

# Notas sobre la sentencia del *arbiter ex compromisso*. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia

por Javier PARICIO

(León)

**Sumario** : I. - Introducción. — II. - Sobre si el *arbiter ex compromisso* quedaba o no vinculado al derecho objetivo. — III. - Sobre si la sentencia del árbitro debía ser, necesariamente, pecuniaria. — IV. - Sobre la sanción contra el árbitro que, habiendo asumido la responsabilidad, no dictaba sentencia.

## I. Introducción.

1. — Para la resolución de las controversias jurídicas era lo habitual el acudir a los *iudicia del ordo* cuya fase *in iure* tenía lugar ante el magistrado, sin embargo, salvo algunos supuestos que quedaban exceptuados <sup>(1)</sup>, también eran posibles los litigios cuando se fundaban en un *compromissum* de las partes y un *receptum* del árbitro (o árbitros) elegido por los litigantes <sup>(2)</sup>. El

(1) En Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.32.6-7, se indican algunas cuestiones que no podían ser sometidas a este tipo de arbitrajes.

(2) En D. 4.8.1 se dice que « *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur* », pero no se debe descartar que en este punto el texto pudiera ser compilatorio. Afirma esto último STEINWENTER, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie*, en *Studi in memoria Albertario II* (1953) p. 127; en contra TALAMANCA, *Ricerche in tema di « compromissum »* (1958) pp. 18 s.

*compromissum* fijaba los límites de la controversia <sup>(3)</sup>, de forma análoga a como la fórmula los fijaba en los juicios ordinarios.

Cuando el árbitro había asumido la responsabilidad (*recipere arbitrium*) el pretor le obligaba a sentenciar <sup>(4)</sup>, pero era necesario que mediase una cantidad comprometida como pena <sup>(5)</sup>; para ello las partes se cruzaban unas estipulaciones en las que cada litigante prometía al adversario una cantidad pecuniaria en concepto de pena (*stipulationes poenae*) en caso de no acatar el *arbitrium*. La función de estas estipulaciones era doble: por una parte la de coaccionar al cumplimiento y, por otra, la de sanción frente al no cumplimiento. En la pena estipulada se podía incurrir cuando no se cumplía la sentencia <sup>(6)</sup> del árbitro, pero también en otros casos: no comparecencia <sup>(7)</sup>, actuación dolosa con respecto al árbitro (por ejemplo, sobornándolo) o al adversario <sup>(8)</sup>, ..., y siempre que se incumpliera alguna de las cláusulas de la estipulación <sup>(9)</sup>. Lo estipulado como pena era, como hemos dicho, una cantidad de dinero determinada, pero también podía ser indeterminada <sup>(10)</sup> e, incluso, no consistir en

(3) Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.32.15-17.

(4) Cfr LÉNEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 130 s. El edicto decía: « *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam* ».

(5) Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.3.2: *Ait praetor: « Qui arbitrium pecunia compromissa receperit »*; = Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.11.2: *Quod ait praetor: « pecuniam compromissam »*.

(6) En estas páginas hablaremos normalmente de *sententia*, pues es el término que aparece en las fuentes; ciertamente, se pueden utilizar también otros como « laudo », « resolución », etc.

(7) Cfr Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.21.9. En el mismo sentido la constitución de Caro, Carino y Numeriano del año 283: C.I. 2.55.2.

(8) Cfr Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.31; normalmente las estipulaciones recíprocas contendrían la cláusula de dolo.

(9) Cfr Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.31 inicio.

(10) Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.28: *Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit, ut puta « quanti ea res erit »*. — Por cuanto refiere a D. 4.8.27.7, donde no se promete estrictamente una pena sino cumplir la sentencia (*stipulatio in faciendo*), creo que tienen razón TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, pp. 103 ss., VOGLI, *La responsabilità del debitore da « stipulatio poenae »*, en *Studi Volterra III* (1971), p. 333 y KNÜTEL, « *Stipulatio poenae* » (1976) p. 37, al admitir la genuinidad del texto y que procedería la *actio incerti ex stipulatu* si no se

dinero <sup>(11)</sup>. Cuando uno de los litigantes incurría en la pena el compromiso se extinguía, salvo acuerdo contrario de las partes <sup>(12)</sup>.

