

## CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO HISTÓRICO-JURÍDICO DEL ARBITRAJE

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN\*

*SUMARIO:* I. OBSERVACIONES PRELIMINARES. II. TIPOS DE ARBITRAJE. III. TERMINOLOGÍA EN MATERIA DE ARBITRAJE. IV. ARBITRAJE NO FORMAL Y ARBITRAJE DE *IUS GENTIUM*. V. ARBITRAJE LEGAL. VI. ARBITRAJE COMPROMISARIO.

Para D. Aurelio Menéndez, Decano-Honorario de la Facultad de Derecho de la U.A.M., Maestro del Derecho Mercantil, Docente excepcional de quien tuve la fortuna de ser alumno. En afectuoso homenaje.

### I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Parece razonable pensar que en los primeros tiempos de la comunidad política romana, con anterioridad a la organización de la administración de la justicia y de la atribución de competencias a magistrados y jueces, la decisión de las controversias entre los particulares se encargaría a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados en solucionar sus conflictos.

Según la tradición, la más antigua organización conocida de las relaciones de Roma con ciudades vecinas y pertenecientes a su mismo ámbito cultural y lingüístico, habría sido la federación denominada Liga Latina, que se remonta a época monárquica y que se habría renovado por Spurio Casio en la República, el año 493 a. C., mediante el llamado tratado o *Foedus Cassianum*, conforme al testimonio de Dionisio de Halicarnaso. Pues bien, en dicho tratado se contienen disposiciones reguladoras de los litigios surgidos entre miem-

---

\* Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

bros de las distintas comunidades, que se producirían especialmente en el marco de las relaciones comerciales<sup>1</sup>, y en esta normativa (*reciperatio*)<sup>2</sup>, al igual que en la correspondiente a la configuración de los tribunales de *recuperatores*<sup>3</sup>, encargados de conocer los conflictos de ciudadanos romanos con extranjeros, se hace referencia al nombramiento de árbitros.

Es pues probable que el arbitraje, conocido y practicado en el ámbito del comercio internacional, se habría introducido en los mercados de la Roma de los primeros tiempos, en los que los árbitros serían a la vez garantes y peritos y actuarían dirimiendo conflictos que se planteaban en el tráfico mercantil<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Vid. a propósito del término *commercium*, CASTÁN VÁZQUEZ, *La recepción de voces de Derecho Mercantil en el Diccionario de Autoridades*, Estudios-Homenaje a Aurelio Menéndez, Madrid 1996, Tomo I, pp. Recientemente, MAROTTA, *Tutela dello scambio e commercii mediterranei in età arcaica e repubblicana*, en Ostraka, 5, 1996, I, pp. 55 ss.

Sobre el tráfico internacional de carácter mercantil vid. MEYER, *Bona fides und Lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994. BESNIER, R.: *L'état économique de Rome au temps des rois*, R.D.H., 1934, pp. 405-463; PARADISI, B.: *Osservazioni sul rapporto storico tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato*, Studi Senesi, 1945, p. 242 y ss.

<sup>2</sup> Vid. en el mismo sentido, FRANK, T., *An economic survey of ancient Rome*, t. I: *Rome and the Italy of the Republic*, 1927. Vid. sobre *reciperatio*, WENGER, art. *Reciperatio*, en PW., p. 406 y ss.

<sup>3</sup> Vid. a propósito de los *recuperatores*: BONGERT, *Recherches sur les récupérateurs*, Varia. Études de Droit Romain, I, 1952, p. 99 y ss.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F. *Sobre el origen de los "decemviri stilibus iudicandis"*, Rev. Fac. Der. Madrid, 8, 1964, p. 415 ss; PUGLIESE, *Sub voce "Recuperatores"*, N.N.D.I., 14, 1967, p. 1076 y ss.

<sup>4</sup> Los textos fundamentales relativos al *commercium* son los siguientes:

*Tituli ex corpore Ulpiani*, 19, 4: «*Mancipatio ex corpore habet Inter. cives Romanos et Latinos Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*»; 19, 5: «*Commercium est emendi vendendi invicem ius*»; 20, 13: «*Mutus surdus, furiosus, itemque prodigus, cui, lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua repossit; prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest*».

A la luz de los textos citados, parece que puede afirmarse respecto a la relación entre el *commercium* y la *mancipatio* que los peregrinos procedían de una comunidad que tuviese respecto a Roma el *ius commercii*, podrían realizar negocios mediante la *mancipatio*. Vid. en este sentido, KASER, M., *Vom Beriff des commercium*, Studi Arangio-Ruiz, 2, pp. 131 y ss.

A juicio de SAUTEL, G., *Essai sur la notion romaine de «commercium» á l'époque ancienne*. Varia. Études de Droit Romain, Paris, pp. 4-5, la correlativa referencia hecha por un jurisconsulto de fines de la época clásica como Ulpiano a la *mancipatio*, al decir que es accesible a los peregrinos *quibus commercium datum est*, y a la *emptio-venditio* en relación con el *commercium*, al decir «*commercium est emendi vendendique invicem ius*», supone una evidente contradicción entre ambos textos. En opinión de este autor, lo afirmado en las *Regulae*, 19, 5 es fruto de una glosa postclásica incorporada al texto clásico. Otros autores tratan

El arbitraje habría pues cumplido en los primeros siglos de Roma, conforme a las referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, un importante papel, al igual que sucedía en otras comunidades políticas, no sólo como complemento o alternativa a la jurisdicción, sino como origen de la resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes interesadas<sup>5</sup>.

El término latino *arbiter* que derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme a la raíz fenicia *rbn*, se habría introducido a través del comercio en la lengua latina<sup>6</sup>.

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

---

de hallar una explicación a los textos citados, refiriendo la definición ulpiniana de *commercium (ius emendi vendendique)* a la época arcaica, en la cual las palabras *emere* y *vendere* tendrían el significado más amplio de adquirir y de vender. Cfr. POWERS, O., *Studies in the commercial vocabulary of early latin*, Chicago, 1944, pp. 311 y ss.

<sup>5</sup> Vid., en este sentido, en MARTINO, *Arbiter*, Roma, 1986, pp.120 y ss; rec de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en SDHI, 1987, pp.447-451. Vid., con carácter general, sobre arbitraje: DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani*, en BIDR, 5, 1892, pp.49 ss; ARANGIO-RUIZ Y PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanenses*, V, en la *La parola del passato*, 10, 1955, pp.449 y ss; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz, 1957, pp.44 ss; CRIFÓ, *Arbitrato en Diritto Romano*, en *Enciclopedia del Diritto*, 2, 1958, p.893; TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958, 11, nota 26; LEMOSSE, *Rèflexion sur la conception romaine de l'arbitrage internationale*, en *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für R. Schmidt*, 1966, pp.341 y ss; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, p.5 y ss; BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano el arbiter ex compromisso*, Madrid, 1990, p.18; FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1, 1995, p.1; STEIN, *Roman arbitration: An English Perspective*, ILR, 29, 1-2, 1995, pp.1995 y ss; MARRONE, *Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana*, en *Roma y América, Diritto Romano Comune*, 1998, pp.57-73. GONZÁLEZ SORIA, *La intervención judicial en el arbitraje*, Madrid 1980.

<sup>6</sup> Vid. en, MARTINO, *Arbiter*, Roma 1986 y rec., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., SDHI, 1987, pp. 447-451.

## II. TIPOS DE ARBITRAJE

A grandes rasgos, y con el riesgo que supone toda esquematización de instituciones no contenida en las fuentes romanas, cabría distinguir los siguientes tipos de arbitraje:

- a) Arbitraje no formal, que consistiría en un mero pacto, no protegido por el pretor ni por la ley, que no produciría consecuencias jurídicas inmediatas y que se movería en el campo, por otra parte relevante, de la *fides* y de la moral ciudadana<sup>7</sup>.
- b) Arbitraje del *ius gentium*: era el correspondiente a la resolución de conflictos surgidos en la interpretación o aplicación de los pactos contraídos entre extranjeros y ciudadanos extranjeros entre sí, no previstos por el *ius civile*, pero sí reconocidos por el *ius pretorium*, a través de la vía de los mecanismos procesales de la *denegatio* y la *exceptio actionis*<sup>8</sup>.
- c) Arbitraje legal: así denominado por estar previsto en la legislación de las XII Tablas o en leyes posteriores<sup>9</sup>.
- d) Arbitraje compromisario, también denominado *merum arbitrium*. Tenía en Derecho Romano un marcado carácter contractual. Consistía en el pacto o compromiso, y de ahí el nombre, de someter la resolución de un conflicto *inter partes* a la decisión de un árbitro, el cual se compromete a dar su opinión sobre el asunto. A dicho pacto se añadían estipulaciones recíprocas, generalmente con cláusula penal, en

<sup>7</sup> Sobre el disfavor del pretor respecto de los arbitrajes no formales, vid., en MARRONE, *Sobre el arbitraje privado...*, cit., pág. 58, y sobre su, no obstante, amplia difusión, vid. en ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht...*, cit., pp.161 y ss. y en BUIGUES, *La solución amistosa...*, cit., pp.20 y ss.

