RECEPTUM ARBITRI

CANDIDA GUTIERREZ GARCIA

Profesora de D.^º Romano

1.- RECEPTUM – ARBITRI

1.1. *Aceptación del árbitro*

El concepto de **Receptum-arbitri** viene dado por el hecho de que cuando las partes se ponen de acuerdo mediante un compromiso para el arbitraje de una contravertida relación jurídica, existente entre ellos, por mediación de un árbitro avenidor, en lugar de recurrir a un juez secular, entonces además de esta decisión de las partes, será preciso la libre aceptación de este cargo por parte del árbitro (1), pues podrá aceptar o rechazar el propuesto arbitraje:

Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita... (2).

Si, como decíamos, el elegido acepta esta actividad, entonces se convierte en **arbiter ex compromisso** (3). Por lo general, el árbitro actúa individualmente, aún cuando se puede designar conjuntamente varios, constituyendo así un colegio arbitral.

El curso normal que debe seguir para aceptar el cargo es que el **receptum** siga al compromiso de arbitraje; pero se ha considerado por algunos autores la posibilidad de que puede seguirse la operación inversa, siendo posible que preceda el **receptum** al compromiso realizado por las partes.

Los autores que opinan así, rechazan, sin embargo, el que pueda ser obligado el árbitro de manera más amplia a la extensión del **receptum** realizado por él (4).

Esta teoría resulta difícil de admitir, teniendo en cuenta que el árbitro venía sometido al compromiso y sólo podía actuar conforme a él, por lo que si él primeramente aceptaba el cargo no sabría hasta donde se comprometía, pues las partes, al realizar el convenio, podían hacerlo de manera amplia y se encontraría indefenso en ese aspecto.

La aceptación del cargo por parte del árbitro se llama **recipere**:

Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur (5).

Menos claro aparece en un texto justiniano:

qui ex recepto id est compromisso quod iudicium imitatur causas dirimendas suscipiunt. (6).

En cuanto a la forma en que debe llevarse a cabo el pacto de **Receptum arbitri**, no tenemos noticias de que vinieran impuestas formas taxativas; se trataría más bien

de una promesa sin ceremonias de naturaleza propia, efectuada por las partes en el compromiso de arbitraje. Ha sido considerada en algunas ocasiones erróneamente como perteneciente a la *locatio-conductio* y más frecuentemente al *mandatum* (7). Y así como con el compromiso hacia otras *operae liberales* se llega a una demanda a modo de la *extra ordinem cognitio*, falta esta evolución en el caso del *receptum arbitri*; ello posiblemente se debe a que se trata de un instituto jurídico que se ha estancado en su desarrollo, bien sea porque la actuación del *arbiter* no ha sido evaluable o porque su oficio no era claramente jurídico-privado (8). Algunos autores opinan que el *Receptum* es un pacto o contrato, pero no una mera y simple declaración del *arbiter* de su voluntad de juzgar; sin embargo, otros (9) admiten la existencia de un juramento del *arbiter* para asegurar a las partes que haría el arbitraje con la mejor conciencia y voluntad posible (10).

Parece poco probable que siempre se pidiera al árbitro efectuar tal juramento, ya que si así fuera, el *Digesto*, que tan detalladamente nos habla de toda la actuación del árbitro, no lo hubiera pasado por alto.

Hay posturas encontradas en este punto entre los autores, ya que algunos son partidarios que de sí era preciso el juramento antes de Justiniano (11) y por el contrario, la mayoría opina que esto fue así sólo desde Justiniano (12).

WLASSAK no adopta una posición segura contra la necesidad del juramento, y WENGER (13) considera que "las partes tendrían libertad de acción en concretar el juramento del *arbiter* entre sí y después con él".

Independientemente de aceptar una u otra tesis, lo que ciertamente ocurre es que el contrato del *arbiter* con las partes entra en la esfera coercitiva, tan pronto como el *praetor ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere putat* (14).

El pretor, sin embargo, excluye de su coerción ciertos litigios porque considera que no son susceptibles de gestión arbitral; son aquellos en que la sentencia puede venir vinculada a un interés público y jurídico; también vienen excluidos aquellos procesos que tratan sobre la libertad y la ingenuidad (15), así como los casos de *actio popularis* (16).

