

EN TORNO AL DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN*

LUIGI GAROFALO**

*La deuda histórica del arbitraje moderno*¹, así se titula el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la secular institución vértice de la cultura jurídica española, que pronunció Antonio Fernández de Buján, en calidad de Académico de número.

Muy apreciada por quien ha llevado a cabo la contestación, es decir, el propio Presidente de la Academia, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, la investigación, que he podido leer gracias a la cortesía del autor, con quien me liga un antiguo y profundo aprecio, merece una especial reseña para el amplio público de los estudiosos del Derecho, tanto del pasado como del presente.

Esta se distingue, en efecto, porque, frente a las múltiples investigaciones polarizadas sobre determinados segmentos de cualquier institución considerada dentro de un cuadro cronológico restringido, analiza toda una figura articulada y compleja como la del arbitraje, reconstruyendo los orígenes en el mundo griego, las evoluciones en la experiencia romana y las sucesivas reelaboraciones, de forma especial dentro del Ordenamiento ibérico contemporáneo.

Siguiendo el hilo diacrónico que hace de guía a Fernández de Buján, descubrimos que los antecedentes remotos del arbitraje, situados, como se ha dicho, en el ámbito helénico, remontan incluso a la época homérica, siendo testimoniados en la *Iliada* y en la *Odisea*, y se multiplican después en la Atenas del siglo de oro, cuando coexistían formas de arbitraje público obligatorio y de arbitraje voluntario, sujetos a reglas distintas, que el autor no deja de examinar, con la fuerza de un conocimiento envidiable de las fuentes de las que dispo-

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2015.

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2015.

** Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Padua.

Traducción de Raquel Escutia Romero, Contratada Doctora del Área de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid.

¹ «La deuda histórica del arbitraje moderno». Discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto de su recepción como Académico de número, por el Excmo. Sr. D. Antonio Fernández de Buján y Fernández y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Academia, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Dykinson, 2014.

nemos en la materia y de la literatura reunida al respecto. Estamos, por lo tanto, frente a las más antiguas regulaciones del arbitraje, que ya preveían, para aquel voluntario, el árbitro único o el colegiado a tres, formado por dos árbitros nombrados por una y por otra parte litigante y por un tercero designado por los elegidos.

Aprendemos a continuación, respecto a los tipos de arbitraje emergidos progresivamente dentro de la sociedad romana, que estos parecen partir de una raíz común, caracterizada por la función mediadora y conciliadora ejercitada por el árbitro. Como afirma Fernández de Buján, este era probablemente, «en la etapa primitiva, un mediador, un testigo y un conciliador en las controversias, un mitigador del uso de la violencia *inter partes*, tanto en el ámbito privado como en el público. La acción mediadora habría pues constituido el germen de la acción arbitral». De aquella acción, que habría caracterizado durante siglos la figura del árbitro en países de tradición distinta a la europea, entre ellos China, se habría con posterioridad pasado a las figuras verdaderas y propias del arbitraje, unidas por culminar en una «sentencia», a través de una fase intermedia dominada por el «arbitraje del *bonus vir*», durante la cual el árbitro no emitía una «sentencia», sino que se limitaba «a aplicar criterios de equidad en la clarificación, precisión o determinación de cuestiones o relaciones existentes *inter partes*». De este es claro ejemplo aquel relativo al arbitraje del *bonus vir* sobre la cuantificación del precio de una compraventa, admitido, sin embargo, en un primer momento, solo por una parte de los juristas de la época del principado, como he sostenido en un estudio, publicado también en el año 2014 de la revista online *Teoria e storia del diritto privato*, denominado *L'arbitraggio sul prezzo* (estudio que me complace aquí citar porque, aunque circunscrito al tema del título, pone en relación directa las soluciones ahora ofrecidas por la legislación italiana, las interpretaciones dadas por la jurisprudencia y por la doctrina nacional, con aquellas que circulaban dentro del sistema jurídico romano clásico y postclásico).

Asimismo y respecto a los particulares tipos de arbitraje que vienen así delineándose en Roma somos detalladamente informados por el autor, que, con la habitual precisión, pone a la luz sus diferentes regímenes, acompañándolos con el vivaz debate científico que marca la evolución. Entre ellos, es de inmediato mencionada la figura del «arbitraje compromisario», que tenía, como fundamento específico, un acuerdo, llamado «compromissum», que integraba un mero pacto, que las partes usualmente reforzaban «mediante una estipulación común o una estipulación penal», y, como final del proceso, la emanación de una «sentencia», que no era sin embargo equiparada a la autoridad de cosa juzgada y ni siquiera tenía naturaleza ejecutiva antes de la época justiniana.

