin dar juyzio por palabra*. Sobre el sordo se dice: *Nin el sordo, porque non oyria lo que antel fuesse razonado*. Finalmente, respecto del ciego se apunta: *Nin el ciego, porque non veria los omes, nin los sabria conocer, nin honrrar*. Nada se dice del ciego, aunque sí a propósito del mudo y sordo, dentro de las incapacidades para ser juez, en *Lo Codi* 3.2: «... *Otrosi aquellos que son sordos o mudos son echados por natura*».

¹⁷⁷ D. 50.17.40 (Pomp. 34 *ad Sabinum*); D. 8.2.5 (Ulp. 17 *ad edictum*); D. 39.1.10 (Ulp. 45 *ad Sabinum*); D. 39.1.11 (Paul. 11 *ad Sabinum*); y D. 50.16.246 (Pomp. 16 *ep.*).

¹⁷⁸ Para otros textos relativos a estas incapacidades, cfr. LEPRI, *Appunti in tema di «distractio bonorum»*, en *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* 2, Milano 1947, 100 ss. y BURDESE, *La nozione classica* cit. 107 n. 88.

nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. 108. — Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt. 109. — Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est, qui iam aliquem intellectum habet; nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. Sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.

La incapacidad de sordos y mudos deriva obviamente del carácter oral de la estipulación, puesto que, como señala Biondi, «la oralità (...) costituisce l'essenza dell'atto, da cui sono dedotti i requisiti»¹⁷⁹. Así resulta también del siguiente pasaje, visiblemente alterado por los compiladores justinianeos¹⁸⁰:

D. 45.1.1 pr. (Ulp. 48 *ad Sabinum*): Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.

Sin embargo, la incapacidad del *furiosus* no se funda en la imposibilidad de intervenir oralmente, puesto que el loco puede pronunciar las palabras solemnes requeridas, pero éstas no pueden ser tenidas por su manifestación de voluntad en cuanto no goza todavía de la madurez suficiente para cobrar conciencia de sus actos jurídicos. Es en este sentido como debe ser entendido el verbo *intelligere*, según Tondo¹⁸¹, mientras que Ankum sostiene sorprendentemente que, para estipular, por exigencias de la vida práctica y la seguridad legal, resulta suficiente, sobre la base del texto, la capacidad de expresarse verbalmente, aunque carezca todavía de la facultad de comprender en toda su extensión su papel de estipulante¹⁸². De ahí lo categórico de lo contenido en el siguiente pasaje de las Instituciones de Justiniano y presente en idénticos términos en las de Gayo¹⁸³:

I. 3.19.8: Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.

De este modo, los locos quedan equiparados, en cuanto a capacidad negocial, a los *infantes*¹⁸⁴, esto es, debe negarse toda aptitud intelectual para

¹⁷⁹ BIONDI, *Contratto e stipulati* cit. 296.

¹⁸⁰ ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983, 187 s., especialmente la bibliografía citada en n. 234.

¹⁸¹ Este criterio puede verse en otra sede en TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, en *Studi in onore di Emilio Betti* 4, Milano 1962, 369 n. 12.

¹⁸² ANKUM, «*Utilitatis causa receptum*». *On the pragmatical methods of the Roman lawyers*, en *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae I Ius romanum*, Leiden 1968, 9. [«*Utilitatis causa receptum*». *Sur la méthode pragmatique des juristes romains classiques*, en *RIDA*. 15 (1968) 127].

¹⁸³ Gai. 3.109.

¹⁸⁴ BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impubes in diritto classico*, en *AG*. 150 (1956) 51 n. 151, que recoge amplia referencia textual al respecto; y ZAMORANI, *Possessio et animus*, Milano 1977, 225. Cfr. también, a propósito de Gai. 3.109 y la triple distinción de los *infantes* SOLAZZI, «*Qui infanti proximi sunt*», en *Labeo* 1 (1955) 15 ss.

concluir válidamente negocios jurídicos y así, de nuevo específicamente en sede de estipulaciones, lo pone de relieve el propio Gayo¹⁸⁵.

Respecto de los pupilos, la capacidad para intervenir en calidad de compromitentes debe complementarse con la intervención de la *auctoritas tutoris*¹⁸⁶, que igualmente se requiere en el campo negocial, desde el momento en que, como señala Niederländer, «der Mündel kann sich grundsätzlich nur mit Vollwort des Vormunds verpflichten», puesto que «das Erfordernis der vormundschaftlichen Mitwirkung soll den Mündel vor seiner eigenen Unerfahrenheit und geschäftlichen Ungewandtheit schützen»¹⁸⁷. En realidad, la estipulación llevada a cabo por el pupilo sin la *auctoritas tutoris*, algo igualmente predicable de la mujer que ha intervenido en una estipulación sin tal complemento de capacidad, no es propiamente nula, sino que, únicamente, de la misma no van a resultar consecuencias perjudiciales para el pupilo o la mujer, aunque pueden hacerlo para aquellos que se hayan obligado como garantes de dicha obligación, del mismo modo que pueden derivarse consecuencias positivas de tal estipulación para el pupilo o la mujer¹⁸⁸.