La coerción contra el árbitro se rehusara, pues, si de *negotio transactum est, vel homo mortuus est de quo compromissum; nisi si posteriore casu aliquid litigantium intersit* (17). Un proceso sucesorio tampoco podrá ser arbitrado, y por tanto prejuzgado, *ergo interea inhibendus est arbiter* (18).

Justiniano negó la posibilidad de proceder a una *Restitutio in integrum* a los *compromissarii iudices vel arbitri ex communi sententia electi* (19).

No sabemos con certeza si en tiempos de Cicerón existía ya un edicto de *coercitione*; los casos que menciona el orador no contienen ninguna alusión al respecto (20). Pero si la hipótesis de Partsch (21) sobre el contrato de garantía del edicto a través del *receptum* y la supuesta recepción de estas prescripciones contra banqueros y posaderos, por parte del derecho de tráfico griego, se confirmará como auténtica, entonces no sería difícil aceptar para el primer *receptum* acogido en el edicto (22) mayor antigüedad.

La compulsión positiva por parte del pretor obligándole a dictar sentencia, sólo la hará previa petición de una de las partes; sin embargo, por propia iniciativa intervendrá el pretor para prohibir en casos determinados dictar sentencia, así, por ejemplo, cuando se haya recurrido erróneamente a la decisión arbitral, en aquellos asuntos que no son susceptibles de ser sometidos a ella porque existe una acción pública para ello.

Cuando el pretor aplica medios coercitivos al árbitro incumplidor, debe tener en cuenta antes si aquel que aceptó el cargo está dentro de la categoría de personas que están sometidas a él y, por tanto, pueden ser constreñidos a cumplir. Si se trata de sujetos que tengan **maior potestas** que él, no tiene poder para ello, ya que no están sometidos a su **imperium**, salvo que no estén desempeñando, en ese momento, una magistratura, como cónsul o pretor. Los magistrados inferiores, en cambio, pueden ser obligados por el pretor.

Independientemente de ello, el magistrado que se encuentre ante un árbitro que estuviese ejerciendo igual o mayor magistratura puede y debe fijar las condiciones personales y objetivas exigidas para poder emitir una sentencia.

Cuando el árbitro acepta el cargo, y no existiendo ninguna causa que le incapacite, como sería el ser **servus, pupilus, furiosus, surdus et mutus**, así como cuando no se acoja a aquellas situaciones que le permitan negarse (**excusationes**), tales como obligaciones religiosas, públicas propios procesos urgentes, enfermedad e incluso **alia incomoditas** (23) o cuando existan estas incapacidades **post arbitrium susceptum**, vendrá obligado a dictar sentencia y, en caso contrario, el pretor, en virtud de la promesa que hace en su edicto de proteger las situaciones nacidas de este **receptum**, le exigirá responsabilidad ante su incumplimiento.

Sin embargo, no hay acuerdo en cuanto a lo que supone este **receptum** para el árbitro, esto es, si mediante él el pretor pretende aumentar su responsabilidad o, por el contrario, mitigarla.

Yo me inclino por la tesis que defiende Do Robertis, que considera que, a través de estos pactos, el pretor intentó mitigar las responsabilidades de aquellas personas que venían ejerciendo profesiones que por su dificultad, les colocaba en una situación indefensa; nos referimos principalmente al nauta, quien, ante los peligros que ofrece el mar y, por tanto, la inseguridad de que lleguen al término previsto las mercancías, no estaría obligado más que cuando expresamente ellos lo aceptasen (y que es de suponer, lo harían siempre que la retribución fuese mayor, ofreciendo así lo que hoy llamamos un seguro de transporte).

Aceptando esto y considerando que en tales casos el **receptum** lo que hacía era obligar, porque así las partes, voluntariamente, lo habían querido, no se puede considerar un aumento de responsabilidad sino que, por el contrario, sólo será exigido hasta donde la haya asumido; igualmente ocurrirá con el **receptum arbitrii**, pues no parece lógico aceptar que el pretor intentase agravar la responsabilidad del árbitro, ya que con el aumento del tráfico comercial, su intervención en aquellas situaciones en que se podía recurrir a él evitaba el sometimiento a un proceso ordinario, con lo cual, las relaciones comerciales controvertidas vendrían agilizadas. Hay que tener

en cuenta que con este sistema el Estado seguía conservando su poder de intervención, aunque ahora lo hiciera de forma indirecta, estableciendo los requisitos necesarios para poder llevar a cabo un procedimiento arbitral, tanto por lo que respecta a las partes como al árbitro (que no ausume directamente la cualidad de órgano del Estado).