<sup>8</sup> D. 2.14.7.4; P.S. 2.14.1; C.J. 4.65.27.

<sup>9</sup> Conforme al comentario realizado por Gayo, I, 4.17.a., al texto de las XII Tablas, II, I: "... *Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicium postulationem agit iussit. Idem fecit lex Licinniae, si de aliqua se communi dividenda ageretur. Itaque, nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur*".

XII T. , 1, 6.7: *in comitio aut in forum*, en opinión de DE MARTINO, la dicotomía *comitio-foro*, haría referencia a los distintos ámbitos de actuación de los jueces y de los *arbitri*, pues mientras que los *iudices* actuarían en el *comicio*, los árbitros lo haría en el foro.

Gai, I, 4.17a. y D.4.7.12 (Marc.14.inst). Cic, *pro Roscio* 4, 11 «... *aliud est iudicium aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae...*»

virtud de las cuales los intervinientes podían exigirse el contenido de la estipulación o el cumplimiento de la cláusula penal, para el caso de no colaboración con el árbitro en el desarrollo de su actuación o de no acatamiento de la sentencia o laudo arbitral. Es la regulación de este tipo de arbitraje compromisario, contenido básicamente en D. 4.8. “*Sobre los casos de responsabilidad asumida. Que los que asumieron un arbitraje dicten sentencia*”, el que en mayor medida ha influido en el arbitraje de Derecho moderno, conforme su ordenación legal en la Ley de Arbitraje de 1953, derogada por la Ley de Arbitraje de 1988<sup>10</sup>.

### III. TERMINOLOGÍA EN MATERIA DE ARBITRAJE

— *arbitrium merum*: esta expresión se suele identificar con el arbitraje compromisario.

— *arbitrium boni viri*: hace referencia a la decisión de una persona recta sobre un aspecto específico de una materia contractual, familiar o sucesoria. Así por ejemplo en D. 18,1,57 se menciona el caso de compra de una casa respecto de la que comprador y vendedor ignoran que ha ardidido. Si la casa hubiese ardidido en su totalidad o si es mayor la parte quemada que la ardidida, entiende el jurista Neracio que la compraventa no se ha perfeccionado, pero en el caso de que la mitad o menos hubiere ardidido, entonces ha de forzarse al vendedor a cumplir la venta, mediante estimación a arbitrio de un hombre recto. En este caso el tercero que decide el precio no es un *arbiter* en sentido estricto, sino un denominado *arbitrator*, de confianza de las partes, que resuelve conforme a criterios de equidad.

Por otra parte, si bien la decisión del *arbitrator* podría recurrirse ante un magistrado si se demuestra mala fe de éste, error manifiesto o grave injusticia, en los supuestos de laudo arbitral del arbitraje compromisario sólo cabe recurso ante el magistrado en los casos de mala *fides* del *arbiter*, a través de la fórmula de la *exceptio doli*. En este sentido en un texto de Paulo, contenido en D. 4.8.32.14 *in fine*, se afirma que el emperador Antonio Caracala, ante la consulta de un juez en un caso de esta naturaleza, respondió por rescripto que aun cuando no puede apelarse contra la sentencia de un árbitro, cabe en determinados casos oponer a la sentencia arbitral la excepción de dolo malo, por lo que por medio de esta excepción hay una cierta especie de apelación, por la que resulta lícito revocar la sentencia de un árbitro.

<sup>10</sup> A propósito de la distinción entre *arbitrium merum* y *arbitrium boni viri*, vid. en GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, Studi in onore G. Grosso II, Torino 1969; y BURDESE, *Diritto Privato Romano*, 3<sup>o</sup> ed. Torino 1987, p. 564.

— *arbitrium arbitri*: se corresponde con la expresión *arbitrium merum*, por lo que hace referencia al criterio arbitral sobre la cuestión encomendada a su decisión por las partes. Así por ejemplo se hace referencia al criterio arbitral en D. 4.8.44 cuando se afirma que, en un supuesto de controversia sobre los límites de unas fincas, si no se obedeció al árbitro en aquello que hubiese arbitrado en presencia de ambas partes, se incurriría en pena.

— *arbitrium iudicis*: se hace referencia con esta expresión a la discrecionalidad del *iudex* designado por el magistrado, para decidir un asunto, dentro del marco de su competencia.

— *arbitrium* o *compromissum plenum*: alude al arbitraje válidamente constituido sobre una o varias causas. Así se establece en D. 4.8.21.6, que se llama compromiso pleno al que está redactado sobre asuntos controvertidos, pues se refiere a todas las controversias pendientes; pero si se discute sobre una sola, aunque se haya hecho un compromiso pleno, subsisten, sin embargo, las acciones nacidas de las demás causas; porque es objeto de compromiso lo que se convino que lo fuera; pero es más seguro, si se quiere hacer un compromiso sobre determinado asunto, que sólo de él se haga mención en el compromiso.

— del sustantivo *arbiter* derivan asimismo otros números, términos y expresiones jurídicas como: *actiones arbitrariae*, *arbitrium tutelae*, *actiones arbitrariae*, *interdictum per formulam arbitrariam*, *arbitrium de restituendo*, *arbitrium honorarium*, etc.

#### IV. ARBITRAJE NO FORMAL Y ARBITRAJE DE *IUS GENTIUM*. EL PAPEL DE LA *BONA FIDES* Y DE LA EQUIDAD EN EL ARBITRAJE

El disfavor pretorio, legal y jurisprudencial de los primeros siglos del Derecho romano, respecto del arbitraje, contrastaría, en opinión de Marrone, con la probable difusión de su utilización. Llama la atención a este autor que el tutor no diera ninguna tutela a la mera convención por medio de la cual dos partes acordaban, extrajudicialmente, confiar a una persona determinada y de confianza común, la decisión de su controversia. No obstante, se trataba de un tipo de convención lícita, que merecía ser tenida en consideración y que, al menos con anterioridad a la creación del proceso formulario, ciertamente se habría difundido entre la gente de negocios y en cuya ejecución cada parte se remitía, no podía ser de otra manera a la *fides* de la otra<sup>11</sup>.

<sup>11</sup>. MARRONE, *Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana*. Roma y América. Diritto Romano Comune, cit., p. 58.

Este tipo de arbitraje no formal, acaba diluyéndose en el que se conoce de forma convencional como arbitraje de *ius gentium* que acaba siendo reconocido, sancionado y protegido en el marco de la jurisdicción pretoria, en un primer momento, para acabar siendo considerado, en determinados supuestos, como una institución del derecho civil.

El marco del debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los arbitrajes de buena fe, surgidos en una primera época en el marco del comercio con extranjeros y del convenio internacional, así como de los juicios de buena fe que se conformaron en un momento posterior, las divergencias de opinión oscilan entre las de aquellos autores que ponen el acento en la *fides* primitiva o los *mores maiorum*, a las de aquellos otros que lo hacen descansar en la jurisdicción de los pretores, la labor de la jurisprudencia, las *leges* o el *ius*. Se trata, en todo caso, de un problema complejo, como todos los de génesis agravado, en el supuesto que nos ocupa, por la inexistencia de fuentes concluyentes.

Los contrapuestos puntos de vista, no han logrado, no obstante, a mi juicio, arrumbar los postulados básicos de la teoría tradicional y mayoritaria en la doctrina, conforme a la cual de los *arbitria* nacidos en el ámbito de la protección otorgada por los pretores, a las prácticas e instituciones propias del tráfico comercial y del *ius gentium*, con fundamento no en el *ius* ni en las *leges*, sino en la *fides*, matizada en la nueva expresión de *bona fides* se habría pasado a su incorporación al *ius civile* como *bonae fidei*. Sería conveniente, sin embargo, deslindar entre aquellos juicios de buena fe correspondientes a figuras jurídicas propias de la comunidad política romana, como la *fiducia* o la tutela, en las que el *ius*, los *mores maiorum* o la labor creadora de la jurisprudencia, habrían cumplido un significado papel, y aquellas otras instituciones propias del tráfico comercial interno o internacional, terrestre o marítimo, como la compra-venta, *emptio-venditio*, consensual que es el *negotium ex fide bona contractu*, por excelencia, o con carácter general las denominadas *obligationes consensu contractae* en época clásica, que se habrían configurado en sus orígenes como negocios *iuris gentium*, sancionados en el seno del tribunal del pretor peregrino. A procurar el desarrollo de algunos de estos puntos de vista, van destinadas las páginas que siguen.