Precisamente en el campo de la relevancia del acuerdo en el ámbito del Ordenamiento romano se adentra a continuación Fernández de Buján, resolviendo de la mejor forma posible la impracticable tarea de arrojar luz sobre el papel jugado por la *fides* y la *bona fides* en el pleno reconocimiento de nuevas figuras negociales consensuales y una eficacia obligatoria, entre las cuales la compraventa, incorporada a la órbita del *ius gentium*, de modo tal que fuera utilizable por los extranjeros, y tutelada a través del proceso formulario.

Aprendemos así que, según una plausible conjetura, antes de consolidarse este instrumento de protección judicial, aquellas figuras podrían haber generado pretensiones susceptibles de haber sido hechas valer mediante formas de justicia arbitral, puestas en todo caso bajo el control del pretor.

De similar naturaleza a estas son asimismo las figuras del arbitraje que el autor llama legales, en cuanto contempladas en alguna de las leyes también remotas, entre las cuales aquella de las XII Tablas, que para el caso de la división de la herencia concedía actuar con un medio procesal que comportaba la designación de un árbitro.

Demostrando la amplitud de conocimientos y el anhelo de completar la investigación, el autor nos conduce en este punto al terreno, por lo general descuidado o al menos poco frecuentado, del arbitraje público, al cual podían acudir los entes portadores de intereses colectivos cuando quisieran someter a la decisión de un tercer órgano, fuese individual o colectivo, una controversia surgida entre ellos o entre uno de éstos y un particular. Constituían singulares ramificaciones (del arbitraje público) el arbitraje internacional, el arbitraje federal y el arbitraje administrativo. El primero, nacido en Grecia y recibido por Roma, con frecuencia era previsto por cláusulas contenidas en los tratados de amistad suscritos por comunidades independientes; el segundo se generaba con base en los específicos acuerdos que federaban a Roma con otras ciudades y desembocaba en su mayoría en decisiones de carácter político o militar; el tercero era utilizado para resolver conflictos, incluso entre una administración pública y un particular, en materias heterogéneas, entre las cuales aquellas atinentes a los tributos o a las aguas, como testimonia la *Tabula Contrebriensis*, analizada con finura por Fernández de Buján.

Su exposición, que no deja de avanzar en el Derecho medieval y moderno, no desdénando incluso una incursión en el Ordenamiento veneciano, prosigue finalmente hasta el objeto más interesante: ilustrar «las concordancias existentes entre los textos jurídicos romanos y la regulación actual en materia de arbitraje». Para lo que el autor compara los materiales incorporados en la compilación justiniana con las normas vigentes en España, previstas en la Ley 60/2003, modificada por la Ley 11/2011.

Más allá del análisis de este estudio, riguroso y exhaustivo, que obliga a Fernández de Buján a detenerse en la exégesis de no pocos pasajes de los *prudentes*, lo que cabe subrayar es la multiplicidad de puntos de contacto constatada entre la regulación del arbitraje, en particular fundado sobre el *compromissum*, resultante del *Corpus iuris* y aquella hoy vigente en la nación ibérica, incluso menos respetuosa que la primera con la libertad de las partes en la configuración del procedimiento. Esta afecta ciertamente a varios aspectos, que conciernen entre otros a los litigios atribuidos a la competencia del órgano arbitral, el acuerdo constitutivo de este, su nombramiento y composición numérica, la responsabilidad del mismo, el lugar y la forma del procedimiento, el plazo para la toma de la decisión y los relativos criterios inspiradores, la impugnabilidad del laudo y su fuerza ejecutiva, la extensión al mismo de la noción de cosa juzgada.

La línea de continuidad normativa sobre la que aporta luz la investigación del ilustre catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, resaltando implícitamente también las fracturas constatadas en la evolución jurídica del arbitraje, no responde ciertamente a la finalidad de mera curiosidad erudita. Al contrario, se muestra cuanto más útil para la plena comprensión del Derecho positivo actual, sirviendo a la vez a su correcta interpretación y aplicación y también a la individualización de sus insuficiencias superables solo a través de la intervención del legislador. Y da motivo para revivir una enseñanza no pocas veces desoída: a la verdadera profundización en el campo jurídico llega quien, como Antonio Fernández de Buján, logra conjugar historia y dogmática, sabiendo que el cambio de la estructura de una institución depende de razones relacionadas con una y otra.