Distinto es el hecho de que el árbitro que no ha aceptado (el nombramiento) de manera expresa por medio del **receptum** pueda, si él y las partes lo desean, dar sentencia, quedando los sujetos obligados igualmente a ella, puesto que lo están en virtud del compromiso por el que acuerdan una **poena** en caso de no acatarla, siendo esto independiente del recibo del cargo por parte del árbitro; creemos que si no ha hecho tal aceptación no podía ser obligado.

El compromiso, por sí mismo, tiene plena validez entre los sujetos que lo acuerdan. Hay, por tanto, que distinguir dos actos. Uno será el que realicen las partes entre sí, y el otro lo harán con el árbitro, una vez que se lo comunican y acepta expresamente, constituyendo esta aceptación el llamado **receptum arbitrii**; su responsabilidad se derivará del acuerdo por el que la acepta, ya que el pretor en su edicto viene a reconocer la protección de las partes que confían sus diferencias a un árbitro y si éste aceptó por medio de *recipere*.

2. RESPONSABILIDAD DEL ARBITRO

2.1. *Antes de la intervención del Pretor*

El recurso a un juicio arbitral fue una consecuencia derivada de las necesidades que iba imponiendo la vida práctica. En este sentido, parece lógico que este tipo de procedimiento haya precedido al procedimiento ordinario. Al pasar a vivir en núcleos de población, renunciando a la vida nómada y aislada, aparecen una serie de derechos y obligaciones, así como diferencias entre esos núcleos a propósito del cumplimiento de los mismos. En esta situación, era lógico el recurso a la condescendencia, manteniéndose dispuestos a transigir en parte. Esto explica la capacidad de renuncia a los propios derechos, así como la compensación entre derechos y obligaciones. Tales formas abstractas se concretan luego en unos modos de hacer valer esos derechos que van desde la venganza privada a la legítima defensa y de la solución amistosa de los conflictos a la intervención de la autoridad pública.

En la base del **receptum** está la aplicación de la coacción basada en la mayor autoridad moral de la persona que decide la controversia. A esa persona se dirigían las partes litigantes, a causa de la confianza que les inspiraba. Ahora bien, el problema consiste en saber lo que acontecía en el caso de que el condenado no cumpliera el dictamen de esa tercera persona considerada imparcial. Probablemente la ejecución del mismo se encomendaba a la parte vencedora. Cuando esto no era posible, la comunidad política otorgaba un respaldo coactivo al árbitro, pudiendo desempeñar esta función arbitral un persona dotada de **imperium**.

Por otra parte, parece evidente que se estableciera una serie de requisitos. En este sentido, la elección del tercero debería realizarse por el acuerdo común de las partes litigantes, las cuales se comprometerían a aceptar su decisión. De este modo, esa tercera persona quedaba legitimada para decidir sobre la controversia.

Al remitir sus diferencias al árbitro, las partes litigantes pretendían demostrar su derecho en un determinado conflicto y su buena fe, renunciando a la autodefensa. Matthiass entiende que el modo típico de aseguramiento habría sido lo que él llama la apuesta contractual, que no tendría como objeto sólo la constatación de las afirmaciones de las partes, sino que daba lugar a una serie de consecuencias derivadas de la misma. La intervención de la autoridad pública hizo que tal situación de hecho pasara a ser una relación jurídica. La cantidad de dinero apostada dejaba de ser una mera "satisfacción" al vencedor y pasaba a ser una indemnización propiamente dicha (24).

Probablemente, antes de la aparición de la **coercitio** pretoria sólo recaía sobre el árbitro una obligación moral que se derivaba de la **fides** que le habían otorgado los litigantes al confiarle la solución de su conflicto. Pero no puede demostrarse con rigor que el **receptum** se considera como contrato en la época anterior al Edicto, aunque este mismo autor piensa que el **receptum** debe entenderse como el contrato de las partes con el árbitro en el que éste promete dictar sentencia.