Una vez establecido el *compromissum* y asumida la responsabilidad por parte del árbitro, no por ello se extinguía en época clásica mediante *exceptio* <sup>(13)</sup> — como sostiene un sector de la doctrina — la acción ordinaria; la acción ordinaria podía ejercitarla el demandante siempre, pero, si lo hacía, incurría automáticamente en la pena estipulada y el compromiso se extinguía. Esto queda aclarado por Paulo:

Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.30: *Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, (...) adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda* <sup>(14)</sup>.

Así, pues, el *compromissum* no consta de un *pactum* pues no da lugar a una *exceptio* y, en ese sentido, no es del todo exacto

cumplía la sentencia. En contra ROUSSIER, *Du compromis sine poena en droit romain classique*, en *RHD* 18 (1939) pp. 167 ss. y BONIFACIO, voz *Compromesso*, en *NNDI* III, p. 784, que entienden el texto como interpolado.

(11) Podía consistir en otra cosa cualquiera: Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.11.2; e, incluso, en la renuncia a la acción: Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.11.3. Sobre este último texto *vid.* TALAMANCA, «*Compromissum*», cit. en nt. 2, pp. 122 ss.

(12) Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.34.1.

(13) Ulpiano 4 *ad Ed.*, D. 4.8.2: *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*; igualmente en *Consultatio* 9.17: *Item ex corpore Gregoriani. Qui contra arbitri sententiam petit sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam [conceptio] <exceptio> pacti conventio*, la corrupción *exceptio* → *conceptio* es evidente. Sobre la no existencia de la *exceptio veluti pacti* en la época clásica, véase ROTONDI, *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane: l'«exceptio veluti pacti ex compromisso»*, en *Scritti Giuridici* I (1922) pp. 289 ss.; TALAMANCA, «*Compromissum*», cit. en nt. 2, pp. 101 ss.; BONIFACIO, *Compromesso*, cit. en nt. 10, pp. 785 s.

(14) Aunque el texto está claramente retocado creo que la mejor forma de entenderlo es que si el demandante ejercita la acción vulnera el compromiso e incurre en la pena, y se sigue el juicio ordinario. No me parece convincente en este punto TALAMANCA, «*Compromissum*», cit. en nt. 2, pp. 76 ss.

afirmar que el compromiso conlleva un pacto de renuncia a la acción <sup>(14<sup>bis</sup>)</sup>. Es cierto que lo contrario resulta coherente desde un punto de vista lógico, pero no se corresponde con las fuentes fidedignas; en realidad, la confusión proviene de un texto de Ulpiano recogido en D. 4.8.13.1, donde se habla de la *exceptio veluti pacti*, pero ese texto está alterado y responde a la nueva concepción postclásico-tardía aceptada por Justiniano: C.I. 2.55.5.pr. (año 530).

Por lo demás, al igual que sucedía en los juicios ordinarios, la sentencia del árbitro compromisario era inalterable, incluso para él mismo <sup>(15)</sup>; en cambio, ni tan siquiera en la última época clásica pudo ser apelada <sup>(16)</sup>. Si el árbitro sentenciaba a favor del demandante y el demandado se negaba a cumplir, no disponía aquél de la acción ejecutiva ordinaria (*actio iudicati*), simplemente podía reclamar la pena estipulada <sup>(17)</sup>.

2. — Veintiséis años atrás, el prof. M. Talamanca reconocía, al comenzar su excelente monografía sobre el *compromissum* <sup>(18)</sup>, que la romanística del presente siglo no había prestado a ese tema la atención que merecía <sup>(19)</sup>; aunque con posterioridad a su libro apareció alguna breve contribución parcial, ello no modifica el juicio del gran romanista italiano.

<sup>(14<sup>bis</sup>)</sup> Sin embargo, a la *conventio compromissi* podía agregarse un *pactum* de renuncia a la acción: *vid. infra* IV, 5, c.

<sup>(15)</sup> Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.19.2. Sabino (y quizá sólo él) admitía que el árbitro pudiese cambiar su sentencia, tal vez para diferenciarlo del juez ordinario. La « disculpa » de Casio es propia de discípulo, pero quizá no quepa descartar que Sabino se refiriera a una « sentencia » *de praeparatione causae*, como indica Casio.

