

**FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., LA DEUDA HISTÓRICA DEL
ARBITRAJE MODERNO. CONCORDANCIAS ENTRE LA LEY 60/2003,
DE ARBITRAJE Y EL DERECHO ARBITRAL GRIEGO Y ROMANO,
MADRID (DYKINSON), 2017, 164 PP.**

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ

Esta obra recoge el Discurso de Ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del profesor Antonio Fernández de Buján, leído el 29 de enero de 2014. El autor es Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, Vocal de la Comisión General de Codificación en las ponencias encargadas de los dos Anteproyectos de Ley de Jurisdicción Voluntaria, años 2002-2005 y 2012, y Director de la Revista General de Derecho Romano, entre otros muchos y muy merecidos méritos, que no es preciso enumerar ahora.

El trabajo es la culminación de una labor consolidada a lo largo del tiempo pues el autor ya había mostrado interés por este tema¹ y por otros modos de resolución de conflictos como la mediación, la conciliación y los actos de jurisdicción voluntaria. El libro que nos ocupa se estructura en cuatro capítulos (pp. 13 a 146). Ofrece asimismo la contestación

* Profesora titular de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: pilar.perez@uam.es.

¹ Así, sobre el arbitraje podemos citar las siguientes obras del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: «Recensión a Martino, *Arbiter*, Roma, 1986», *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 1987, pp. 447-451; «Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje en Derecho Romano», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, pp. 215-240 y *Anuario de Justicia Alternativa. Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 6, 2005, pp. 119-145; «De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei* civiles», en GAROFALO, L. (ed.), *Studi in onore al prof. Burdese*, v.II, Padua (CEDAM), 2003, pp. 31-58; *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Madrid (Iustel), 2006; «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», *Anuario de Justicia Alternativa. Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 10, 2010, pp. 275-306; «Del arbitraje romano configurado a semejanza de los juicios: *compromisso quod iudicio imitatur*», *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 11, 2012, pp. 269-279; «Los arbitrajes de Derecho Público en la experiencia jurídica romana», en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (dir.), *Hacia un Tratado de Derecho Administrativo y Fiscal romano*, t. II, Madrid (Dykinson), 2013, pp. 17-38; «Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje», *La ley. Estudios doctrinales*, núm. 473, 2014, pp. 1105-1152.

al Discurso de Ingreso de D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, entonces Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (pp. 147-164) y finalmente recoge una semblanza de D. Diego Espín Cánovas, predecesor en la medalla que ocupa actualmente el autor, cumpliendo así con una inveterada tradición de la Academia.

En el Capítulo I, titulado *De la mediación al arbitraje compromisario o decisorio* (pp. 13-49), el autor mantiene que el arbitraje se origina en el Derecho griego pero que es la regulación de las fuentes romanas la que informa el actual perfil del arbitraje. Por ello, estudia, en esta primera parte de su trabajo, el arbitraje en el mundo griego y trata del concepto, la terminología y los tipos de arbitraje en el mundo romano para centrarse después en el arbitraje compromisario, también denominado *merum arbitrium*, que es el más característico en el ámbito privado.

Señala Fernández de Buján que la fecha en la que encontramos una regulación precisa del pacto de compromiso (de arbitraje) es el siglo II a. C. cuando se regula este acuerdo como pacto específico en el edicto del pretor. Lo mismo ocurre con el *receptum* del árbitro, que consistía en el acuerdo con las partes por el que el árbitro se comprometía a dictar sentencia, a dar su opinión sobre el asunto. Esta configuración del arbitraje basada en pactos hace que la regulación legal y jurisprudencial sobre esta figura tenga un carácter eminentemente dispositivo (p. 19). Esta característica del *merum arbitrio* se aprecia especialmente en la libertad de las partes para elegir el objeto del pacto de compromiso que podría recaer sobre cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición de las partes. El autor cita dos pasajes del Digesto, D. 4.8.6 y 7, para indicar que no pueden ser objeto de arbitraje los delitos cuya condena suponga la infamia, los asuntos sobre los que exista una acción pública, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguibles mediante acciones populares (p. 46).