Según él, habría dos contratos, aunque de naturaleza distinta, ya que los litigantes que figuraban como partes contrapuestas en el contrato de **compromissum**, debían aparecer juntos en el **receptum**, ya que en éste las partes están vinculadas y actúan de común acuerdo. Esta estructura arcaica del **receptum** necesariamente debía ser tenida en cuenta por el pretor en el momento de redactar su **edictum** (25). Sin embargo, debe tenerse presente que las partes no disponían de medios para forzar al árbitro a dictar sentencia. En caso de que no lo hiciera, su recurso consistiría en acudir a otro árbitro o a un juez ordinario, teniendo en cuenta que la ausencia de una forma contractual determinada hacía imposible el ejercicio de una acción para exigir el cumplimiento.

2.2. El Edicto del pretor y la fuerza coactiva del arbitraje.

De igual modo que la intervención del pretor tuvo una influencia en las demás instituciones, en el arbitraje es también evidente su influjo, en cuanto dotó a esta institución de fuerza coactiva. Hay que tener presente, por otra parte, que el pretor no modificó esencialmente el **receptum**, que continúa teniendo el carácter contractual que le caracterizaba y que supone que se obligaba a decidir una controversia que le habían deferido libremente las partes litigantes. Ese **receptum** supone que el árbitro tiene una relación con ambas partes, y no sólo con una de ellas. El hecho de asumir la obligación de decidir partiendo del **compromissum** entre las partes, obliga al árbitro a pronunciarse sobre el asunto que es objeto de la relación jurídica que está en litigio. Hay que observar, por último, que no es posible encontrar en las fuentes datos precisos a propósito de la competencia objetiva del árbitro o de la categoría contractual a que podía ser asimilado el **receptum**. En cualquier caso, el hecho de que las partes acudieran a un árbitro, pone de manifiesto la existencia de una desconfianza, más o menos difusa, en los tribunales ordinarios de justicia.

A fin de concretar las modificaciones que introdujo el pretor en el **receptum**, debemos partir del hecho de que el edicto supuso un intento importante de afrontar el principal problema que se presentaba y que no era otro que la ausencia de unos

medios para coaccionar al árbitro. La rubrica del Edicto se expresaba en estos términos: **ait praetor: quia arbitrium pecunia compromissa receperit** (26).

La coacción del pretor se manifiesta de diversos modos. En unos casos, prohibiendo al árbitro dictar sentencia; en otros, obligando al árbitro a dictar esa sentencia; finalmente, sancionando al árbitro por no dictarla. Tal actuación del pretor tiene lugar generalmente a instancia de la partes. Pero en alguna ocasión puede decidirse él a actuar, sin que se lo soliciten:

Iulianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est, vel de la re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem (27).

La sanción al árbitro por incumplimiento del **receptum** ha planteado especiales dificultades en la doctrina, a causa de las dudas existentes a propósito de la naturaleza jurídica de esta institución, esto es, de la obligación que tiene el árbitro de dictar una sentencia que resuelva la controversia. Weizsäcker (28) entre otros, afirma la naturaleza contractual del **receptum**, si bien reconoce que se trata de un contrato **sui generis**. Igualmente Matthiass entiende que el Edicto, al acentuar el carácter publicístico del **receptum**, puso fin a la discusión acerca de la naturaleza contractual del mismo. En cualquier caso, y como ocurriría con Weizsäcker, se niega la posibilidad se que se tratara de un supuesto de **locatio-conductio**.

En general, la doctrina se ha limitado a señalar, de forma genérica, la naturaleza contractual del **receptum**, llegándose a hablar en algún caso de un "medio contrato" sin forma (29).

Según el punto de vista mantenido por Albanese (30), los **recepta** eran negocios fundados en el simple consentimiento, por el que una parte asumía, frente a la otra, una obligación de un resultado determinado.

Entiendo que no está suficientemente fundado el criterio que tiende a considerar al **receptum** como un contrato. En particular, no se trataría de un contrato de la misma naturaleza, por ejemplo, que la **locatio-conductio**. El orden del **receptum arbitrii** pudo haber sido la recepción por parte del árbitro de la cantidad de dinero, o del objeto constituido como apuesta, obligándose a guardarlo y restituirlo a la parte vencedora. Este hecho explica por qué en un principio se consideraba la inclusión de una pena que asegurara el cumplimiento de la obligación asumida por el árbitro.