<sup>(16)</sup> A diferencia de los juicios ordinarios, cuyas sentencias podían ya ser apeladas en época clásica avanzada, las sentencias de los árbitros compromisarios no podían apelarse según señala Ulpiano, quien trae a colación dos rescriptos de Antonino Caracalla: D. 4.8.32.14; ver también C.I. 2.55.1 del propio Caracalla (año 213). Tampoco Justiniano admitió la apelación de las sentencias arbitrales.

<sup>(17)</sup> *Pauli Sententiae* 5.5.A.1: *Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit...*; igualmente en la, todavía perteneciente al período clásico, constitución de Caracalla del año 213, C.I. 2.55.1: *...quia nec iudicati actio inde praestari potest...*

<sup>(18)</sup> TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, p. 1.

Además de los propiamente estructurales, muchos son los problemas que nuestro tema presenta en las fuentes<sup>(20)</sup>, por citar sólo algunos: las excusas para dejar de ser árbitro, el plazo del compromiso, la prórroga del mismo, el juramento de « no ver claro » y su función en este caso, el pretendido paralelismo entre los juicios ordinarios y los arbitrajes *ex compromisso*, y tantos otros. Por todo ello sería muy conveniente un amplio estudio actualizado sobre el tema, pues la monografía de Talamanca, pese a su bondad, no lo agota y resulta discutible en algunos puntos.

En el presente artículo no se pretende tratar de todas las cuestiones dudosas que los arbitrajes compromisarios presentan, sólo me ocuparé de tres aspectos muy concretos: *i*) sobre si el árbitro quedaba o no vinculado al derecho objetivo; *ii*) sobre si la sentencia del árbitro debía ser, necesariamente, pecuniaria; y *iii*) sobre la sanción contra el árbitro que, habiendo asumido la responsabilidad, no dictaba sentencia.

(19) El tema fue suficientemente tratado por la romanística del siglo pasado; sobre esa bibliografía ver TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, p. 1 nt. 1, pero teniendo en cuenta el inciso inicial de esa nota. En el presente siglo los estudios específicos son escasos: ROTONDI, *Un nuovo esempio*, cit. en nt. 13; LA PIRA, « *Compromissum* » e « *litis contestatio* » formulare, en *Studi Riccobono* II (1936) pp. 187 ss., quien establece un absoluto paralelismo entre *iudicium* y *arbitrium*, cfr en síntesis la sede final de conclusiones pp. 224 ss.; ROUSSEAU, *Du compromis*, cit. en nt. 10; el varias veces citado de TALAMANCA, « *Compromissum* », que es el más completo; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'Édit du préteur* (1958) pp. 156 ss.; y la pequeña referencia de ZIEGLER, *Arbiter, arbitrator und amicus compositor*, en *ZSS* 84 (1967) pp. 376 ss., no sólo sobre nuestro tema. — Una síntesis presenta BONIFACIO, *Compromesso*, cit. en nt. 10. — Sobre problemas a propósito de las *stipulationes compromissi* ver también VOCI, *La responsabilità*, cit. en nt. 10, pp. 333 ss. y KNÜTEL, « *Stipulatio poenae* », cit. en nt. 10, pp. 147 ss. y 203 ss.

(20) Los títulos esenciales son: D. 4.8, *De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*, y C.I. 2.55(56), *De receptis*. — Las *Tabulae Herculanaenses*, editadas por ARANGIO-RUIZ y PUGLIESE-CARRATELLI entre 1946 y 1961 en artículos sucesivos, presentan tres procedimientos arbitrales (T.H. 76-82). Ver ARANGIO-RUIZ y PUGLIESE-CARRATELLI, *Tabulae Herculanaenses* (V), en *La Parola del Passato* 10 (1955) pp. 448 ss. y TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, pp. 6 ss.

## II. (i) Sobre si el *arbiter ex compromisso* quedaba o no vinculado al derecho objetivo.

Esta primera cuestión que abordamos ha sido discutida por la doctrina y se pueden encontrar soluciones en los dos sentidos (21). No obstante, si no equivoco mi juicio, creo que la mayoría solemos entender que el árbitro no quedaba ligado al derecho objetivo.