Durante la época republicana y clásica el acto de arbitraje presenta una fisonomía dividida en dos partes, en dos acuerdos o pactos (pp. 43 y ss). Por un lado, el *compromissum* entre las partes, que conlleva el acuerdo de presentarse ante el árbitro o árbitros para dirimir la controversia, atender a los requerimientos de colaboración en la instrucción y acatar y cumplir el parecer u opinión del árbitro, llamado *arbitrium* o *aestimatio*, y, por otro, el *receptum* entre las partes y el árbitro o árbitros aceptando el encargo de proceder al arbitraje. El cumplimiento del *compromissum* se exigía a través de la vía de la *exceptio* y la *denegatio actionis* o a través de la vía indirecta de la acción derivada de la estipulación penal que hubiese sido añadida por las partes. El incumplimiento del *receptum* se sancionaría a través del *edictum de receptis* por el que el pretor, una vez que el árbitro había aceptado libremente el acuerdo, podría constreñirlo a emitir el *arbitrium* o *aestimatio* por medio de la vía indirecta de la imposición de una multa o la toma en prenda de algún objeto de su pertenencia.

El autor señala la analogía entre juicio y arbitraje compromisario, advirtiendo que en Derecho romano debió ser más evidente que en la actualidad, sobre todo en la época

del procedimiento formulario en donde las partes señalan de común acuerdo al juez que va a dirimir su controversia, aceptando los términos de la fórmula y comprometiéndose a acatar la sentencia del juez. Esta similitud se encuentra formulada en un texto de Paulo, D.4.8.1, al decir *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*. Sin embargo sería posteriormente, en la época postclásica y justiniana, cuando se produce –según señala– una reglamentación que aproxima el arbitraje a las garantías del proceso ordinario.

De las similitudes destacadas, me parece interesante comentar la recogida en D.4.8.27.5, donde se afirma que la sentencia dictada sin estar presentes los litigantes no será válida, a no ser que las partes hayan recogido en el compromiso otra cosa. En mi opinión esto acerca, al menos en el aspecto formal, el parecer del árbitro a la sentencia recaída en el proceso formulario en donde se convocaba a las partes por si deseaban estar presentes en el momento de su pronunciamiento. Y es que la sentencia en el procedimiento formulario es oral. Cuando se recoge por escrito, tendrá un valor meramente probatorio. De modo semejante ocurre actualmente en derecho inglés, donde, aunque la sentencia se recoja por escrito, esta no se identifica con dicho texto escrito sino con cuanto viene pronunciado por el juez en forma oral. La consecuencia práctica es que no es técnicamente posible hacer copia. Sin embargo, en derecho europeo continental, aunque el juez lee la sentencia, es el texto escrito el que se considera como original.

Dado que la decisión del árbitro compromisario debía tener en cuenta todo lo que, relacionándose con el conflicto, derivase de la *bona fides* y la *aequitas*, en el Capítulo II, titulado *De la fides en los pactos a la bona fides y la aequitas en los arbitrajes y negocios iuris gentium* (pp. 51 a 73), trata de la noción de la *fides* primitiva y sobre la *bona fides* y la *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación de los *pacta conventa* reconocidos y protegidos por el derecho pretorio; para pasar, después, a estudiar la buena fe y la equidad en el arbitraje del derecho de gentes y en el arbitraje compromisario.

Para el autor (pp. 53 y ss.), la progresiva importancia de las relaciones comerciales entre Roma y los demás pueblos itálicos y otras comunidades políticas fue un factor decisivo en el origen y desarrollo de la jurisdicción del pretor peregrino y en la configuración del *ius gentium*, entendido como un derecho accesible a los peregrinos formado por instituciones romanas y no romanas aceptadas, estas últimas, por los pueblos de la antigüedad. Por tanto, el *commercium* provocó la aparición del derecho de gentes, siendo su primera manifestación recogida en los tratados internacionales, donde se regularían especialmente las relaciones comerciales con los peregrinos. Esta opinión, defendida por Huvelin, es la mantenida por el profesor Fernández de Buján con nuevos argumentos como son la configuración de los tribunales de los *recuperatores* y la antigua idea romana de la *reciperatio*.