A grandes rasgos, las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales serían las siguientes:

1. Pactos convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del mercado interno libres de formalidades, y protegidos por la *fides* primitiva<sup>12</sup>.

2. Pactos, convenciones, acuerdos, etc., realizados en el marco del tráfico internacional y del *ius gentium*, libres de formalidades, y protegidos por una *fides*, ya evolucionada<sup>13</sup>.

3. *Pacta conventa* protegidos por el edicto pretorio, en la medida en que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico, a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, y que darían lugar en caso de dis-

<sup>12</sup> XII Tablas, I.6: «*Rem ubi pacunt, orato*». I. 7: «*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Cum perovanto ambo praesentes*». XII T., VIII, 2,: «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*»; Vid. sobre textos, ALBURQUERQUE, *Historia del «Pactum» antes del «Edictum»*: «*Pactum» como acto de paz en las XII Tablas*, Estudios-Homenaje al Prof. Álvarez Suarez, Madrid 1988, pp. 1107 ss.

Se consideran asimismo referencias al *pactum* en las XII Tablas los contenidos en las menciones D. 2.14.7.14: «*...De furtu pacisci lex permitit*», y AULO GELIO *Noctes Atticae*: 20.1.46-47:«*...Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent...*».

Sobre la relevancia de los pactos anexos a las *mancipationes*, a través de la vía del carácter vinculante de las *nuncupationes*, conforme al texto de las XII Tablas: «*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*», vid. en BURDESE, *Patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, V, 1993, esp. pp. 50 ss.

A mi juicio, la afirmación contenida en el texto de las XII Tablas reseñado, parece mostrar en definitiva, que lo importante no es lo que se pesa, sino lo que se dice, lo que supone la relegación del peso del metal y la constatación de que o bien se usaba con anterioridad, o bien las XII Tablas consagraron la introducción del dinero amonedado, lo que se manifiesta por ejemplo en la utilización de la expresión *nuncupata pecunia* en el sentido de dinero amonedado. La manifestación verbal se coloca en primer plano y cobra relevancia respecto al hecho real al que responde el fondo del negocio, vid. en este sentido, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El precio como elemento en la emptio-venditio romana*, Madrid, 1993, 3ªed., pp. 19 ss.

La relevancia concedida al *dictum*, con la consiguiente obligación de respetar y cumplir lo acordado en el ámbito del formalismo caracterizador de los primitivos negocios típicos y orales, como la *mancipatio* y el *nexum*, tendría su equivalencia en el papel reconocido a una noción al propio tiempo metajurídica, ética y social como es la *fides* en el marco de las relaciones de tráfico internacional, básicamente comercial en el que intervendrían los extranjeros. En el sentido expresado, afirma CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, p. 63, que el «*uti lingua nuncupassit, ita ius esto civi*» se transforma ahora, en las convenciones del tráfico internacional, para los contratos libres de formas en el «*uti convenerit fide praestata, ita ius esto*».

<sup>13</sup> MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, «St. Senesi» VI/1 (1890), p. 75 ss., VIII (1891), p. 3 ss.; G. DIOSDI, *Pacta nuda servabo?*, BIDR [1971], p. 89 ss.; MANENTI, *Pacta conventa*, «St. Senesi» (1915), pp. 203-225.



crepancias entre los intervinientes, al nombramiento de árbitros por los pretores *arbitria bonae fidei*, que darían su parecer, *aestimatio o arbitrium*, con arreglo a criterios de *aequitas y bona fides*<sup>14</sup>.

4. Trasvase de los *pacta-conventa* reconocidos y protegidos por los pretores peregrinos en su edicto, al edicto de los pretores urbanos y de éste al ámbito del *ius civile* como negocios *iuris gentium* de buena fe, respecto de los cuales se dirimirían las discrepancias que surgieran mediante *iudicia bonae fidei*.

5. Transformación de los negocios consensuales de buena fe y del *ius gentium* en la categoría de contratos consensuales (*obligationes consensu contractae*).

Avanzada la República, la intensificación del tráfico comercial, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, plantea la necesidad de protección por parte de los pretores de los acuerdos, pactos o convenciones propias del *ius gentium*, en atención a una serie de factores entre los cuales cabría mencionar los siguientes:

- a) No están sancionados por el *ius civile*, y, en consecuencia, no resultan protegidos por las *legis actiones*.
- b) Los no ciudadanos romanos no pueden acceder a los negocios propios del *ius civile*, como la *mancipatio* o la *stipulatio* y demás negocios formales, que constituyen el núcleo de la actividad negocial de contratación en los primeros siglos.
- c) El formalismo característico de los primitivos negocios típicos y orales, supone un lastre para las necesidades del tráfico comercial, que requiere por su propia naturaleza estar informado por los principios de agilidad, celeridad, libertad de formalidades, lealtad y buena fe en el trato, etc., lo que produce, como consecuencia, una contraposición entre libertad de negociación propia del *ius gentium*, equiparable en buena medida a la actual libertad de contratación, y la tipicidad contractual romana.
- d) La inexistencia de fórmulas procesales que protejan la observancia y cumplimiento de las prácticas negociales o convenciones realizadas en el marco del *ius gentium*.

<sup>14</sup>. FERRINI, *Sulla teoria generale dei 'pacta'* (1892), in *Opere*, III, Milano 1929, p. 248 ss.. Sobre la función histórica del *pactum*, vid. FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en Derecho Romano Clásico*, en *Estudios Homenaje a A. D'Ors*, Pamplona 1987, pp. 487-500.

Sobre el significado y origen del *commercium* (*cum merx*: con mercancías, negociación con mercancías) no hay suficiente acuerdo entre los romanistas. La tesis tradicional mantenida, entre otros autores, por Huvelin, de que el *commercium* provocó la aparición del *ius gentium*, siendo la primera manifestación de éste, en el sentido de derecho del mercado establecido en tratados internacionales (entre ciudades), ha sido discutida, entre otros, por Sautel, para el cual los tratados comerciales, salvo el caso de los celebrados con Cartago, no llevaban cláusulas comerciales. Sin embargo, a nuestro juicio, la tesis de Huvelin no resulta tan fácilmente rechazable como Sautel pretende, dado que la configuración de tribunales de *recuperatores*, y la antigua idea romana de la *reciperatio* son argumentos de mucho peso a favor de la probable existencia de una regulación de las reclamaciones surgidas en las relaciones con los peregrinos, y en especial comerciales.

Asimismo, la aparición de la moneda acuñada supone un evidente influjo en el mercado, al facilitar el desarrollo creciente del intercambio económico entre los pueblos; sin embargo, si bien en diversas fuentes literarias y epigráficas se hace referencia a la celebración de mercados regulares, cuyo origen parece muy antiguo, es corriente la afirmación de que es sólo a partir de la segunda guerra púnica cuando el pueblo romano entró en relaciones comerciales con las comunidades políticas del vecino Mediterráneo<sup>15</sup>.

Puede decirse, en definitiva, que la progresiva importancia de las relaciones comerciales entre Roma y los demás pueblos itálicos<sup>16</sup>, así como con otras comunidades políticas<sup>17</sup>, probablemente fue un factor decisivo en el origen y desarrollo de la *iurisdictio* del pretor peregrino<sup>18</sup> dado que el edicto pretorio vino a establecer el código de un nuevo ordenamiento jurídico basado en la economía monetaria del *ius gentium*<sup>19</sup>.

<sup>15</sup>. Con la aparición de la moneda acuñada comienza en Roma la historia de la moneda propiamente dicha, de la *pecunia numerata* (*quae numeratur*), con respecto a la cual, los romanos, tenacísimos conservadores de sus usos, por lo menos en sus primeros tiempos, conservaron la palabra *pecunia* para designarla, por haber sido precisamente el ganado (*pecus*) el primer denominador común de los cambios. Que el origen de *pecunia* viene de *pecus* está fuera de toda duda, pero sobre la posibilidad de que la derivación sea indirecta. Vid. THORMANN, *Der doppelte Ursprung de Mancipatio*, Múnaco, 1943, p. 103 ss.

<sup>16</sup>. TITO LIVIO: *Ab urbe condita*, VIII, 14.10: «*Ceteris Latinis populis conubia commerciaque et concilia Inter. se ademerunt*».

<sup>17</sup>. Vid. sobre este punto DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, Vol. II, Napoli, 1964, pp. 64 y 65.

<sup>18</sup>. Vid. sobre este tema, SERRAO, F., *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954.