En algunos casos se ha querido relacionar la obligación del árbitro (en virtud del **receptum**) con la del **iudex** (como consecuencia del **ius iudicandi**). La Pira (31) exagera ese paralelismo, olvidando que la sentencia del árbitro no produce el efecto de **res iudicata**, debiéndose esto a que el **iussum iudicandi** supone un respaldo oficial del cual carece el **receptum**. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el **iussum iudicandi** estaba expresamente incluido en la fórmula. En la **Tabula Pompeiana** 344 se lee:

(Si par) et C(caium) Marcium (Satur) ninum/ [C(aio)] Sulpicio Cinnam (OHS) I MM/ (d) are oportere q(ua) [d(e) agiltur/ C(aius) Blossius Celadus (i)ude[x C(aium)] / Marcium Satu (rn)ium HS (...)

**CCI / [C(aio) Su] Ipicio Cinnam (o co)ndemnato,] si non paret absolvi-
to./ Iudicare iussit P(ublius) (C)ass (i)u(s) (P)riscus Ilvir. (32).**

Es importante tener presente la posibilidad de que fuera utilizada la sanción a los otros tipos de **recepta** al **receptum arbitrii**. Entiendo que tal extensión analógica no es posible. En efecto, la intervención del pretor no tenía idéntico significado en los distintos supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el pasaje siguiente:

**Ait praetor: Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum
fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo (33).**

Lenel reconstruye de la siguiente forma la rúbrica del Edicto, en el supuesto del **receptum arbitrii**:

**Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam
dicere cogam (34).**

La coacción ejercida por el pretor en el caso de los **nautae**, **caupones** y **stabularii** se concreta en la expresión **iudicium dabo**, mientras que en el caso del árbitro se limita a un genérico **cogere**. La primera expresión hace referencia, con probabilidad, a la concesión de una **actio** (**actio ex recepto**), mientras que de la segunda no puede extraerse una conclusión precisa, en cuanto que **cogere** puede hacer referencia a cualquier tipo de **coercitio** de los que dispone el magistrado. En cualquier caso parece apoyar esta idea el siguiente fragmento de Paulo:

**Nam magistratu superiore aut pari imperio nullo modo possunt
cogi: nec interest ante an in ipso magistratu arbitrium susceperint.
Inferiores possunt cogi (35).**

De acuerdo, con el texto, Paulo entiende que no es posible obligar a los magistrados de igual o superior **imperium** a dictar sentencia. Esto significa, a mi entender, que la **coercitio**, en el caso del arbitraje, no se realizaría por medio de una **actio** sino por procedimientos extraprocesales. Piénsese, por ejemplo, en este pasaje de Ulpiano:

**...Cogenda igitur erit remediis praetoris et in ius venire et, si venit,
respondere: pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel
multius coercenda (36).**

Por lo que se refiere al modo de exigir el cumplimiento del árbitro que acepta, algunos autores son partidarios de que el pretor concedía a las partes una **actio in factum** contra el árbitro que no daba sentencia (37).

No existen fuentes que nos permitan asegurar categóricamente la existencia de acción alguna contra el árbitro incumplidor. Cuesta creer que esto se pudiera haber dado sin que en ningún momento el Digesto la mencione, aunque fuese de manera indirecta.

Paricio afirma que "durante algún tiempo le pareció que un fragmento de Calistrato quizá podía implícitamente estar atestiguando la existencia de una acción contra el árbitro"; pero luego añade que "este fragmento tampoco sirve para demostrarlo" (38).

El texto al que se refiere al autor en el siguiente:

Cum lege Julia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginte annis compromissarium iudicem eligere: ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Maiori tamen viginti annis, si minor viginti quinque annis sit, ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit, multi dixerunt (39).

En él, el jurista nos habla de que sería nula la sentencia emitida por un menor de veinte años, pues no se incurre en la pena de la estipulación, ya que a nadie le es lícito elegir como juez compromisario al menor de veinte años. Pero el fragmento segundo añade que se ha de socorrer al menor de veinticinco años cuando hubiera asumido temerariamente el juicio.