En cambio, la prohibición que recoge Fori 33.6 respecto a los infames no se expresa en los siguientes textos, aunque sí en los supuestos en los que alguno de los compromitentes corrompa al árbitro:

D. 4.8.7 pr. (Ulp. 13 *ad edictum*): Pedius libro nono et Pomponius libro trigensimo tertio scribunt parvi referre, ingenuus quis an libertinus sit, integrae famae quis sit arbiter an ignominiosus...

D. 4.8.9.3 (Ulp. 13 *ad edictum*): Sunt et alii, qui non coguntur sententiam dicere, ut puta si sordes aut turpitudinis arbitri manifesta sit.

C. 2.55.3 (530 d. C.): Arbitrorum ex compromisso sententiae non obtemperans, si sordes vel evidens gratia eorum, qui arbitri sunt,...

Conforme a estos textos, no hay inconveniente en que pueda ser elegi-

¹⁸⁵ D. 44.7.1.12-13 (Gai. 2 *aur.*): *Furiosum, sive stipuletur sive promittat, nihil agere natura manifestum est...* Así, puede verse en DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 82 s.

¹⁸⁶ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 32 s.

¹⁸⁷ NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung* cit. 11 s. A pesar de la prohibición, la estipulación surgida de este modo no constituye un negocio nulo, por cuanto a la misma pueden adherirse en función de garantía, la *sponsio* y la *fidepromissio* y tal prestación «non comporta la nullità della eventuale stipulatio della donna o del pupillo sine tutoris auctoritate, bensì l'impossibilità che da tale stipulatio nasca una obligatio a loro carico». Vid. a este respecto DI PAOLA, *Considerazioni su Gai. 3.176 (Novazione mediante «stipulatio post mortem»)*, en *Studi in onore di Biondo Biondi* 1, Milano 1965, 407 s. Tal obligación debe entenderse desde el punto de vista del derecho civil, pero nada impide considerar la obligación nacida como natural, fundada en la aptitud intelectual de uno de los contrayentes que, sin embargo, carece de legitimación jurídica conforme al *ius civile*. Cfr. así los presupuestos que apunta BURDESE, *Sulla capacità* cit. 10 ss. en lo que se refiere a la calificación como natural de la relación obligatoria en la que interviene un pupilo sin la *auctoritas tutoris*, siempre condicionada al hecho de que el pupilo haya alcanzado una cierta edad suficiente para valorar la entidad y consecuencias que puedan derivar del negocio acometido.

¹⁸⁸ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 43 s. y DI PAOLA, *Contributi* cit. 26 s.

do como árbitro una persona de dudosa reputación, como evidencia el carácter eminentemente privado del arbitraje en Roma¹⁸⁹, si bien ello no impide que el Pretor pueda intervenir concediendo alguno de los recursos que recoge en su edicto en favor de aquél de los compromitentes que se vea perjudicado por la corrupción del árbitro¹⁹⁰ durante el desarrollo de tal procedimiento¹⁹¹ o simplemente cesa la fuerza coactiva que proporciona el Pretor para promover la eficacia misma del compromiso¹⁹². Recogen esta tradición justiniana, fundada en el carácter eminentemente privado del arbitraje, que posibilita que un infame pueda intervenir como *arbiter*, algunas fuentes castellanicas¹⁹³. En todo caso, parece que la sentencia dictada por *arbiter ignominiosus* es válida y obligatoria, tras el compromiso, para las partes, aun cuando quede excluido de la coacción pretoria en los casos en que haya sordidez o inmoralidad manifiesta¹⁹⁴, mientras que Ziegler reconoce más bien en este distinto tratamiento de casos análogos una diversa tradición de escuela entre los juristas que, con el probable cercenamiento de los textos, ha desembocado en contradicción de imposible resolución¹⁹⁵.

Tampoco pueden intervenir como árbitros aquellos que tienen la condición de jueces como resulta del siguiente texto:

Fori 30.5: Non valet compromissum in suum iudicem ordinarium factum, etiam si amicabiliter fiat.

Sin duda, este fuero responde a una distinta concepción de la actividad judicial, ya no concebida como una ocupación meramente privada en la que los litigantes eligen a quien ha de ventilar el asunto, sino más

¹⁸⁹ Ciertamente, ya hemos puesto de relieve la ausencia de coacción pretoria en lo que se refiere a la designación del árbitro, como recoge WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 7.

¹⁹⁰ MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 22. Recoge expresamente Fori 33.16 la incapacidad para intervenir como juez de *qui pecuniam, mercedem, donum vel servitium receperit, vel pro aliquo sententiam ferat*.

¹⁹¹ Cfr. BUIGUES, *La solución* cit. 114 ss., quien señala como recurso por excelencia la *exceptio doli*. También podría entablarse la *actio ex stipulatu* con el fin de dirigirse contra el otro compromitente que ha corrompido al árbitro, siempre que se incorpore al compromiso *ut si quid dolo in ea re factum sit*, como apunta D. 4.8.31 (Ulp. 13 *ad edictum*), antes que recurrir a las siempre subsidiarias *actio* y *exceptio doli*. Cfr. así BONIFACIO, *NNDI*. 3 sv. «*compromesso (diritto romano)*» cit. 785.