<sup>19</sup>. Esta idea ha sido reiteradamente puesta de relieve por LOMBARDI en sus estudios sobre el tema: *Ricerche in tema de ius gentium*, Roma, 1947; *Diritto umano e ius gentium*, SDHI, 16, 1950, pp. 252 ss; *sub voce «Ius gentium»*, NNDI, IX pp. 381-382.

Los pactos o convenciones propios del *ius gentium*, producirían entre los intervinientes una vinculación en cuanto al cumplimiento de lo acordado, basado en la *fides*, la ética comercial y las costumbres y usos propios del tráfico<sup>20</sup> y por tanto no jurídica. Su reconocimiento, probablemente primero en los edictos de los pretores peregrinos y con posterioridad en los edictos de los pretores urbanos, habría supuesto la sanción de su juridicidad y la correspondiente protección procesal a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*, siempre que no se opusiesen en disposiciones legales, causaren daño a particulares o supusiesen una actuación dolosa o fraudulenta<sup>21</sup>.

El reconocimiento y protección de los pactos (*nuda pactio*) se establece en la cláusula genérica «*de pactis*» contenida en el Edicto pretorio, conforme a la cual no se considera a los pactos como fuentes de producción de obligaciones, exigibles mediante acciones, sino como modos de extinción de obligaciones a través de la *exceptio pacti* y de la *denegatio actionis*.

Tales pactos privados de forma, en los que encajan prácticas comerciales no sancionadas por el *ius civile*, son protegidos en el edicto pretorio a través de los mecanismos procesales de la *exceptio* y la *denegatio actiones* y mediante la concesión de *arbitria honoraria* para aquellos supuestos de discrepancia en la interpretación o aplicación entre los intervinientes en el pacto.

La libertad en la formalización de los pactos nos sitúa en la problemática del consensualismo en la época republicana, aspecto sobre el cual, como ha señalado Burdese<sup>22</sup>, existe un amplio debate, en el sentido de una total apertura o reconocimiento desde las XII Tablas al edicto pretorio, a la libertad o autono-

<sup>20</sup> Acerca de la asunción de las costumbres (*consuetudo, mos*) por los edictos de los pretores, vid. G. LOMBARDI, *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' (852[53]) nel Codice giustiniano*, in SDHI. 17 (1952) 31. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993.

<sup>21</sup> Cic., *De off.* III, 29, 92: «*Pacta et promissa semperne servanda sint. Quae nec vi nec dolo malo et praetores solent facta sint*». D.2.14.7.7 (Ulp., libro cuarto *ad edictum*): «*Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principium, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*». En opinión de CASAVOLA la fórmula edictal *pacta conventa servabo* se habría establecido como instrumento de control del orden público respecto a la libertad negocial, al efecto de que no se violasen legales, no se actuase dolosa o fraudulentamente y no se causase daño a particulares.

<sup>22</sup> BURDESE, *Sulle nozione..... cit.*, pp. 44. Observa, asimismo, este autor que los términos *pacere* y *pactio* son propios de las XII Tablas y de la época republicana, lo que no sucede con el término *conventio* poco utilizado en la República. Un síntesis de las opiniones doctrinales sobre el binomio *pactum-conventum* puede consultarse en ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano*, Córdoba, 1995, pp. 37 ss.

mía contractual, incluso más allá de una eficacia meramente obligatoria, que ha sido recientemente reconsiderada por Schiavone, Santoro, Melillo y Filippo Gallo.

La significación específica del *pactum* como convención o *pactum*, afirma Burdese, se ve clara en el binomio analítico *pactum conventum* (o *pacta conventa*) en el que los dos participios sustantivos aparecen en las fuentes unidos por las conjunciones *et* o *que* y que aparece también en la frase del edicto pretorio *pacta conventa...servabo* (Ulp. 2.14.7.7), bajo la rúbrica de *pactis (conventis o conventibus)*<sup>23</sup>.

Hasta que se produce el reconocimiento y protección en el edicto pretorio de los pactos convenidos, éstos se enmarcaban sólo en el ámbito de la *fides*, conforme a la cual se exigía el cumplimiento de los acuerdos y la lealtad a la palabra dada. La sanción pretoria de los pactos supuso la aplicación a los mismos de los criterios de la *bona fides* y la *aequitas* propias del *ius praetorium*<sup>24</sup>. La historia del *pactum* es por tanto anterior a la del contrato. Su génesis y desarrollo se habría producido en el marco del comercio, de la libertad de formas y de la consensualidad. La protección por el pretor de los pactos supondría, por tanto, un reforzamiento de la autonomía privada y de la libertad negocial<sup>25</sup>, en la medida en que los pactos que constituían su principal expresión no fuesen contrarios al Ordenamiento Jurídico. La Protección pretoria originaria de los pretores se habría desarrollado, en consecuencia, al margen del *ius civile*<sup>26</sup>. La protección de la consensualidad y de los pactos, habría constituido el camino

<sup>23</sup>. Vid. en BURDESE, *Sulla nozione...*, cit., pp. 43 ss., y la bibliografía allí citada. En contra, CANCELLI, «*Iudicia legitima*», «*arbitria honorariae*» «*advocatio*» di «*pro Quinto Roscio corroedo*» 5.15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, en *Atti del convegno "La giustizia tra i popoli nell'opera nel pensiero di Cicerone"*, Roma 1993, pp. 143 ss. Vid., asimismo, GUTIÉRREZ GARCÍA, *La palabra pacto en las fuentes literarias*, en *Estudios Homenaje a B.Reimundo*, II, Burgos, 2000, I, pp.433-440.

<sup>24</sup>. A la ponderación de la *aequitas* en los pactos se hace referencia en C.J. 2.3.12 (del 230 d.C.).

<sup>25</sup>. Respecto a la amplitud de contenido de los pactos: STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negóciale nell'esperienza tardo-repubblicana*. *Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della lettera Florentina*, Napoli-Roma 1990, 158 ss.

<sup>26</sup>. ALBANESE, '*Pactum*' e '*iudicatum*' in testi retorici, en *Brevi studi di diritto romano*, Palermo 1992, 9 s.; ARICO ANSELMO, *Partes iuris*, Palermo 1987, 6 ss.; STURM, *Wie sind Auctor ad Herennium 2. 13. 20 und Cicero, De inventione 2.22.68 zu aeuten*, en *Vorträge 28. deutch. Rechtshistorikertag*, Nijmegen 1992, 47 ss.; KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle in römischen Recht*, ahora en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, pp. 43 s.; VÉGH, *Ex pacto ius*, en *ZSS*. 110 (1993) 266 ss.

para la posterior asunción de esta idea en el *ius civile*, si bien de los *pacta conventa* recogidos en el edicto<sup>27</sup>, sólo cuatro pasaron a la categoría de contratos con su nombre específico, bajo la fórmula de *obligationes consensu contractae*, como negocios *iuris gentium*<sup>28</sup>.

Especial mención requiere la tesis de Magdelain acerca de los pactos y el consensualismo, debido a su originalidad y a la profusa crítica doctrinal provocada por su formulación<sup>29</sup>. Considera Magdelain que en el marco de una amplísima libertad o autonomía contractual en la República, el *edictum de pactis* pretorio otorgaría no sólo excepciones, sino también acciones para exigir el cumplimiento de determinados pactos. Para este autor, sólo a partir del momento en el que los juicios de buena fe derivados de los pactos correspondientes fueron asumidos por el *ius civile*, en los últimos siglos de la República, los pactos no integrados –salvo los *adiecta*, exigibles por medio de la acción correspondiente al contrato al que se agregan– producirían tan sólo el efecto de la excepción de cosa juzgada. Para este autor, en definitiva, la cláusula edictal referida en D. 2.14.7.7 constituye el anuncio y el antecedente de los futuros contratos de buena fe y juicios de buena fe contractuales<sup>30</sup>.

La teoría de Magdelain resulta aceptable, a mi juicio, especialmente en la medida que pone el acento en la importancia de la consensualidad en el marco de los pactos y negocios del *ius gentium*, así como en el papel jugado por el *ius praetorium* en su reconocimiento y posterior asunción por el *ius civile*.

Por otra parte, a la amplísima extensión de la cláusula *ex fide bona* se refiere Quinto Mucio a fines de la República, cuando afirma en Cic., *de officiis*

<sup>27</sup>. Acerca de la probable exigibilidad desde Quinto Mucio de las obligaciones derivadas de los pactos, vid. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit. En opinión de BURDESE, *Ius, consuetudine, pactum ius e res*, SDHI, 1995 pp. 707 ss., no resulta aceptable, en época ulpianiana, la correlación entre la *actio praescriptis verbis* y la cláusula pretoria *de pactis*.