Añade el autor que un texto similar para descubrir esa acción se encuentra en D.2, 13, 1, 5, que hace referencia al hecho de que procede una *actio in factum* contra el demandante que no ha hecho la comunicación:

Eis, qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt vel ex alia iusta causa, subvenietur.

En principio, el autor acepta que se hable de *subvenire* en D. 2, 13, 1, 5 y *succurrere* en D. 4, 8, 41, pero añade que se trata de verbos sinónimos y que quizás esto da motivo a creer que cuando en el título 4º se está hablando de *proteger* (*succurrere*) al comprendido entre veinte y veinticinco años, que ha asumido un arbitraje temerariamente, se deseaba protegerle frente a la posibilidad de que alguien ejercitase una acción sobre él.

Esta interpretación va mucho más allá del texto, pues a lo único a lo que parece referirse el jurista, como dice el autor, "es que la Lex Julia que protege al menor de veinte años habría de extenderse también al menor de veinticinco".

El problema que se plantea sobre la validez de la sentencia emitida por un juez que aun no ha alcanzado la edad de veinticinco años, pero es mayor de veinte, parece se traslada a la dada por un *arbiter ex compromisso* que se encuentra en la misma situación de edad; por ello parece lógico que algunos dijeran que se debía socorrer al que se encontraba entre veinte y veinticinco años, pero que esa protección consistía en que el pretor no le obligaría a dar sentencia.

Si esto es así, parece congruente que el texto del D. 4, 8, 31 no serviría para fundamentar una acción contra el árbitro, y si prescindimos de este texto, no se encuentra otro que pueda servir de ayuda.

Como decíamos anteriormente, es difícil comprender que sólo pudiera ser obligado por el pretor, a través de una multa o embargo, el árbitro que no dictaba la sentencia. Porque si bien esto era perjudicial para el árbitro que tenía que pagar, no quedaban con ello las partes satisfechas, ya que si ellos concertaron un compromiso arbitral es porque el fin que perseguían era que se diese una solución a su controversia.

No queda claro, pues, en este aspecto, que no existiese algún medio que pudiera ser utilizado por las partes que habían sido dañadas ante la falta de cumplimiento del árbitro.

Si, como sabemos, el deber esencial del juez es dar sentencia (40) y cuando no

actúa así incurre en responsabilidad (41) y se considera que había frustrado para siempre el litigio y lo hacía suyo (*litem suam faciebat*) ya que se subrogaban en la posición del demandado y se podía ejercitar contra él la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, pues había ocasionado perjuicio al demandante, ya que la acción que se la había concedido contra el demandado había sido consumida en la *litis constestatio*, cuando es el árbitro quién no emite la sentencia ¿no está causando un evidente perjuicio al demandante?.

Es evidente el interés que tiene la reflexión sobre esta situación arbitral, ante el hecho de que si bien cuando era un *arbiter ex compromisso* no se producía este problema, ya que la acción no se agotaba siempre y cuando el asunto que se ventilaba ante el árbitro, venía protegido de acción perpetua y no se cerraba la posibilidad de acudir a un juicio ordinario, el demandante siempre podía someter su controversia a él cuando el árbitro no hubiera dictado la sentencia en el plazo establecido.

Sin embargo, puede darse también el caso de que el asunto que se litigase fuera de aquellos que venían protegidos por una acción anual, como ocurría con las honorarias, en caso de que las partes no hubieran tenido la cautela suficiente para otorgar al árbitro en el compromiso un plazo inferior para que así, en el caso de no cumplir, les quedara tiempo para acudir al juicio ordinario. ¿Qué ocurriría en este caso?.

Algunos consideran que la única solución posible sería que el magistrado, «causa cognita», concediera al demandante frustrado una acción contra el árbitro, semejante a la *actio in factum* que procedía contra el juez que hizo suyo el litigio siendo una acción decretal, no edictal.

También cabe, independiente de la acción con que viniera protegida la cuestión litigiosa, que, como hemos dicho anteriormente, si bien el compromiso no suponía una renuncia tácita de acudir a un proceso, si que era posible que las partes lo concertasen.