¹⁹² WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 27 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 122.

¹⁹³ *Partidas* 7.6.7: ...ninguno de los enfamados no puede ser juezador, nin consejero del Rey... E podrían otrosi ser juezes de avenencia. A propósito de la equiparación entre juezes *avenedores* y árbitros en latín, vid. *Partidas* 3.4.23, donde se recoge la distinción entre árbitro y arbitrador.

¹⁹⁴ MATTHIASS, *Die Entwicklung* cit. 53 y WENGER, *PWRE*. sv. «*receptum arbitri*» cit. col. 364. En contra, TALAMANCA, *Ricerche* cit. 135 n. 214, quien sostiene que tanto D. 4.8.7 pr. (Ulp. 13 *ad edictum*) como D. 4.8.9.3 (Ulp. 13 *ad edictum*) contemplan supuestos distintos en cuanto a la gradación de la moralidad del árbitro, de modo que en el caso en que el árbitro sea simplemente *ignominiosus* subsiste la coacción pretoria sobre el mismo, que, en cambio cesa, en los supuestos en que se trate de un *arbiter cuius sordes aut turpitudinis manifesta sit*.

¹⁹⁵ ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 122. En contra de esta idea, vid. TALAMANCA, *L'arbitrato* cit. 96.

bien como una actividad llevada a cabo por jueces oficiales. Tal oficialidad no implica que los jueces valencianos hayan de ser concededores del derecho, sino más bien que actúan reforzados con la *auctoritas* carismática de quien les nombra.

De igual modo Fori 33.6 impide que puedan intervenir como árbitros quienes guarden enemistad manifiesta con alguno de los compromitentes. Es obvio que debemos entender como causa de excusa la enemistad sobrevenida, pues si la elección del *arbiter* depende del *compromissum*, se hace difícil pensar que los compromitentes vayan a elegir de común acuerdo a un árbitro con el que alguno de ellos mantiene malas relaciones. A esta enemistad manifiesta sobrevenida se refiere el siguiente texto:

D. 4.8.15 (Ulp. 13 *ad edictum*): Licet autem praetor destrictre edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet ex excusationem recipere causa cognita: ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus,...

Este pasaje continúa con otras causas de excusa en favor del árbitro¹⁹⁶ como la edad, la enfermedad sobrevenida¹⁹⁷ o la atención de asuntos privados o públicos, lo que contrasta con el sometimiento a la *stipulatio poenae* de aquél de los compromitentes que no haya comparecido ante el árbitro por idénticos motivos¹⁹⁸, salvo que *sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore...*¹⁹⁹. De esta manera, el único modo de evitar la responsabilidad derivada de la no comparecencia, además de la eventual y voluntaria representación conferida a un *procurator*, sería celebrar un nuevo *compromissum*, que le protegería procesalmente frente a la reclamación del otro compromitente mediante una *exceptio doli* o mediante una *denegatio actionis*. A esta *exceptio doli* se refiere en este caso D. 44.4.4.2 (Ulp. 76 *ad edictum*), dando lugar a una exoneración de responsabilidad, que opera exclusivamente en el plano procesal y, por consiguiente, con la imposibilidad de repetirse su planteamiento²⁰⁰, aunque con la sensible di-

¹⁹⁶ Precisamente, estas causas de excusa exteriorizan la desvinculación del arbitraje compromitente con la categoría de los contratos. Vid. BIONDI, *Contratto e stipulatio* cit. 114. En todo caso, pone de relieve WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 28 cómo estas causas de excusa son meramente ejemplificativas, pudiendo ser otras tomadas en consideración por el magistrado previa *causae cognitio*. En este mismo sentido, vid. MARTINI, *Il problema* cit. 156 s.

¹⁹⁷ Señala BUIGUES, *La solución* cit. 117 ss. la distinción que las fuentes realizan entre *valetudo*, que determinaría, por razones de persistencia, la excusa del árbitro para seguir desempeñando su actividad, y *morbis*, referido a indisposiciones momentáneas del árbitro, que motivarían un aplazamiento de la causa. Creemos que esta consideración, a pesar de carencia de fuentes, podría ser aplicada en el caso de que el afectado por la enfermedad fuera alguno de los compromitentes y no hubiera podido nombrar un *procurator* que le representara. No parece, sin embargo, que puedan ser considerados supuestos distintos la excusa del árbitro y su sustitución, pues ésta sería una consecuencia de la primera. Vid. también en torno a esta terminología LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»*, en *BIDR*. 90 (1987) 513.

¹⁹⁸ D. 4.8.21.9 (Ulp. 13 *ad edictum*).

¹⁹⁹ D. 4.8.21.9 (Ulp. 13 *ad edictum*).

²⁰⁰ DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1993, 94 y 127.

ferencia de no estar condicionada a la concurrencia de los requisitos a los que se refiere, sin embargo, D. 4.8.21.9 (Ulp. 13 *ad edictum*)²⁰¹:

D. 44.4.4.2 (Ulp. 76 *ad edictum*): Si in arbitrum compromisserimus, deinde cum non stetissem ob adversam valetudinem poena commissa est, an uti possim doli exceptione? Et ait Pomponius prodesse mihi doli exceptionem.