Los pactos y convenciones propios del derecho de gentes, basados en la buena fe y la equidad, habrían sido reconocidos y protegidos por el pretor peregrino para pasar posteriormente al edicto de los pretores urbanos, que los protegen a través del procedimiento formulario

como *arbitria honoraria*, primero, y como *iudicia legitima*, después, a través de las vías de la *exceptio pacti* y de la *denegatio actionis*. Pero, con anterioridad a su sanción pretoria, se enmarcan en el ámbito de la *fides* conforme a la que se exige el cumplimiento de los acuerdos y la lealtad de la palabra dada. Noción que debe distinguirse del concepto de *bona fides* que -según indica el autor- tendría «un matiz más objetivo y objetivable, en cuanto se enmarcaría en los usos del tráfico, el respeto de la ética comercial, la bilateralidad y la reciprocidad en la conducta respecto a las personas con las que se establece la relación jurídica» y que acabaría por funcionar como medida de la responsabilidad de las partes del negocio, incidiendo finalmente «como elemento informador, inherente e integrador de toda la materia contractual».

El Capítulo III, titulado *De los arbitrajes de naturaleza pública* (pp. 75-97), trata de los arbitrajes internacional, federal y administrativo, como arbitrajes de naturaleza pública en razón de que son los entes públicos, y no los particulares, los que deciden someter la solución de sus diferencias a uno o varios árbitros. Finaliza este capítulo tratando del llamado arbitraje legal, de naturaleza mixta, donde el ámbito público se manifiesta en su establecimiento a través de una previsión legal y en el carácter ejecutivo del *arbitrium* recaído, y el ámbito privado derivaría del hecho de que las partes son particulares y no entes públicos.

Diferencia el autor con maestría los distintos tipos de arbitrajes; internacional, de carácter diplomático y eminentemente voluntario; el federal, llamado así por el autor, por derivar del Tratado de la Federación de la Liga Latina de contenido básicamente político y militar y, finalmente, el administrativo, con impronta obligatoria y acto de gobierno. Es a este último al que dedica un estudio más detallado, por ser sobre el que más fuentes epigráficas y literarias se conservan pero, sin duda, también por ser Fernández de Buján un especialista en el ámbito del Derecho administrativo y fiscal romano.

Este último tipo de arbitraje se utiliza en los conflictos entre ciudades, municipios o colonias y su objeto era la fijación de limitaciones territoriales, allanamiento de territorios públicos, asuntos de naturaleza tributaria o financiera, desviaciones de ríos públicos y, en general, utilizaciones ilícitas de los ríos y aguas públicas (p. 82). Precisamente las fuentes refieren números conflictos sobre aguas y como caso emblemático y muy conocido trata con mayor profundidad el caso recogido en la *Tabula Contrebiensis*.

Finaliza el capítulo con el estudio del arbitraje legal, previsto en la ley, y que concedería al árbitro una amplia discrecionalidad, si bien, a juicio del profesor Fernández de Buján, no podría decidir al margen de la legalidad vigente.

El Capítulo IV, titulado *Bases romanísticas del arbitraje actual: Análisis de las concordancias entre el Derecho justiniano y la legislación vigente en materia de arbitraje* (pp. 99-146)², tiene por objeto -tal y como se indica en la obra- *el estudio de las con-*

² El capítulo IV de la presente obra fue publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, (2014), pp. 1105-1150, fundada en 1925 por Jerónimo González Martínez y de reconocido prestigio entre la doctrina. Un indicio más de la calidad del trabajo que ahora presenta el profesor Fernández de Buján.

cordancias existentes entre numerosos textos romanos y la Ley 60/2003, de arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, al objeto de delimitar la pervivencia, en su caso, de las líneas maestras del arbitraje compromisario romano en el texto legal vigente en la legislación española.

El autor subraya con carácter general que en Derecho Romano hay un mayor reconocimiento de la autonomía privada de las partes en la configuración del arbitraje y mayor discrecionalidad en la actuación arbitral que en el arbitraje moderno. Pasa, después, a tratar de forma específica todos los aspectos relativos a la tramitación del procedimiento y sus efectos, además de otras presupuestos previos como los requisitos subjetivos y objetivos, que funcionan como *condicio iuris* para la sustanciación del procedimiento de arbitraje tales como las partes, su capacidad y la de sus representantes, la capacidad de los árbitros, las materias objeto de arbitraje, el convenio arbitral, la función de apoyo y control judicial al arbitraje, etc.