<sup>28</sup>. Para GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *Corso di Diritto Romano*, I, Torino, 1992, esp. pp. 60 ss, de Cic., *pro Caec.* 18, 51 cabría deducir la existencia de *formulae (iudicii formula)* para los *pacta conventa*.

<sup>29</sup>. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans L'Edit du preteur*, Paris 1958; Id. *Les actions civiles*, Paris 1954; Id. *Gaius IV 10 et 33: Naissance de la procédure formulaire*, Tij: 59, 1991, pp. 239 ss.; Una apretada síntesis de la revisión crítica realizada por la doctrina de la teoría de Magdelain, puede verse en ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano*, cit., pp. 43 ss.

<sup>30</sup>. Vid. sobre este último aspecto la crítica de TALAMANCA en *La storia dell'edictum de pactis*, Labeo, 6, 1960, pp. 278 ss; Id. *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani; Stud. Droit Romain et sa réception en Europe*, pp. 195-266, Varsovia 1978.

3,17 que tienen gran fuerza los juicios arbitrales (*ius arbitris*) a los que se añade la cláusula *ex fide bona*. En opinión de Schiavone, la cita de Mucio no es reducible a los *libri iuris civilis* o al *liber singularis oron*. Sabemos que antes de su gran obra jurídica, Quinto Mucio había trabajado sobre la noción de buena fe, en el edicto del procónsul de Asia (94 a.C.), en una época en la que Quinto era ya un prestigioso jurista, y en la que Cicerón considera su actuación como gobernante como un modelo organizativo provincial. Para Schiavone la *bona fides* en Quinto se configura como un paradigma ideal, y si para los *veteres*, en particular, para Quinto Mucio, la *bona fides* era un principio material que regía en el campo de las relaciones contractuales, respecto de los que se hablaba de una *interpretatio bonae fidei*, para la nueva jurisprudencia la *bona fides* es un elemento de determinadas fórmulas procesales, es decir, de los *bonae fidei iudicia*, que en atención a la cláusula *ex fide bona*, dan al juez poderes que les faltan en otros juicios<sup>31</sup>.

La consideración de la *bona fides* como un principio general de todo el Ordenamiento Jurídico no llega a producirse en Derecho Romano, pero sí tiene lugar, como ya hemos señalado una evolución expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador inherente e integrador de toda la materia contractual. Así, Javoleno habla de la buena fe en lo convenido<sup>32</sup>. Trifonino de la buena fe en los contratos<sup>33</sup>, Paulo nos dice que en todo contrato debe darse la buena fe<sup>34</sup>, y en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiano del 290, se indica que debe ponderarse la buena fe en los contratos<sup>35</sup>.

La *bona fides* explica, al decir de Bonfante, que Roma haya sido tan fecunda en la creación jurídica. Así, por ejemplo, la formulación de las diversas teorías de los actos de emulación en el medievo, el uso normal de los derechos de Ihering, la necesidad social de Bonfante, o el actual abuso del derecho (formalmente introducido en España por sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas, y de ahí ha pasado al art. 7.1º del Código Civil, conforme a la reforma del Título Preliminar de 1974) han sido realizadas

<sup>31</sup>. SCHIAVONE, *Giurista e nobili nella Roma Repubblicana*, Roma-Bari 1992.

<sup>32</sup>. D.19.2.21 (IAVOLENUS, Libro XI, Epistolarum): "...bona fides exigit, ut, quod conventum...".

<sup>33</sup>. D.16.3.31.pr. (TRYPHONINUS, Libro IX, Disputationum): "... bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat...".

<sup>34</sup>. D.17.1.59.1 (PAULUS, Libro Responsorum): "...quum in omni contractu bonam fidem praestare debeat".

<sup>35</sup>. C.J., 4.10.4 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Liciniae, 290): "bonam fidem in contractibus considerari aequum est".

tomando como base (incluso terminológica) inmisión (*inmissio*); actos de emulación (*aemulatio*); mal uso o abuso de un derecho (*mala nostro iure uti non debemus*); buena fe, utilidad pública y equidad como criterios correctores de derechos (*bona fides, utilitas publica y aequitas*); intención de perjudicar (*animus nocendi*); excepciones o remedios frente a la actividad contraria a la buena fe o dolosa (*exceptio doli*) textos de la compilación justiniana<sup>36</sup>. La expansión de la buena fe no se ha interrumpido hasta la actualidad, y hoy la buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y contribuyen como decisivo instrumento de integración<sup>37</sup>. La buena fe, como observa Díez-Picazo, implica el comportamiento leal en la formación y en el desarrollo de las relaciones jurídicas, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones<sup>38</sup>, y podemos hablar de buena fe, señala José María Miquel, como parte de los supuestos de hecho de las normas y de buena fe como criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar de algún modo las existentes<sup>39</sup>.

Podríamos decir, en consecuencia, que ya en el Derecho Romano, la progresiva incorporación al Ordenamiento de conceptos como *bona fides, boni mores, aequitas, fraus, dolus malus*, etc., supuso una ampliación de la discrecionalidad judicial y jurisprudencial, por la vía de interpretación, con toda la carga de creación que tiene en sí misma toda *interpretatio*, frente al legalismo formalista y su vertiente empobrecedora y asfixiante<sup>40</sup>.

La *bona fides* romana propia del *ius gentium*, que nace como modelo, arquetipo de conducta social, categoría de la moral social y exigencia personal de ética jurídica, acaba constituyéndose en el derecho actual como un concepto jurídico indeterminado y principio general informador de todo el Ordenamiento Jurídico, por lo que la actividad del pretor romano por diversos caminos, se convierte en definitiva en el modelo de la jurisprudencia europea sobre la buena fe.

<sup>36</sup> BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1956, pp.57 y ss, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Prólogo al libro *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho Romano*, Córdoba, 1999, pp.9-12.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe*, 3ª ed., Madrid, 2000, p. 22.

<sup>38</sup> Díez-PICAZO, Prólogo de la obra "*El principio general de buena fe*" de Wieacker, cit., pp. 9 a 23.

<sup>39</sup> MIQUEL, J.M., "*La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil*", Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXIX pág. 11 y MIQUEL y DE ANGEL en "Comentarios al art. 7 del Código Civil", en «Comentarios al CC» dirigidos por R. BERCOVITZ, Díez-PICAZO, PAZ-ARES y SALVADOR, I, 1991.

<sup>40</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, trad.J.L.Carro, Prólogo de L.Díez-Picazo, Madrid 1982, pp.40 y ss; 49 y ss; 81 y ss.

La *fides bona* habría constituido el elemento esencial de los *pacta conventa* realizados en el marco de la contratación con extranjeros, y el más frecuente de estos *pacta* tendría la forma de *pactum vendendi emendi*, un pacto en lo que uno vendía y otro compraba. Este pacto tendría como punto de cohesión la *conventio* o *convenire de pretio*, es decir, el acuerdo sobre el precio, el dar a cambio de un precio, *venum dare*, de donde se derivaría la palabra *vendere*, entrega de cosas a cambio de un precio. El *venum dare* se completaría con el *emere*, en la forma *emptus*, que significaría aprehender mediante contraprestación. Estos pactos se realizarían originariamente entre extranjeros o entre romanos y extranjeros, y serían con posterioridad protegidos en el marco del edicto de los pretores peregrinos<sup>41</sup>.

Cuando el pretor, escribe Cannata, acoge en el edicto estos negocios del tráfico internacional –surgidos de la *conventio* y basados en el *fidempraestari* recíproco– reconduce el reconocimiento jurídico de los mismos al ámbito de su tutela jurisdiccional y, con ello, a la esfera del proceso y del *oportere* procesal... estamos, por tanto, ante un *oportere* no *ex lege (iure civile)*, sino *ex fide*<sup>42</sup>.

En el Edicto del Pretor peregrino se sancionarían los *pacta conventa*, realizados con base en la *bona fides* y singularmente, el *pactum vendendi emendi*, entre un comprador y un vendedor. Tales pactos darían lugar a una *exceptio* o, en su caso, *denegatio actionis*, así como a la posibilidad, en caso de discrepancia, de que el pretor sancionare un *arbitrium*, que consistiría en una exigencia de cumplimiento de todo lo que pudiera derivarse de la buena fe en el nacimiento, desarrollo, interpretación y ejecución del pacto, y que sería conocido por uno o varios árbitros nombrados por el pretor, probablemente a propuesta de los intervinientes en el pacto, que podrían exigirse recíprocamente todas las consecuencias de dicha *bona fides*.