En este texto se plantea el supuesto de incomparecencia de uno de los compromitentes como consecuencia de una enfermedad. Tal circunstancia determina objetivamente la sujeción a la pena exigible mediante las acciones estipulatorias, cuya naturaleza *stricti iuris* impide que el juez pueda tener en cuenta circunstancias no contempladas en la propia fórmula procesal. De ahí el recurso a esta excepción de dolo, de carácter subsidiario, que puede conceder el Pretor con el fin de modelar las duras consecuencias que derivan del carácter asimismo abstracto de las estipulaciones accesorias del compromiso²⁰². En todo caso, este pasaje, que permite, como hemos señalado, el recurso a la *exceptio doli* por parte de aquel *litigator* que no ha podido comparecer, no exige, en boca de Pomponio, los requisitos que otros juristas anteriores venían apuntando para su concesión en el comentado D. 4.8.21.9 (Ulp. 13 *ad edictum*). Por otra parte, resulta contradictorio el alineamiento del propio Ulpiano con las tesis expuestas en ambos fragmentos, aunque quizá esta contradicción pueda obedecer más bien a la supresión justinianea de alguna eventual objeción de Ulpiano al pensamiento de Pomponio²⁰³. En todo caso, como pone de relieve Talamanca, acaba prevaleciendo el interés del compromitente que no comparece por razón de una causa inimputable que el interés de la otra parte en que el juicio arbitral despliegue todas sus consecuencias sobre la parte ausente a través de las acciones estipulatorias complementarias, lo que, por lo demás, representa una consecuencia misma de la propia evolución jurídica que recae sobre las distintas instituciones jurídicas²⁰⁴.

Distinto sería el supuesto de que la enfermedad impidiera al beneficiario del pronunciamiento arbitral recibir la prestación del otro compromitente:

D. 4.8.23.1 (Ulp. 13 *ad edictum*): Idem ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis im-

²⁰¹ TALAMANCA, *Sull'interpretazione di Ulpiano* cit. 4231.

²⁰² CASAVOLA, *La «conventio»* cit. 239 y DE ROBERTIS, *La disciplina* cit. 706.

²⁰³ TALAMANCA, *Ricerche* cit. 94 n. 126 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 101 n. 283. Considera igualmente que el pasaje ha sido recortado KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit. 157, del mismo modo que considera interpolada la frase final de D. 4.8.21.9 (Ulp. 13 *ad edictum*). En todo caso, tal recorte no habría afectado la sustancia del texto: «Eher ist denkbar, daß die Unvermitteltheit, mit der der Schlußsatz anschließt, auf Kürzungen beruht, die jedoch die sachliche Substanz unberührt ließen».

²⁰⁴ TALAMANCA, *Sull'interpretazione di Ulpiano* cit. 4244 s. En igual sentido se expresa KNÜTEL, *Stipulatio poenae* cit. 157, ya que «das von Proculus und Atilicinus aufgestellte Erfordernis zielt auf die Herstellung des status quo ante ab, damit dem Gegner durch die Auflösung des *compromissum* keine Nachteile erwachsen».

peditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, Proculum existimare poenam non committi, nec si post kalendas te parato accipere non dem. Sed ipse recte putat duo esse arbitri praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra kalendas non dederis, quoniam per te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.

La interpretación del texto resulta difícil y en cierto modo contradictoria, lo que hace pensar en un probable recorte del *responsum* de Próculo. Conforme a él, el obligado al pago de la pena no puede ser demandado si, sin culpa propia, el vencedor no se halla en disposición de recibir la pena dentro del término señalado, a pesar del intento de cumplimiento²⁰⁵. Sin embargo, si no ha habido tal voluntad de cumplir, aunque el término haya vencido, queda obligado desde el mismo momento en que el vencedor se encuentre en disposición de recibir el pago, aunque el término haya vencido²⁰⁶.

Otras causas de excusa a las que se refieren las fuentes romanas son el desprecio brindado al árbitro por alguno de los compromitentes²⁰⁷ o el hecho de que el árbitro tenga pendiente un juicio propio que le impide el ejercicio de su función²⁰⁸, pero no lo es el hecho de que el árbitro sea difamado por alguna de las partes²⁰⁹.

Concluye Barrero, estableciendo que Fori 30.16 concuerda literalmente con D. 2.7.7.2, lo cual debe ser una errata, pues aquél al que se refiere es D. 2.8.7.2 (Ulp. 14 *ad edictum*), textos que a continuación reproducimos:

D. 2.8.7.2 (Ulp. 14 *ad edictum*): Si satisdatum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debet si hoc iudici sederit, donec vel satisfatio detur vel lis finem accipiat.

Fori 30.16: Satisfatum pro re mobili non sit et persona sit suspecta, ex qua satisfare desideratur, illa res mobilis sit sequestrata sive emparata in loco securo, donec satisfatetur vel lis finem accipiar.