1. — Por cuanto respecta al juez (o al árbitro) ordinario, resulta claro que a lo único que quedaba vinculado era a la fórmula y, luego, a las prescripciones de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* (*diffissio*, plazo para juzgar, etc.). En la fórmula le venía indicado todo el derecho aplicable al caso concreto; la pretensión del demandante se sustentaba en la *intentio* (22), el demandado, a su vez, podía insertar una *exceptio* (que, eventualmente, podía estar fundamentada en alguna disposición de *ius publicum*: *exceptio legis Cinciae*, *exceptio legis Laetoriae*, *exceptio senatusconsulti Macedoniani*, ...), etc. La discrecionalidad del juez era diversa según los casos y dependía del juicio concreto a él sometido, así, por ejemplo, era mayor en un *iudicium bonae fidei* que en un *iudicium stricti iuris* y, dentro de estos últimos, su libertad a la hora de la estimación pecuniaria era mayor cuando la *condemnatio* de la fórmula era *in aequum* que cuando era *certa*. En todo caso —hasta la generalización tardo-clásica de la apelación— la sentencia del juez no era revisable (23) y había que estar a ella; si la sentencia la dió

(21) Entre otros, afirman la no vinculación WŁASSAK, voz «*Arbitrium*», en *PWRE* II, col. 418 y BONIFACIO, *Compromesso*, cit. en nt. 10, p. 785. En contra TALAMANCA, «*Compromissum*», cit. en nt. 2, pp. 24 ss.

(22) Las acciones *in factum* no tenían propiamente *intentio* sino una descripción del *factum* («*nominatio facti*»); ver VALIÑO, «*Intentio*» en *el Digesto. Una revisión de textos*, en *Estudios Alvarez Sudrez* (1978) pp. 519 ss.

(23) *Stricto sensu* la revisión de las sentencias sólo fue posible cuando en época clásica avanzada se generalizó la apelación; antes sólo cabía la impugnación de la sentencia contradiciendo al vencedor en la *actio iudicati* (con el riesgo de *litiscrescencia*) o bien, excepcionalmente, solicitar del

desajustada a la fórmula era nula y el juez *litem suam faciebat* (24), al igual que hacía suyo el litigio cuando no dictaba sentencia y (al menos en la última época clásica) cuando *dolo malo* daba una sentencia en contra o en fraude de ley (25).

Es claro, por lo demás, que el *iudex* debía tener en cuenta los *responsa* jurisprudenciales (acaso de modo muy particular cuando el litigio a él sometido fuera de buena fe), que las sentencias de otros juicios anteriores podían servirle de *exemplum* a la hora de resolver la controversia a él confiada, etc., pero, pese a todo, el juez era libre al emitir su sentencia y sólo quedaba vinculado por la propia fórmula. La libertad mayor la tenía cuando la fórmula presentaba una *intentio* con un *oportere ex fide bona* y la menor cuando tanto la *intentio* como la *condemnatio* eran ciertas.

2. — El *arbiter ex compromisso*, al igual que el juez (26), también era elegido por su idoneidad personal (*bonus vir, bonus arbiter*); las partes procurarían elegir para que resolviera el asunto controvertido a un hombre honesto y de confianza. Sin embargo, esto no obsta para admitir que, si los litigantes así lo deseaban, el árbitro fuera una persona ignominiosa:

Ulpiano 13 *ad Ed.*, D.4.8.7.pr.: *Pedius libro nono et Pomponius libro trigensimo tertio scribunt parvi referre,*

pretor una *restitutio in integrum* cuando algún defecto hubiera viciado el juicio entero.

(24) Gayo 4.52. — Sobre el juez que hizo suyo el litigio ver D'ORS, «*Litem suam facere*», en *SDHI* 48 (1982) pp. 368 ss. y CREMADES, I. — PARICIO, J., *La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico*. «*Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*», en *AHDE* 54 (1984) en prensa.

(25) Ulpiano 21 (?) *ad Ed.*, D.5.1.15.1. Sobre este conflictivo texto ver CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad*, cit. en nt. 24, apdo. IV-4.