Cuando en un momento posterior, se funden los edictos del pretor urbano y del pretor peregrino y se reciben en el *ius civile* instituciones del *ius gentium*, a través de la vía del edicto de los pretores peregrinos, los *arbitria* propios de los *pacta emendi vendendi*, se transformarían en *iudicia bonae fidei*, en accio-

<sup>41</sup> Vid., LOMBARDI, *Diritto Romano e ius gentium*, SDHI, 1950, pp.254 y ss., sobre pactos de compraventa propios del *ius gentium*, protegidos en el marco de la jurisdicción del pretor peregrino; GALLO, *Sobre el papel innovador de los pretores y la consideración del ius pretorium u honorarium*; para Quinto Mucio, vid., en GIUFFRÉ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su "ius civile"/"ius honorarium"*, Napoli, 1993; PAPA, G., *L'officium del praetor nella produzione e applicazione del diritto*, 1997, SDHI, 1998, pp.634 y ss.

<sup>42</sup> CANNATA, *Sulla divinio obligationem nel diritto romano repubblicano e classico*, IURA, 21, 1970, pp.63 y ss.



nes de buena fe, mediante las cuales las partes podrían exigirse recíprocamente todo aquello que habían convenido y todo lo que, sin haberlo expresamente acordado, pudiese derivarse de la *bona fides* exigible a los negocios.

La labor pretoria llegó a ser de tal importancia que pudo afirmarse en un texto del Digesto, D. 1.1.7.1: “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adivandi vel supplendi vel consigendi iuris civilis gratia...*”<sup>43</sup> conforme al *ius strictum* o *ius legitimum* no cabría una interpretación que fuera más allá de lo específicamente establecido en la ley o expresamente acordado por las partes. La introducción de la *aequitas* y la *bona fides*<sup>44</sup> por la jurisdicción pretoria supuso la introducción de criterios de ponderación, integración, supletorios, creadores, de atenuación del excesivo rigor o analogía en la interpretación y aplicación de la ley y los negocios, en atención a circunstancias tanto objetivas, como subjetivas<sup>45</sup>. Como afirma Gallo, el período de aplicación del derecho formulario coincide con la preeminencia en la realización del *bonum et aequum* en los casos concretos, respecto a las enunciaciones de las normas generales y abstractas, respecto de las cuales el pretor no consentía, con la *denegatio actionis* o la *exceptio*, la aplicación del derecho en vigor, o bien indicaba, en su lugar, para la aplicación, un *ius* diverso del establecido, cuando el primero no respondía en el caso concreto, al criterio del *bonum*, comprensivo también del *aequum*.

El período del procedimiento formulario habría sido, en definitiva, el de la preeminencia del *bonum et aequum* en los casos concretos, respecto a la enunciación de las normas generales y abstractas<sup>46</sup>.

A la constante tensión que ha existido en todas las etapas históricas, en relación con la interpretación y aplicación de la ley, se refiere Wieacker, cuando afirma en su conocido estudio sobre la buena fe que si se suprimiese la tensión entre el *ius strictum* y el judicial *ius aequum* existente en todas las gran-

<sup>43</sup> D.1.1.7.1 (PAPINIANUS, libro segundo definitionum).

<sup>44</sup> PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, Gesammelte Abhandlungen, I, Heidelberg, 1961, pág.165. Con carácter general la *aequitas* parece afectar circunstancias básicamente objetivas, y la *bona fides* a la conducta o comportamiento de los intervinientes.

<sup>45</sup> D.50.17.192 (MARCELLUS, libro vicencino nono digestorum): “*sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius es quam tutius*”; D.50.17.56. (GAIUS, libro tertio de legatis ad edictum urbicum): “*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*”.

<sup>46</sup> D.2.14.1.pr. (ULPIANUS, libro IV ad Edictum): “*...Huius Edicti aequitas naturalis est...*”; D.13.4.4.1: (ULPIANUS, libro XXVII ad Edictum) “*...In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est...*”; C.J.2.13.12 (del 230): “*Pacta novissima servari oportere, tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat...*”.

des culturas jurídicas (*ius civile* y el derecho pretorio, Common Law y Equity), se llegaría a una terrible simplificación de la equidad tan débil como totalitaria, que caracterizó al Derecho bizantino y también a un pasado no muy lejano<sup>47</sup>.

Pues bien, en el marco de los *pacta conventa*, enmarcadas en la órbita del *ius gentium* y reconocidos y protegidos en el Edicto del pretor peregrino, las discrepancias en la interpretación o aplicación del pacto, darían lugar, como ya ha sido señalado con anterioridad, al nombramiento de un *arbiter* por parte del pretor, quizás a propuesta de los intervinientes, que darían su opinión, *arbitrium*, con un margen amplio de discrecionalidad con arreglo a criterios de equidad y buena fe<sup>48</sup>.

En D. 19.1.38.1., se hace referencia a un pacto en el que un vendedor se ve obligado a sustentar durante un cierto tiempo al esclavo vendido y exige del comprador una indemnización para los gastos que éste le ha causado. La indemnización se fijará a través de un *arbitrium*, que haría necesaria la decisión tomada al respecto por un *arbiter*<sup>49</sup>.

Pues bien, el origen de este *arbitrium* se atribuye al jurista Sextus Aelius Paetus Catus, cónsul en el 198 a. C., que hizo un comentario a las XII Tablas y a Druso, cónsul en el 144 a. C. Es decir, que estos dos juristas, Sextus Aelius y Drusus opinarían que en el caso de un problema de compraventa, relativo a una indemnización de gastos de la cosa, en poder del vendedor hasta el momento de la entrega, por causa del comprador, la cuestión debe resolverse a través de la vía de un *arbitrium*. Si mantenemos la postura que aquí podríamos estar ante un arbitraje privado encargado por el magistrado, habría que aceptar que en el siglo II a. C. existía la posibilidad de resolver un problema derivado de una compraventa, no a través de un *iudicium*, sino de un *arbitrium*, lo que supondría una mayor flexibilidad y una especial valoración de la conducta existente. Quizás podría también pensarse que en el texto se estaría haciendo mención a un pacto *emendi vendendi*, en el que el árbitro cumpliría una función estimatoria, valorativa, y que el *arbitrium bonae*

<sup>47</sup> Vid. en GALLO, *Un novo approccio per lo studio del ius honorarium*, SDHI, 1996, pp.39-40; Id., "L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto", *Corso di Diritto Romano*, Torino, 1997, pp.67 y ss.

<sup>48</sup> WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit, pág.96.

<sup>49</sup> D.19.1.38.1 (Celso, libro octavo digestorum): "Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipio traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitem posse servari. Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia".

*fidei* constituiría un antecedente de las acciones de buena fe de contrato de compraventa<sup>50</sup>.

Acercas del carácter unipersonal o colegiado del número de árbitros se hace referencia en un texto del Digesto en el que se establece que aunque cabe que sea por el número de árbitros, suele y conviene que sea impar, a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponerse de acuerdo, en D. 4.8.17.

La problemática que se plantease en el marco de los *pacta conventa* de buena fe y del *ius gentium*, se resolvería a través de la vía del arbitraje privado y una vez que estos pactos han sido sancionados y protegidos en el edicto del pretor peregrino, éste intervendría en el nombramiento del árbitro, el cual decidirá mediante un *arbitrium* o *aestimatio*. La tesis de que las nociones de la buena fe y del *aequum et bonum* ha penetrado a través de los arbitrajes privados en la jurisdicción pretoria y de ahí se habría producido la derivación en *iudicia bonae fidei* ha sido básicamente sustentada por Broggin<sup>51</sup> y se ha convertido en mayoritaria en la doctrina<sup>52</sup>. Por el contrario para otros autores<sup>53</sup>, los *iudicia bonae fidei* no responden a una creación pretoria, sino que han sido siempre civiles, al estar fundamentados en el *ius*, la *fides* contractual o los *mores maiorum* y su creación no ha sido obra de los pretores, sino más bien labor de la jurisprudencia<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Vid. En relación con el origen del concepto del contrato en relación con el *consensus*, BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, en *Atti del Seminario sulla problemática contrattuale in Diritto Romano I*, Milano 1988 pp. 18 ss; *Id Recenti prospettive in tema di contratti*, en *Labeo*, 38, 1992, pp. 215 ss; LABRUNA, *Plautio, Manilio, Cato: premesse allo studio dell'emptio consensuale*, *Labeo*, 14, 1968, pp. 24 ss.

<sup>51</sup> BROGGINI, "*Index arbiterve*", cit.

<sup>52</sup> Vid. una amplia exposición de la controversia doctrinal, en KASER y HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München 1996, pp. 153 ss. Partidarios del origen pretorio de los *iudicia bonae fidei* se muestran, entre otros autores, con diversos matices, LOMBARDI, *Dalla fides a la bona fides*, Milano 1961; WIEACKER, *Zum Ursprung der "bonae fidei iudicia"*, *ZSS*, 80, 1963, pp. 1 ss; FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en Derecho Clásico*, cit., pp. 487-508; WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., pp. 78-81; CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, cit., pp. 56-72.