La similitud entre ambos textos se hace palpable mediante una simple lectura de los mismos, con las lógicas diferencias filológicas producto de la evolución de la lengua latina. Aunque ambos textos están ubicados en rubricas similares, lo cierto es que los dos están recogiendo la idea del secuestro, lo cual no debe sorprender por tratarse de un depósito frecuente-

²⁰⁵ SEIDL, *Moderne zivilrechtliche Lehren als Erkenntnis mittel der Rechtsgeschichte*, en *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag* 1 (Berlin-Frankfurt 1956) 110.

²⁰⁶ FREZZA, *La clausola penale* cit. 297 ss.; VISKY, *La pena convenzionale* cit. 627; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 102 s.; y KNÜTEL, *Verfallsbereinigung* cit. 67 s.

²⁰⁷ D. 4.8.9.5 (Ulp. 13 *ad edictum*); D. 4.8.10 (Paul. 13 *ad edictum*) y D. 4.8.11 pr. (Ulp. 13 *ad edictum*). Tal desprecio se centra en el hecho de que alguno de los litigantes acuda ante el juez ordinario o ante otro árbitro. Cfr. TALAMANCA, *Ricerche* cit. 75 n. 81.

²⁰⁸ D. 4.8.16.1 (Paul. 13 *ad edictum*). Tal excusa tendrá lugar si el compromiso no puede prorrogarse. Si puede prorrogarse, así se hará efectivamente o se renovará el compromiso siempre y cuando el plazo esté a punto de vencer y lo acepten así los litigantes.

²⁰⁹ D. 4.8.9.4 (Ulp. 13 *ad edictum*).

mente vinculado al arbitraje: la atribución a un tercero del objeto de la contienda que los compromitentes discuten en tanto el árbitro no pronuncie su sentencia. No presenta, en principio, ningún inconveniente el que asuma la condición de secuestrario el propio árbitro²¹⁰, encargado de resolver la contienda que le ha sido presentada por los compromitentes, en tanto dicha contienda no haya finalizado con el consiguiente pronunciamiento arbitral.

Subraya Barrero²¹¹ otras concordancias en la rúbrica 33 de *Fori Antiqui Valentiae* con las fuentes romanas:

C. 3.1.6 (239 d. C.): Servus in iudicio interesse non potest, nec, si condemnatio aliqua in personam eius facta sit, quod statutum est, subsistit.

Fori 33.1: Servus in iudicio interesse non potest nec, si condemnatio aliqua in persona ipsius facta est, quod statutum est, subsistit, nec valorem habeat; et hoc intelligatur in causa civili et non in criminali. Huic foro addidit dominus rex.

El texto valenciano emana, sin duda, del *Codex* justiniano, hecha salvedad de la adición realizada por el rey. Recoge la prohibición de que el esclavo *in iudicio interesse*, lo cual debe entenderse no sólo como una imposibilidad de *compromittere*²¹², sino, por supuesto, como una incapacidad absoluta para asumir la función de *arbiter*²¹³, aunque puede intuirse que el nombramiento de un incapaz bajo la condición de que recupere su aptitud es eficaz. En todo caso, la falta de capacidad, más que con la nulidad

²¹⁰ Así en D. 4.8.11 (Ulp. 13 *ad edictum*): ...*Quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sii sententiam dicere?*

²¹¹ BARRERO, *El derecho cit.* 651.

²¹² WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 32 sobre la base de lo contenido en D. 4.8.32.8 (Paul. 13 *ad edictum*): *Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, poenae executionem dandam de peculio putat Octavianus. Sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum debet, videamus: sed magis est, ut non detur.* Esta imposibilidad que tienen los esclavos para hacer un compromiso puede extraerse también de D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad edictum*) a propósito de la no concesión de una *actio de peculio* dentro de una *actio ex stipulatu* surgida como consecuencia de un arbitraje en el que ha intervenido un esclavo, *quum se pro libero gereret*. Vid. también, sobre este pasaje, MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 42 s. y 46, sobre la base de que «*der servus ist eben von der gerichtlichen Geltendmachung ausgeschlossen*»; BISCARDI, «*Actio pecuniae traiectionis*». *Contributo alla dottrina delle clausole penali*, Torino 1974, 12 ss. y 143 ss.; VISKY, *Das Seedarlehn und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht*, en *RIDA*. 16 (1969) 409; LITEWSKI, *Römisches Seedarlehen*, en *Iura* 24 (1973) 143 ss.; CASTRESANA, *El préstamo marítimo griego y la «pecunia traiectionis» romana*, Salamanca 1982, 167 ss.; y BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* I, Milano 1982, 152 s.

²¹³ Esta incapacidad de los esclavos para asumir la condición de árbitro es concorde con su condición de cosa. Por eso se entiende que Ulpiano, apoyándose en la autoridad de Juliano, diga en D. 4.8.7.1 (Ulp. 13 *ad edictum*) ...*quamvis servi, inquit, arbitrium nullum sit, aunque dice D. 4.8.9 pr. (Ulp. 13 ad edictum): Sed si in servum compromittatur et liber sententiam dixerit, puto, si liber factus fecerit consentientibus partibus, valere, que parece referirse a alguien a quien se reconoce su condición de libre, pues de lo contrario no podría hablarse de compromiso. Cfr. MATTHIAS, Die Entwicklung cit. 51; HAYUM, Der Schiedsvertrag cit. 41 s.; TALAMANCA, Ricerche cit. 98 s.; y ZIEGLER, Das private Schiedsgericht cit. 116.*

del compromiso se conecta con la ausencia de acción pactada como instrumento para hacerlo eficaz²¹⁴.