(26) El *iudex* era elegido por las partes y confirmado por el pretor. Si los litigantes no se ponían de acuerdo se seguía un curioso procedimiento de recusación entre los integrantes del *album iudicum* (descrito con nitidez en el cap. 87 de la *lex Irnitana*) que, en el fondo, equivalía a la elección convencional. Sobre el cap. 87 de la *lex Irnitana* ver D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, en *SDHI* 49 (1983) pp. 36 ss.

*ingenuus quis an libertinus sit, integrae famae quis sit arbiter an ignominiosus.*

Y la sentencia del árbitro, fuera la que fuese, debía ser cumplida (en caso contrario se incurría en la pena estipulada) pues con el riesgo habían corrido las partes al elegirlo como árbitro:

Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.27.2: *Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit. nam et divi Pii rescripto adicitur: «vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet»* (27).

A propósito de la vinculación o no del árbitro al derecho objetivo se suele traer a colación el conocido pasaje de Séneca, *De beneficiis* 3.7.5:

*...ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impulit, regere.*

En este fragmento tal vez se esté contraponiendo *iudex* y *arbiter ex compromisso* (28), pero aunque así no fuese y (según estimo lo más probable) tuviera razón Talamanca (29) al indicar que Séneca se estaba refiriendo aquí a la contraposición entre *iudex* y *arbiter* en el proceso ordinario, las fuentes jurídicas parecen dar pie más que suficiente para afirmar que el árbitro compromisario no quedaba vinculado al derecho objetivo, en contra de la opinión de Talamanca.

El texto que mejor nos sirve a estos efectos es el de Ulpiano

(27) MOMMSEN, con toda lógica, reconstruye *debe[t]<s>* en la frase del rescripto.

(28) Cfr WLASSAK, voz «*Arbiter*», en *PWRE* II, col. 408 y BONIFACIO, *Compromesso*, cit. en nt. 10, p. 785.

(29) TALAMANCA, «*Compromissum*», cit. en nt. 2, pp. 27 s., que recoge la opinión de BRINZ. La interpretación de TALAMANCA parece correcta.



recogido en D. 4.8.27.2, antes transcrito, donde el jurista dice que se debe estar a la sentencia del árbitro « *sive aequa sive iniqua sit* » y, recogiendo un rescripto de Antonino Pio, que « *vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet* »; cualquier sentencia del árbitro, aun la más *iniqua* (y en esto se puede incluir todo), era válida. Además, el hecho mismo de que las fuentes reconozcan explícitamente que no era posible la apelación de las sentencias arbitrales, ni en la última época clásica ni después<sup>(30)</sup>, da a entender que el árbitro no estaba ligado al derecho objetivo a la hora de emitir su sentencia.

Por otra parte, respecto a los arbitrajes compromisarios no cabe hablar de mayor o menor discrecionalidad del árbitro y, en este sentido, no resulta preciso el distinguir, como sucedía en los juicios ordinarios, entre distintos tipos de juicios. El árbitro a lo único que estaba obligado era a ceñir su sentencia al objeto del compromiso, pues no podía salirse del asunto comprometido<sup>(31)</sup>, y a dictarla en el plazo establecido (salvo prórroga), a nada más<sup>(32)</sup>.

3. — Se debe suponer, no obstante, que las partes también podrían indicar al árbitro si querían que juzgase conforme al derecho objetivo o no. Lo habitual sería que no se le dijese nada y que el árbitro diera su *opinio*, su *sententia*, según su buen saber y entender; pero, aunque las partes le hubieran señalado que juzgase con arreglo al derecho objetivo, no por ello el árbitro quedaba vinculado y podía dictar la sentencia sin atenerse a él<sup>(33)</sup>, y esa sentencia debía ser cumplida<sup>(34)</sup>.

(30) Cfr nt. 16.

(31) Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.32.15-17.

(32) Como se indica al principio de estas páginas, el compromiso fijaba los límites del asunto comprometido análogamente a como la fórmula los fijaba en los juicios ordinarios, pero los efectos no eran los mismos en un caso y en otro. Pongamos un ejemplo bien sencillo. A prestó 100 a B. Si A ejercita la *condictio* y prueba que prestó la cantidad, el juez condenará a B a 100. Por contra, si las partes deciden acudir a un *arbiter ex compromisso*, el árbitro podía condenar a menos si lo estimaba oportuno, o a más (por ejemplo, si los intereses simplemente se pactaron).