Parece lógico que, en este caso, el árbitro producía el mismo daño al demandante que el que ocasionaba el juez ordinario que no dictaba sentencia. En este supuesto, el pretor concedería contra el árbitro que no cumplió, una acción análoga a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, y que quedaría a discreción del magistrado.

Esta tesis, expuesta por Paricio, parece la más acertada, ya que no podían quedar indefensas las partes que, habiendo elegido resolver su litigio a través de un árbitro, cuando éste, por su incumplimiento, les podía ocasionar un perjuicio semejante al que ocasionaba el juez que se comportaba igualmente de manera incorrecta en su función. Y aunque no sabemos a ciencia cierta qué acción sería concedida (42), pues las fuentes no nos dan cuenta de ella y lo único que sabemos es que verdaderamente el edicto no la contemplaba, eso también es lógico teniendo en cuenta que aquellas situaciones que el pretor consideraba injustas quedaban sometidas sencillamente a su discreción y las concedería cuando él estimase que la situación lo requería.

El pretor, con su apoyo a este medio, pretende que el arbitraje sea un complemento de la administración ordinaria de justicia, más que una sustitución de la misma.

Sólo posteriormente nos encontramos con textos de Justiniano en que reforma esto, dedicando atención especial a la institución del tribunal arbitral, e introduciendo por primera vez una verdadera **actio in factum** para exigir la sentencia de los árbitros, cuando las partes así lo hubieran expresamente acordado (**Caudum homologatum**).

Esta sentencia arbitral no era **res iudicata**, pues siempre podría recurrirse a un proceso ordinario: pero se otorgaba al demandado una **exceptio** y al demandante una **actio in factum**, lo que suponía una garantía estatal directa y no la necesidad de que las partes tuvieran que asegurarla, mediante la estipulación de una pena en el compromiso.

Las disposiciones son bastante complicadas: si las partes litigantes han elegido bajo juramento al árbitro, y si éste también se ha comprometido por juramento a dictar una sentencia justa (debiéndose demostrar estos hechos por medio de las firmas de las partes, de testificación documental de fedatarios oficiales o de las actas de arbitrer), o bien si ambas partes litigantes, antes o después de dictar sentencia, se comprometen mediante juramento a respetarla; o finalmente, es el árbitro sólo el que ha hecho promesa por solicitud de las partes de emitir bajo juramento una sentencia justa, entonces **liceat vel in factum vel conditionem ex lege vel ...rem utilem instituere** (43).

Esta forma de proteger y asegurar la sentencia fue luego anulada por Justiniano, en el año 529 (44), debido a los serios inconvenientes que presentaba y a los frecuentes perjuicios que se daban.

Se mantuvo la disposición de que el reconocimiento de la sentencia emitida, ya fuese oralmente (aunque no en forma estipulada) o por escrito, o incluso tácitamente, al abstenerse en el plazo de diez días a impugnarla, otorgaba al acusado una **exceptio veluti pacti** y al demandante una **actio in factum**.

NOTAS

- (1).- CICERON, *Pro Rosc.*, IV, 12: **compromissum faceris, arbitrium sumpseris**; Alf, 7, D. 4, 8, 50: **arbitrer ex sumptus...**
- (2).- D. 4, 8, 31.
- (3).- WLASSAK, *Art. Arbitrer n. I*, tomo III, pág. 408-10 y *Art. Arbitrium n. 1*, pág. 412 ss.
- (4).- WEIZSAECKER, *Das römische Schiedsrichter amt unter Vergleichung mit dem officium iudicis*, Tübingen, 1879.
- (5).- D. 4, 8, 13, 2.
- (6).- C. I., 3, 1, 14, 1.
- (7).- Contra esto WEIZSACKER, op. cit., p. 63.
- (8).- WEIZSACKER, op. cit., p. 65.
- (9).- MATTHIAS, *Die Entwicklung...*, ed. cit., p. 54 y ss.