En la misma línea comparativa se expresan:

C. 3.1.16 (527 d. C.): Apertissimi iuris est, licere litigatoribus iudices, antequam lis inchoetur, recusare, quum etiam ex generalibus formis sublimissimae tuae sed statutum est necessitatem imponi iudice recusato partibus ad eligendos arbitros venire, et sub audientia eorum sua iura proponere. Licet enim ex imperiali numine iudex delegatus est, tamen, quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est, liceat ei, qui suspectum iudicem putat, antequam lis inchoetur, eum recusare, ut ad alium curratur.

Fori 33.2: Apertissimi iuris est, licere litigatoribus iudices, antequam lis inchoetur, iustis rationibus recusare. Recusare aliquis non possit curiam vel iudicem ordinarium, sed, si habuerit ipsos suspectos, pettat alium associari eis, cum quo in causa procedant; si vero fuerit delegatus, possit eum recusare, iusta de causa suspicionis interveniente, ante litem contestatam; post litem vero contestatam, si de novo iustis de causis emergerit, possit recusari, nisi allegationibus, rationibus, exceptioibus fuerit renuntiatum.

Añadimos nosotros el paralelismo de efectos con el siguiente texto, consecuencia de la adición al fuero originario:

Fori 33.3: Ex quo arbiter vel assessor de voluntate parcium fuerit electus, non potest ab aliqua parcium recusari. Addidit dominus rex in hoc foro: nisi nova ratio suspicionis superveniat.

Tales pasajes tratan la cuestión de la recusación en caso de que sobrevenga motivo de sospecha, estableciendo una diferente solución para la continuación del pleito. Mientras que el *Codex* se inclina por deferir el conocimiento del litigio, en caso de recusación de un juez, a árbitros elegidos por las partes²¹⁵, los *Fori Antiqui Valentiae* no adoptan tal solución, sino que se limitan a diferenciar entre la posible recusación de un juez ordinario y uno delegado. También, frente a las fuentes romanas, los *Fori* se refieren a la posibilidad de recusar a un árbitro por idéntico motivo, aunque ello corresponda a un añadido del rey llevado a cabo sobre el propio fuero.

El silencio que las fuentes romanas guardan a propósito de la recusación de un *arbiter* debe entenderse como expresión de la amplia libertad de las partes para someter el conocimiento de una determinada controversia a otra persona elegida por ellos. No parece razonable que, si la elección del árbitro es algo que compete voluntariamente a las partes, se establezcan supuestos para su recusación, cuando esta institución más bien obedece a la elección o señalamiento de un árbitro, no por las partes, sino por otros procedimientos. De alguna manera, fundamento similar podemos encontrar para la inadmisibilidad de apelación de la sentencia

²¹⁴ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 51.

²¹⁵ VINCENTI, «*Ante sententiam appellari potest*», Padova 1986, 115.

arbitral, con lo que asumen los compromitentes el riesgo de una resolución no equitativa por parte del árbitro²¹⁶. Tan sólo la corrupción del árbitro o la enemistad sobrevenida con alguno de los compromitentes, como hemos apuntado anteriormente, convertirían al *arbiter* en incompetente para pronunciar el laudo arbitral por constituir, sin duda, esenciales causas de incapacitación para el desempeño de tal actividad²¹⁷.

Otra de las concordancias apuntadas por Barrero se da entre los siguientes textos:

C. 3.5.1 (376 d. C.): Generali lege decernimus, neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae.

Fori 33.4: Generali statuto decernimus neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere; in re enim propria iniquum admodum est alicui licentia tribuere sententiae.

Se trata de un principio esencial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y su aplicación debe extenderse al campo de la institución arbitral como nos apunta el siguiente texto:

D. 4.8.51 (Marcian. 2 *reg.*): Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest.

Por tanto, es claro que ni jueces, como ponen de relieve los textos de *Fori Antiqui Valentiae* y del *Codex*, ni árbitros, pueden ejercer tal cargo cuando se trata de un asunto propio²¹⁸. La recepción de este principio no es ajena a otras fuentes de la época²¹⁹.

A pesar del título de la rúbrica no se refieren específicamente a los árbitros algunos fueros ubicados en Fori 33, aunque consideramos interesante examinar las concordancias con las fuentes romanas señaladas por Barrero. Así, respecto al cambio de fuero de uno de los litigantes después de ser demandado, señala Barrero las siguientes concordancias:

²¹⁶ LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 291 s.

²¹⁷ Por el contrario, las fuentes sí se ocupan de la recusación del juez, en cuanto pueda tener un interés en el litigio que se somete a su consideración, fuera de la carga pública que ha asumido de dictar sentencia, del mismo modo que el juez no puede ser árbitro para la misma cuestión. Cfr. MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 52. No obstante, también las partes gozan de igual libertad para elegir al juez, por lo que sorprende la nula regulación de la recusación en sede de arbitraje. La recusación del juez no ofrece, sin embargo, problema alguno cuando su designación no corresponde a la elección de las partes, sino al método de la insaculación del *album iudicium*.