(33) En contra de esto no creo que se pueda alegar Paulo 13 *ad Ed.*,

Según vimos antes, la sentencia del *arbiter ex compromisso* nunca pudo ser apelada. Sin embargo, esto no quiere decir que no cupiera nunca ningún remedio contra la sentencia del árbitro; así, desde dos rescriptos de Antonino Caracalla (D. 4.8.32.14), es decir, desde comienzos del siglo III d. C., se concedió, frente a la *actio ex stipulatu* con la que el adversario reclamaba la pena estipulada por incumplimiento de la sentencia, una *exceptio doli* en caso de que la sentencia del árbitro hubiese sido dolosa<sup>(35)</sup>. La misma solución vuelve a aparecer en otro rescripto de Diocleciano y Maximiano (C.I. 2.55.3, año 290 *vel* 293).

Ahora bien, los casos en que se concede la *exceptio doli* son siempre los mismos: cuando el árbitro estaba « vendido » a uno de los litigantes. Así, en D. 4.8.32.14 se habla de que el árbitro fuera manifiestamente enemigo de una de las partes (*cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset*), y C.I. 2.55.3 se refiere al supuesto en que hubiese existido suciedad (venalidad) o evidente favor de los árbitros (*si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt intercessit*)<sup>(36)</sup>. Por ello no cabe entender que, si al árbitro se le indicó que juzgase conforme al

D. 4.8.32.21: *Arbiter nihil extra compromissum facere potest et ideo necessarium est adici de die compromissi proferenda: ceterum impune iubenti non parebitur*. En la primera parte del texto se dice que el árbitro no puede hacer nada fuera del compromiso; pero a lo que el *arbiter* queda vinculado es al asunto comprometido y al plazo para decidir. — Por lo demás, si el árbitro se sale del asunto o dicta la sentencia fuera del plazo se puede impunemente desobedecer su sentencia. El árbitro queda vinculado al plazo para dictar sentencia, salvo que los propios litigantes le hubieran permitido *proferre diem*, cfr también Alfeno 7 *dig.*, D. 4.8.50; una excepción en Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.12, en relación con D. 4.8.11.5.

(34) Toda sentencia se debía cumplir en el plazo señalado por el árbitro; si éste nada indicó debía cumplirse inmediatamente (en caso contrario se incurría en la pena estipulada) si bien se concedía un *modicum spatium temporis*: Ulpiano 13 *ad Ed.* (— Celso, 2 *dig.*), D. 4.8.21.12. Ver Voci, *La responsabilità*, cit. en nt. 10, pp. 335 ss. y KNÜTEL, « *Stipulatio poenae* », cit. en nt. 10, pp. 147 ss.

(35) Cfr Voci, *La responsabilità*, cit. en nt. 10, pp. 334 s.

(36) Este inciso viene a coincidir parcialmente con el paréntesis glosemático (*dolo malo ... sordes*) de D. 5.1.15.1, a propósito del *iudex qui litem suam fecit*; cfr nt. 25.

derecho objetivo y no lo hizo, el « perjudicado » pudiera oponer una *exceptio doli* frente a la *actio ex stipulatu* del adversario. El árbitro era libre, y en su sentencia y en el por qué de la misma no se podía entrar; sólo en los casos que acabamos de ver se concedió desde el siglo III la *exceptio doli*.

4. — Si bien Talamanca estima que las fuentes « non consentono alcun indizio nè per l'una nè per l'altra soluzione », llega a afirmar que « l'ipotesi più probabile è che l'arbitro fosse legato al diritto oggettivo, purchè le parti nel compromesso non lo avessero svincolato dall'osservanza di esso » (37). Las cosas parece que no son exactamente así. El árbitro debía juzgar conforme a su recto saber y entender, con la única limitación de ceñirse al asunto comprometido. Aunque las partes le hubieran indicado que sentenciase con arreglo al derecho objetivo, no por ello el árbitro quedaba vinculado y su sentencia, fuera la que fuera, debía ser cumplida.

### III. (ii) Sobre si la sentencia del árbitro debía ser, necesariamente, pecuniaria.

Como todos sabemos, la sentencia en los juicios ordinarios era necesariamente pecuniaria. Incluso en aquellas acciones que propiamente no miraban al pago de una cantidad sino a un *restituere*, a un *reddere* o a un *exhibere* la condena era pecuniaria, si bien se supeditaba a la no restitución, devolución o exhibición de la cosa.