- (10).- Nos ha llegado una sentencia emitida en el s. I d. C. de un **arbitr ex compromisso** sobre un asunto de demarcación entre la Comunidad Histonium y un particular.
- (11).- MOMMSEN, Rev. Jurid. I, 376, 83.
- (12).- MATTHIAS, I, 29; DE RUGIERO, Dio. epig., I, 1615.
- (13).- WENGER, **Receptum arbitrii**, en P.W., p. 363.
- (14).- D. 4, 8, 3, 1.
- (15).- D. 4, 8, 32, 6.
- (16).- D. 4, 8, 32, 7.
- (17).- D. 4, 8, 32, 5.
- (18).- D. 4, 8, 32, 10.
- (19).- C. I., II, 46, 3, 1.
- (20).- MATTHIAS, op. cit. p. 29.
- (21).- PARTSCH, en op. cit., la sitúa dos siglos a. de C.
- (22).- LENEL, Ed. Pep. 2, 129.
- (23).- D. 4, 8, 32, 4 y 15, 16.
- (24).- MATTHIAS, **Die Entwicklung...**, op. cit., p. 19-20.
- (25).- MATTHIAS, **Die Entwicklung...**, op. cit., p. 19-20.
- (26).- D. 4, 8, 3, 2.
- (27).- D. 4, 8, 32, 6.
- (28).- C. WEIßSÄCKER. **Das Römische Schiedsrichteramt...**, ed. cit., p. 65. Por su parte WENGER (**Receptum arbitri**), en P.W. I, P. 358 ss., intenta encuadrarlo entre las **operae liberales**, posición que es rechazada por VISKY (**Geistige Arbeit und die "Artes liberales" in den Quellen des römischen Recht**, Budapest, 1977). Más recientemente, ha seguido este mismo planteamiento W. WALDSTERIN (**Operae Lebertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht Freigelassener**, Stuttgart, 1986).
- (29).- A. PERNICE, **Parerga**, en SZ, 20 (1900). Este autor, al referirse al significado de **receptum**, entiende que éste no es la aceptación de una cosa, ya que lo que se acepta en el **receptum arbitri** es el dictar sentencia (ib. p. 137).
- (30).- B. ALBANESE, **Gli atti negoziali nel Diritto Privato Romano**, Palermo, 1932, p. 155.
- (31).- G. LA PIRA, **Compromissum...**, ed. cit., p. 219.
- (32).- Cfr. la transcripción de L. BOVE (**Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine**, Nápoles, 1979, p. 106).
- (33).- D. 4, 9, 1 pr.
- (34).- D. 4, 8, 3, 2; este pasaje se completaría, según Lenel, con D. 4, 8, 15.
- (35).- D. 4, 8, 4.
- (36).- D. 25, 4, 1, 3. El propio Paulo se expresa también de forma parecida en otro pasaje: **Si arbitr sese celare temptaverit, praetor eum investigare debet, etsi diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est** (D. 4, 8, 32, 12).
- (37).- SCHULZ fue partidario durante algún tiempo de la existencia de esta acción contra el árbitro incumplidor en **I principii**, p. 195. D'ORS en DPR.; pero mientras en ediciones anteriores a la de 1983 mantenía en vía de hipótesis que el **receptum arbitrii** daba lugar a una **actio in factum** contra el árbitro que no cumple el encargo, en la edición posterior a la fecha señalada, indica que el **receptum arbitrii**, quizá al igual que los otros **recepta**, daría lugar a una **actio in factum**.

- (38).- PARICIO, op. cit., p. 300.
- (39).- D. 4, 8, 41.
- (40).- Jul. 5, D. 5, 1, 74; Ulp. 51 ad Sab. D., 42, 1, 55.
- (41).- CREMADES Y PARICIO, en "La responsabilidad del juez en el Derecho Romano Clásico", dicen que la nueva tesis d'orsiana consiste en señalar que un juez **litem suam facit** cuando no da sentencia, a lo que quedaría equiparado el darla fuera de los límites de la fórmula, pues tal sentencia sería nula y equivaldría a ausencia de ella".
- (42).- PARICIO, art. cit., que dice: "En cierta manera se podría hablar de una acción decretal y «ficticia» con ficción de que el **arbiter ex compromisso** era juez ordinario y había hecho suyo el litigio, pero ello no sería exacto pues una acción ficticia se basa siempre en una acción **in ius**. En nuestro caso, simplemente se trataría de una acción análoga a la **actio adversus iudicem qui litem suam fecit** que no tenía fórmula **in ius** sino **in factum**."
- (43).- C. I. 4, 5, 5, 2; Nov. 82, 11.
- (44).- Nov. Iust. 82, 11.