Me detendré brevemente en la función de control del magistrado y en lo que podríamos llamar «relaciones del proceso arbitral con el ordinario». En relación con el primer aspecto, señala el autor (p. 101 y ss) que, una vez regulado el pacto de compromiso y el *receptum arbitrii* en el edicto, es el magistrado el que controla el cumplimiento de las condiciones de validez de dichos pactos, mediante una *cognitio* (o conocimiento sumario) de las condiciones de capacidad de las partes, de sus representantes, del árbitro, sobre el objeto de compromiso o sobre las excusas del árbitro, entre otras cosas. Estas funciones de apoyo y control del arbitraje se regulan en el art. 8 y 33, relativo a la Asistencia judicial para la práctica de la prueba, ambos de la Ley de Arbitraje y art. 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al segundo aspecto señalado, el autor plantea dos cuestiones diversas: a) ¿Qué ocurriría si una de las partes acudiera a la vía ordinaria antes de que fuera dictada sentencia arbitral? ¿Podría la otra parte oponer algún medio jurídico tendente a paralizar el proceso en atención al compromiso de someter la controversia a arbitraje? Afirma que en Derecho clásico no había posibilidad de paralizar el proceso ordinario, lo que deriva de una serie de textos del Digesto en los que la doctrina no ve indicios de interpolación. Sin embargo, en Derecho postclásico y justiniano hay una evolución favorable a reforzar este pacto de compromiso, pudiendo utilizarse la *exceptio pacti conventi*, que cumpliría, a juicio del autor, la función de la actual declinatoria; b) en cuanto a la segunda cuestión que se plantea es si podría plantearse el asunto ante la jurisdicción ordinaria una vez dictada la sentencia arbitral. El autor señala, sobre la base de una serie de textos jurídicos del Digesto, que sería posible, si bien, en época postclásica se habría introducido una *exceptio veluti pacti* que cabría oponer frente a cualquier pretensión de replantear la cuestión ante cualquier tribunal en la línea de la actual declinatoria, que opera –como ocurría en Derecho romano– a instancias del interesado, como indica el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, también en su actual redacción, dada por la disposición final quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Esta obra es un estudio sobre un tema muy complejo que ofrece una visión completa sobre la evolución del arbitraje desde su origen, en Derecho griego, pasando por su regulación en Derecho romano para finalizar con un capítulo que destaca y pone en valor las concordancias entre la regulación justiniana y la legislación actual en materia de arbitraje. Es de advertir que el trabajo no es un estudio romanista al uso sino que es mucho más, al ofrecernos una visión completa de la evolución de esta institución citando aquellos textos jurídicos y bibliográficos adecuados en cada momento, ocupándose con la solvencia que caracteriza su producción científica como especialista en Derecho romano y experto, reconocido por la doctrina, en otros sectores y ramas del saber jurídico³.

En conclusión, los lectores no encontrarán aquí un estudio histórico-crítico de las fuentes citadas porque no es lo que el autor pretende para dirigirse a los juristas, en su mayoría no romanistas, de la sede en la que pronunció su discurso. Digno discurso para aspirar a la máxima dignidad a la que se puede aspirar como jurista español.

Finalizo felicitando de nuevo al autor por este trabajo que pone de manifiesto un profundo conocimiento del arbitraje en Derecho romano y su evolución posterior hasta llegar al Derecho moderno.

³ Su reconocimiento por académicos y autoridades en el ámbito del estudio de la jurisdicción voluntaria es patente. Véase, en este sentido, AGUILERA ANEGÓN, G., Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y DÍAZ FRAILE, J. M., Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que afirman que es «el mayor y mejor especialista español en materia de jurisdicción voluntaria» en p. 13 (presentación de la obra) y p.10 (prólogo), respectivamente, de la obra: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Madrid (Dykinson), 2015. Asimismo ha sido calificado como «el padre de la jurisdicción voluntaria», véase la intervención de la Sra. Escudero Berzal (GP) en *Diario de Sesiones de la Sesión Plenaria de 18 de junio de 2015*, núm. 273 de la X Legislatura, p. 12.