<sup>53</sup> Para D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, cit. Las acciones *bonae fidei* fueron siempre civiles. En el mismo sentido, PARICIO, *Sobre el origen y naturaleza de los bonae fidei iudicium*, en *Estudios en Homenaje a Benito Reimundo II*, pp. 189-197, que el magistrado se limitó a recibir en el Edicto unas acciones que ya eran *ius*, basadas en la *fides* y en la costumbre. Sobre el papel de la jurisprudencia en las acciones de buena fe en el edicto pretorio, vid. CREMADES, *El officium*, en el *Derecho privado romano*. León, 1988, pp. 125 ss.

<sup>54</sup> Vid. al respecto en FUENTESECA, *Visión procesal...* cit., pp. 508-516.

A mi juicio, en el origen de los *iudicia bonae fidei* estaría la jurisdicción del pretor peregrino, que habría acogido y protegido en su edicto, *pacta conventa*, basados en la *bona fides* y en la *aequitas*, y propios del tráfico comercial internacional. Los conflictos en la interpretación o aplicación de estos pactos habrían dado lugar a *arbitria bonae fidei*, en los que el árbitro exigiría a las partes todo lo derivado de la *bona fides negotia* –*quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*– lo que supondría una *aestimatio* del daño, del gasto, etc., y, en consecuencia la necesidad de tener en cuenta todos aquellos aspectos que supusiesen una derivación de la *bona fides*, como compensaciones, pago de intereses, falta de diligencia, prohibición de ir contra los propios actos –*venire contra factum proprium*– etc. Dicha valoración propia de los *arbitria bonae fidei* habría sido asumida primero como criterio valorativo de los *arbitria* en el edicto del pretor urbano, y posteriormente asumido en los *iudicia bonae fidei* en que se transformaron tales *arbitria*.

Uno de los más paradigmáticos *pacta conventum*, el *pactum vendendi emendi*, se habría integrado, en consecuencia, primero en la esfera del edicto del pretor urbano y con posterioridad habría formado parte, junto con otros pactos o convenciones *iuris gentium*, la categoría de *obligationes consensu contractae* cuya sanción se produciría a través de los *iudicia bonae fidei*. No todos los pactos *iuris gentium* se transformaron en contratos con *nomem contractus* y *actio específica*, *nomem actionis*, lo que supuso que los pactos no transformados en tipos integrados en categorías contractuales específicas, continuaron siendo protegidos a través de las vías de la *exceptio pacti conventi* y de la *denegatio actionis*<sup>55</sup>.

En las *actiones bonae fidei*, como señala Wieacker, y ya en conclusión, nacidas probablemente como una creación pretoria en la época preclásica e integradas en el *ius civile* en la época clásica, la peculiaridad no residía en el *imperium* del pretor, sino en el margen de discrecionalidad que la indeterminación de la orden de condena –*quidquid dare facere oportet ex fide bona*– concedía al juez<sup>56</sup>. En semejante sentido, y en palabras de Burdese, resulta innegable el reconocimiento, entre los siglos III y I a. C., de la tutela procesal, probablemente en la jurisdicción del pretor peregrino antes que en la del pretor urbano, trámite

<sup>55</sup>. Vid. en relación con la formación de la idea de contrato, el influjo de la elaboración de conceptos y de una teoría para la enseñanza, en DE LOS MOZOS, J.J., Seminarios Complutenses 1994, pp. 103 ss. En relación con las ideas de *consensus* y *conventio* en los contratos, vid. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, in *Contractus e pactum*, cit., pp.56 y ss; Id., "Conventio" e "stipulatio", in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, *Atti del convegno di Diritto Romano, Siena, 14-15, aprile, 1989*, Napoli, 1991, pp.163 y ss., Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, pp.106 y ss.

<sup>56</sup>. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit., p. 52.

concesión de *arbitria honoraria* como parece calificarlos Ciceron (*pro Roscio* Com. 5. 15), de figuras causales de meras convenciones obligatorias que llegaron a constituir la categoría gayana de las *obligationes consensu contractae*, que van típicamente individualizándose y concretándose en la praxis negocial y judicial, con la ayuda de la elaboración jurisprudencial<sup>57</sup>.

## V. ARBITRAJE LEGAL

La más antigua mención del término *arbiter* se contiene en las XII Tablas, en el texto que hace referencia a la *legis actio per iudicium arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el caso de división de herencia se designará un árbitro. La actuación del árbitro en este caso obedecería a la división. En la ley Licinia del 210 a. C., la designación del *arbiter* se producirá en todos los casos de división de una copropiedad, en los que no hubiese, como podría suceder en la división de herencia, acuerdo entre los condominios. A estos supuestos de división de herencia o cosa común se hace referencia en las Instituciones de Gayo. Supuestos de arbitraje legal serían, asimismo, aquellos casos a los que se hace referencia en Cicerón *pro Roscio* 4.11., en los que se afirma que en el caso de reclamación de una deuda indeterminada o de un *incertum* se procedería al nombramiento de un árbitro.

Pero además del arbitraje legal caracterizado por el hecho de que está previsto por la Ley, y se concede al árbitro una amplia discrecionalidad en su decisión, si bien, a mi juicio, no podría decidir al margen de la legalidad vigente, la institución del arbitraje tiene un campo de actuación más natural como técnica de resolución de conflictos, basada en la autonomía de la voluntad de las partes, y que recibiría la denominación de arbitraje compromisario el cual, al igual que se había caracterizado el arbitraje del *ius gentium*, se conformó como un arbitraje de equidad.

Conforme al arbitraje de equidad el árbitro decidía originariamente conforme a su leal saber y entender, si bien con posterioridad se establece que debe tener en cuenta criterios de conducta o comportamientos propios del caso concreto. Se produce, asimismo, un progresivo acercamiento entre el arbitraje legal, el de *ius gentium* y el compromisario, en materia de actuaciones y garantías, en relación con el proceso ordinario<sup>58</sup>.

<sup>57</sup>. BURDESE, *Patto, convenzioni e contratto in diritto romano*, cit., pp. 43-44.

<sup>58</sup>. Vid. en BROGGINI, *Index Arbiterve*, cit.; TALAMANCA, *L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano*, Labeo 1974, pp. 83-104.; MARTINO, *Arbiter* cit., MERCHAN, *El arbitraje*. Estudios histórico-jurídicos. Sevilla, 1995.

## VI. ARBITRAJE COMPROMISARIO

Consiste, como ya ha sido señalado, en un acuerdo, entre dos o más personas entre las que existe una controversia, consistente en presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como en colaborar en la instrucción del arbitraje conforme al criterio arbitral y en cumplir lo decidido por el árbitro. Los términos del acuerdo compromiso tenían la naturaleza de pacto, *nudem pactum*, que habría tenido en principio la protección propia de cualquier pacto no contrario a la ley. A través de la vía de la *stipulatio* común o de la *stipulatio poenae* se produce un reforzamiento en el cumplimiento de los términos del pacto compromisario o de arbitraje. El incumplimiento de la *stipulatio* daría lugar a la exigibilidad del contenido de ésta, por medio del ejercicio de la *actio ex stipulatu*.

Técnicamente, el convenio mediante el cual dos o más personas acuerdan someter un conflicto a arbitraje se llama *compromissum*<sup>59</sup>. Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia, se sanciona por el pretor desde finales del siglo II a. C. mediante un *edictum de receptis*, de modo que si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, sí puede forzarle indirectamente a ello a través de la vía de la multa o el embargo. A su vez la exigibilidad del pacto de compromiso deriva del *edictum pactis* que prevé el cumplimiento de los mismos a través de las vías de la *exceptio* y la *denegatio actionis*. A su vez, el convenio de compromiso solía reforzarse mediante una estipulación penal, conforme a la cual la no aceptación de la decisión arbitral o la no colaboración con las indicaciones del árbitro relativas al desarrollo del procedimiento, supone el pago de la pena pecuniaria correspondiente.