²¹⁸ WEIZSÄCKER, *Das römische Schiedsrichteramt* cit. 20, quien pone de relieve, no obstante, en p. s. que el mero interés en la resolución de la contienda no lo hace incapaz de resolver sobre la base de lo contenido en D. 4.8.6 (*Gai. 5 ad edictum prov.*), que permite que un hijo de familia pueda ser árbitro en un asunto del padre. También, MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 52 y WENGER, *PWRE*, sv. «receptum arbitri» cit. col. 363.

²¹⁹ *Partidas* 3.4.24: ...Ca ninguno dellos lo puede meter en mano de aquel, con quien contiende, que lo libre el mismo como auenidor. E si lo metiesse, non valdria lo que mandasse, nin auiniesse sobre. Ca non seria guisada cosa, de ser ome Juzgador de su pleyto mismo...

D. 5.1.7 (Ulp. 7 *ad edictum*): Si quis, postquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit quasi praeventus.

Fori 33.10: Si quis, postquam in ius vocatus est, clericus vel alterius fori esse ceperit, in ea causa est ut ius revocandi forum non habeat quasi praeventus.

La edición romance de los Fueros de Valencia que hemos manejado de forma complementaria presenta una redacción distinta al añadir *o aquel destret en lo qual fo primerament apellat a fer dret, que no sie tengut aqui de respondre*.

La única variación que se puede apreciar entre ambos textos arriba reproducidos es la sustitución en *Fori Antiqui Valentiae* del término *miles*, presente en el texto del *Digesto*, por la palabra *clericus*²²⁰. No obstante, hecha esta salvedad, ambos textos presentan idéntica *ratio*: el cambio de fuero sobrevenido a la presentación de la demanda no impide el desarrollo de la causa ante quien se planteó la contienda litigiosa. En cambio, cuando la asunción del estado religioso recae sobre quien había sido elegido árbitro con anterioridad por los compromitentes, debe renunciar el árbitro pues *cuius sacris vacare sacerdotes oportet*. No, en cambio, cuando el arbitraje ha sido asumido después de adquirir la condición de clérigo²²¹.

El resto de concordancias entre la rúbrica 33 *de iudiciis et arbitriis* y el *Digesto* señaladas por Barrero²²² no presentan interés para nuestro estudio por no afectar a la institución arbitral. En todo caso, hacemos constar desde aquí la absoluta similitud entre los pasajes citados como concordantes.

3) Su remuneración: carácter gratuito de la actividad arbitral

Tan sólo un fuero se refiere a la cuestión de la remuneración que deben percibir los árbitros compromitentes, aun cuando este tratamiento se formula en términos negativos al tratar el pasaje de la inducción del propio árbitro a los particulares para que éstos resuelvan su contienda ante él por medio de este procedimiento:

Fori 30.7: Si aliqui aliquos litigantes induxerint ad compromitendum in se vel fatiendum quod ipsi dixerint, non habeant inde salarium vel mercedem aliquam.

Por tanto, parece configurarse como regla general el hecho de que el árbitro compromitente perciba una retribución por su actuación procesal, salvo en el caso contemplado en el fuero anterior. No encontramos, sin embargo, que esta redacción traiga su causa de alguno de los textos que regulan la institución arbitral en el *Digesto* y en el *Codex*, si bien hay en estos cuerpos vagas referencias a la materia que a continuación examina-

²²⁰ DUALDE, *Fori* cit. 52 n. 5 entiende que el cotejo con la edición romance de *els Furs* confirma que tal cambio no constituye un error de los redactores de los Fueros de Valencia en su labor de reproducción de los textos bizantinos.

²²¹ D. 4.8.32.4 (Paul. 13 *ad edictum*).

²²² BARRERO, *El derecho* cit. 651.

Así, D. 48.11.7 pr. (Macer l *iudic. publ.*), pasaje ubicado dentro del título que se ocupa de la *lex Iulia de repetundis*, prohíbe que los jueces y los árbitros cobren por el ejercicio de su función (...*neve quis ob hominem condemnandum absolvendumve: neve ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniae faciendum vel non faciendum aliquid acceperit*), siendo perseguible penalmente la corrupción del mismo²²³. Constituye éste un principio característico de la concepción clásica de la administración de la justicia en Roma, donde es un ciudadano particular elegido de común acuerdo por ambos litigantes o, en su caso, insaculado del *album iudicium*, quien ha de resolver la contienda de modo inapelable con su sentencia. Desde el momento en que esta garantía que aseguraba la *libertas* romana va desapareciendo con la burocratización que lleva aparejada el sistema de la cognición oficial se hace necesario retribuir esa actividad consistente en ventilar los litigios entre particulares, pues los encargados de resolverlos forman ya parte de esa maquinaria burocrática que alcanza expansión notable en tiempos de Adriano. A este nuevo orden responde el contenido de C. 12.19.12.1 (a.?), paradigma de una organización de la justicia que ha dejado de ser gratuita²²⁴. Es claro, por tanto, que el sentido del fuero reproducido anteriormente también responde a esta concepción burocratizada de la justicia, bien alejada del pensamiento clásico.

4) Capacidad para celebrar un compromiso

Más amplia es, sin duda, la capacidad para poder suscribir el *compromissum*. El silencio de los Fueros de Valencia nos lleva a inclinarnos por un criterio amplio, que negativamente afectará a esclavos²²⁵, pero no a los hijos de familia, con la consiguiente responsabilidad del padre a través de la *actio ex stipulatu de peculio*²²⁶. En las *Partidas*, se exige la capacidad para comparecer en juicio, que Merchán identifica con la capacidad para obligarse²²⁷, fundada, a mi juicio, en la naturaleza contractual que se deriva de la *conventio* que se da en todo compromiso.

En las fuentes romanas, se exige como aptitud para ser parte en el procedimiento arbitral la capacidad para entender la sentencia dictada por el árbitro en:

²²³ RAGGI, *La «restitutio in integrum»* cit. 355.

²²⁴ En igual orden de cosas podemos citar también C. 12.21.8.7 y 8 (484 d. C.); C. 12.25.4.4 (474 d. C.) y C. 12.29.3.1 (a.?).

²²⁵ D. 4.8.32.8 (Paul. 13 *ad edictum*).

²²⁶ Vid. MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 45 y ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht* cit. 110 y *Papinianus Beitrag* cit. 535 s., sobre la base de D. 15.1.3.10 (Ulp. 29 *ad edictum*): *Quare et ex compromisso pater tenebitur. Et ita Papinianus quoque libro nono quaestionum scribit nec interesse ait, ex qua causa compromiserit, utrum ex ea causa, ex qua potuit cum patre de peculio agere, an vero ex ea qua non potuit, cum ex stipulatu pater conveniatur.*

²²⁷ Cfr. MERCHÁN, *El arbitraje* cit. 54.

D. 4.8.27.5 (Ulp. 13 *ad edictum*): *Coram autem dicere sententiam videtur, qui sapientibus dicit: ceterum coram o vel demente non videtur dici: item coram pupillo non videri sententiam dictam, nisi tutor praesens fuit: et ita de his omnibus Iulianus libro quarto digestorum scribit.*

De este modo, Juliano pone de manifiesto la carencia del carácter de parte en el arbitraje de aquél que no puede entender la sentencia como es el caso del loco o demente²²⁸, o el pupilo sin la *auctoritas* de su tutor, muestra más de la equiparación presente en muchos textos de los locos y los pupilos fundada en el hecho de no alcanzar la plena capacidad intelectual para poder comprender el contenido mismo de la sentencia²²⁹.

Esta incapacidad para celebrar un compromiso viene también recogida en:

D. 4.8.32.2 (Paul. 13 *ad edictum*): *Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem.*

La razón de esta incapacidad de la mujer para llevar a cabo un compromiso en nombre de otra persona estriba en su consideración como acto de *intercessio*, lo que refuerza una vez más las teorías que aproximan la categoría del *compromissum* al terreno de las obligaciones.

²²⁸ Se trata de una distinción que se observa más bien durante el período justinianeo, puesto que *furiosi*, *dementes* o *mente capti* vienen a ser sinónimos, en sentido jurídico, en época clásica. De ahí la interpolación del término «*vel demente*». También resulta del extenso número de pasajes en los que se hace referencia únicamente al *furiosus* y no al *demens*. Así, «*il furor fa che il malato omni intellectu careat (...)* *Omni intellectu carere o dementia è lo stato mentale prodotto dal furor*». En definitiva, los juristas clásicos «*non potevano contrapporre i dementes ai furiosi, perchè anche i furiosi sono dementi, posto che il nome di dementia designa (...)* la devastazione dell'intelletto prodotta dal *furor*». Vid. las palabras reproducidas en SOLAZZI, «*Furor vel dementia*», en *Scritti di diritto romano* 2, Napoli 1957, 626 ss. Según RENIER, *Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale*, en *RIDA* 5 (1950) 437 s., el término *furor* viene a identificarse en el lenguaje literario y de ciertas constituciones imperiales posteriores a Constantino con el estado de crisis violenta en el que está envuelto una persona, mientras que tal carácter fue desconocido por los juristas clásicos. Para ellos, más bien se equipara a la locura, mientras que *demens* o *mente captus* vendría a comprender estados de debilidad mental, de imbecilidad y de demencia senil. También, RENIER, en p. 456, considera interpolada la referencia *vel demente*, que no puede ser en modo alguno de Juliano, de acuerdo con el criterio apuntado propio de la época clásica. Cfr. también, manteniendo su criterio precedente, SOLAZZI, «*Furiosus vel demens*», en *Scritti di diritto romano* 5, Napoli 1972, 363. Insiste aquí SOLAZZI en que no es que la distinción *furiosus-demens* sea extraña a los prudentes, sino que, desde un punto de vista jurídico, éstos no previeron un régimen jurídico distinto. En igual sentido, se expresa GARCÍA VÁZQUEZ, *La polémica en torno al concepto de «furiosus»*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid 1978, 191 s.

²²⁹ MATTHIAS, *Die Entwicklung* cit. 90 s.