El reconocimiento jurídico del pacto compromisario de arbitraje no se produce, no obstante, de forma directa, quizás en evitación de la competencia que suponía para el procedimiento ordinario oficial, el hecho de que las con-

<sup>59</sup> Vid. en TALAMANCA, *Ricerche in tema di Compromissum*, Milano 1958; PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso*, RIDA, 1984, pp. 283 ss.; LINARES, *Compromissum y receptum arbitrii. Derecho de obligaciones*. Homenaje al Prof. Murga, Madrid, 1994; Id. *La poena compromissi en nuestro Derecho Histórico*, SCDR, 6, 1994, pp. 83 ss.; BUHIGUES, *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el arbiter ex compromisso*, cit.; LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulae*. Studi in onore di S. Riccobono, II, Palermo, 1936; D'ORS, *La experiencia histórica del arbitraje jurídico*. Cuadernos informativos de Derecho Histórico, 15-16, Barcelona, 1993; VALIÑO, A., *Del arbitraje en Els "Furs de Valencia" y sus similitudes con la regulación romana*. Valencia, 2002.

troversias pudiesen resolverse a través de la intermediación de un tercero que actuaría como árbitro al margen del poder establecido, si bien el carácter arbitral, en buena medida, del proceso formulario, en el que las partes eligen o intervienen de manera decisiva, en la designación del juez, habría producido como consecuencia una menor necesidad de la institución arbitral, en relación con la sentida en la época del proceso de las *legis actiones* y la *cognitio extraordinaria*.

De manera indirecta el reconocimiento del pacto compromisorio se habría producido a través de la vía de la *stipulatio poenae*, que se considera de creación jurisprudencial, y del *edictum de receptis*, de creación pretoria, mediante el cual el pretor ejercita un poder coercitivo frente al árbitro que se niega a dictar sentencia, por medio de la imposición de una multa o de la toma en prenda de un objeto de su pertenencia. La *poena compromissi* en nuestro derecho histórico ha sido estudiada por Linares, quien ha destacado asimismo la prevalente naturaleza contractual del convenio de compromiso romano<sup>60</sup>.

Además de las *stipulationes*, se puede dotar de eficacia práctica el *compromissum*, depositando el objeto de la controversia en manos del propio árbitro, conforme han señalado diversos autores. El supuesto está previsto en D. 4.8.11.2. La posibilidad de un *compromissum sine poena* es considerada admisible por Buhigues<sup>61</sup>.

Si bien lo normal sería el acuerdo de las partes relativo a la elección de árbitro cabría, al igual que sucede en el derecho actual, una formalización judicial del arbitraje bien a petición de las partes o bien ante la imposibilidad de acuerdo de las mismas sobre la designación de árbitros.

Las estipulaciones que se añaden al pacto de compromiso tienen un carácter accesorio respecto de éste, de modo que si el pacto resulta ineficaz bien sea por falta de capacidad de las partes o del árbitro, la estipulación deviene ineficaz.

El pacto de compromiso puede tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las parte, al igual que se establece en la vigente Ley de Arbitraje de 1988, que supuso una superación del objeto previsto en la Ley de Arbitraje Privado de 1953, que limitaba su ámbito de aplicación a los asuntos de Derecho Privado. Excepcionalmente, no pueden

<sup>60</sup>. LINARES, *Notas sobre la poena compromissi en nuestro derecho histórico*, cit., pp. 89-92.

<sup>61</sup>. BUHIGUES, *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano*, cit., pp.211 ss.

ser objeto de arbitraje, conforme se establece en D. 4.8.6 y 7: los delitos cuya condena supone infamia, los asuntos sobre los que exista una acción pública, por ejemplo un asesinato, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguibles mediante acciones populares.

Los asuntos más comunes que las partes someten a arbitraje son, conforme a las noticias de las fuentes, los relativos a propiedad, tutela, posesión, elecciones, prestamos, linderos entre fincas etc.

Como señala Labeon, D. 8,3,pr. 1, el pretor no puede obligar a nadie a asumir la función de árbitro, porque ello es libre e independiente, sin embargo, si alguien acepta desempeñar el arbitraje, el asunto queda sometido a su cuidado y solicitud, y debe dictar sentencia.

A partir de la época clásica se produce una progresiva reglamentación del arbitraje, que lo aproxima en materia de garantías al proceso ordinario, y entre los que cabe destacar las siguientes:

- a) La ley prohíbe que quien es juez asuma el arbitraje de un negocio, respecto del que esta conociendo como juez; D. 4.8.9.2
- b) Excepcionalmente, cabe que el pretor prorrogue al árbitro el plazo para dictar sentencia (D.4...8.12). Asimismo se establece que si el árbitro jura que aún no está bastante clara la causa para él, se le da tiempo para sentenciar (D. 4.8.13.4). Si el compromiso se hizo sin señalar plazo para dictar sentencia, es absolutamente necesario que el árbitro fije un plazo con el consentimiento de las partes (D. 4.8.14).
- c) Se establece una serie de causas conforme a las cuales el árbitro puede excusarse de cumplir su función: si hubiese sido difamado por los litigantes, si hubiese enemistad grave entre él y los litigantes, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público etc. (D. 4.8.15)<sup>62</sup>.
- d) Se recomienda que el número de árbitros sea impar, dado que aunque disientas, será más fácil obtener una mayoría. Si son dos los árbitros elegidos, y no se ponen de acuerdo, el pretor los obligará a elegir un tercero determinado, cuya autoridad se acate (D.4.8.17,6-7).

---

<sup>62</sup>. Vid. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso. Sanción contra el árbitro que no dio sentencia*, RIDA, 1984, pp. 283 y ss.



- e) El árbitro puede corregir los errores en que incurra antes de dictar sentencia, pero no después de haberla dictado (D. 4.8.20).
- f) En los casos previstos, el árbitro puede prorrogar el plazo para dictar sentencia de palabra, por mensajero o por carta (D.4.8.27).
- g) La sentencia dictada sin estar presentes los litigantes no será válida, a no ser que en el compromiso se haya establecido expresamente que la sentencia sería válida aunque uno o dos de los compromisarios estuvieran ausentes (D. 4.8.27.5). Si alguno de los compromisarios presentes impide que el árbitro dicte sentencia, incurre en la pena prevista (D. 4.8.27.7).
- h) Si alguno de los que hubiere sometido un asunto a compromiso, lo plantease ante el juez, podrá hacerlo, pero incurrirá en la pena prevista en la estipulación (D.4.8.30).
- i) Cuando un árbitro resulta ser enemigo de uno de los litigantes y es interpelado con prueba para que no dicte sentencia, si no obstante hubiese persistido en dictar sentencia, el emperador Antonio Caracala estableció *pro rescripto* que si bien no resulta lícito apelar la decisión de un árbitro, sí cabe por parte de la persona lesionada por la actuación arbitral, oponer la excepción de dolo malo frente a la reclamación de la pena (D. 4.8.32.15)
- j) La resolución del árbitro debe limitarse al objeto de la controversia prevista en el compromiso: a ningún árbitro le es lícito, se establece en D. 4.8.32.16, ir más allá de lo previsto en el convenio de compromiso. Así pues, no podrá el árbitro resolver lo que quiera, ni sobre cualquier asunto, sino respecto del que es objeto del compromiso y hasta donde éste alcance.
- k) El árbitro elegido por compromiso con facultad para prorrogar el plazo, puede ciertamente hacerlo, pero no puede anticiparlo contra la voluntad de los litigantes (D. 4.8.33).
- l) El árbitro, apremiado por el pretor, puede dictar sentencia en día inhábil, en cuyo caso no cabe excepción frente a la decisión arbitral (D. 4.8.36).
- m) El arbitraje conferido en los compromisos es personalísimo (D. 4.8.45).

- n) Cabe un compromiso de arbitraje sobre todos los asuntos pendientes entre varias personas, pero no sobre asuntos futuros (D. 4.8.46).
- o) No cabe el arbitraje sobre un asunto propio (D. 4.9.51).
- p) El laudo arbitral no produce efecto de cosa juzgada, ni tiene por sí carácter ejecutivo, salvo en un periodo de tiempo de nueve años, comprendido entre el 529, Constitución de Justiniano C.J. 2.55.3 y la fecha de promulgación de la Novela 82.11, y para aquellos supuestos en los que las partes hubieran elegido el árbitro bajo juramento y éste se hubiese comprometido también bajo juramento a dictar una sentencia justa. Señala A. Valiño que el carácter ejecutivo de la sentencia arbitral es derogado por el propio Justiniano, en la Novela 82,11, que parece eliminar implícitamente las acciones que serían para dotar de eficacia al juramento, como consecuencia del peligro generalizado de perjurio ante el relajamiento de la moralidad en su tiempo, lo que supone la vuelta al régimen clásico conforme al cual los compromitentes deben atender la sentencia arbitral o quedar, por el contrario, expuestos al pago de la pena derivada de la estipulación<sup>63</sup>.
- q) A partir del siglo IV se generalizan los arbitrajes confesionales en los que intervienen obispos o patriarcas. La institución correspondiente recibe el nombre de *Episcopalis Audientia*<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup>. VALIÑO, *Del arbitraje en Els "Furs de Valencia" y sus similitudes con la regulación romana*, cit. pp.

<sup>64</sup>. Vid. en ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, *Episcopalis Audientia*. Lecciones de Derecho Romano, Coordin. por A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Iustel 2002.