La cuestión que abordamos en este apartado viene referida a si la sentencia del árbitro compromisario debía consistir siempre en una cantidad de dinero (38), al igual que la sentencia del juez o del árbitro ordinario.

(37) TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, p. 28.

(38) Es claro, por lo demás, que la sentencia debía ser determinada y era *inutilis* (= ineficaz) una sentencia indeterminada: Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.21.3.

La solución a que han llegado los dos autores que en el presente siglo trataron con detalle el tema, La Pira<sup>(39)</sup> y Talamanca<sup>(40)</sup>, es diametralmente opuesta. Para el primero: « una ulterior identidad entre sentencia arbitral y sentencia judicial<sup>(41)</sup> está en el carácter pecuniario de la condena », para Talamanca: « la sentencia arbitral podía contener un mandamiento distinto del de pagar una suma determinada de dinero ».

Lo primero que se debe notar es que las fuentes, cuando se refieren a sentencias que terminan el arbitraje<sup>(42)</sup>, hablan constantemente de condena al pago de una cantidad pecuniaria:

Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.23.1: ...*pecuniam dari*...

Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.23.3: ...*si arbiter me tibi pecuniam dare iusserit*...

Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.27.1: ...*si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit*...

Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.27.3: ...*si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent*...

No obstante, si dejamos al margen esos fragmentos ejemplificativos, los dos textos fundamentales son: a) D. 4.8.42, y b) D. 4.8.39.pr.

a) En Papiniano 2 *resp.*, D. 4.8.42, se dice:

(39) LA PIRA, « *Compromissum* », cit. en nt. 19, p. 223.

(40) TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, pp. 29 ss.

(41) Como decíamos al principio de este artículo, no vamos a entrar en el tema del pretendido paralelismo entre los juicios ordinarios y los arbitrajes compromisarios; no obstante, a lo largo de D. 4.8 queda claro que en algunos aspectos los arbitrajes *ex compromisso* se regían por las mismas reglas que los *iudicia* ordinarios (D. 4.8.6; 4.8.9.2; 4.8.13.3; 4.8.18; 4.8.41). — En todo caso no parece exacta la identidad estructural entre *iudicium* y *arbitrium* que LA PIRA establece. Este autor está equivocado ya en la misma estructura que confiere al *compromissum* al subsumir el convenio de las partes en las estipulaciones recíprocas; eso no es así, pues las estipulaciones son accesorias a la *conventio compromissi*. Sobre esto ver TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, pp. 3 ss.

(42) No nos referiremos aquí, salvo en un mínimo inciso, a las « *sententiae* » de *praeparatione causae*, que no son propiamente sentencias; cfr D. 4.8.19.2.

*Arbiter intra certum diem servos restitui iussit, quibus non restitutis poenae causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: ob eam sententiam fisco nihil acquiritur, sed nihilo minus stipulationis poena committitur, quod ab arbitro statuto non sit obtemperatum.*

Un árbitro ordenó que en un cierto espacio de tiempo se restituyesen unos *servi*, al no ser restituidos condenó a una pena pecuniaria en favor del fisco según la forma del compromiso. Ciertamente, nos encontramos en este caso ante una situación análoga a la de una acción que mira a un *restituere*; el árbitro dispuso la restitución de los esclavos (coincidiría ésto con la *pronuntiatio* ordenando la restitución en una acción arbitraria) pero, como el demandado no cumplió, condenó a una cantidad pecuniaria en favor del fisco *secundum formam compromissi*.

Este texto resultaría capital, según La Pira<sup>(43)</sup>, para fundamentar que la sentencia del árbitro compromisario debía ser pecuniaria. Sin embargo<sup>(44)</sup>, lo único que se dice en el pasaje es que las partes, en el compromiso (*secundum formam compromissi*), habían establecido que si no se restituían los esclavos se condenase a una pena en favor del fisco; y Papiniano indica que por esa sentencia el fisco nada adquiere, pero que se incurre en la pena de la estipulación por no haber obedecido lo establecido por el árbitro. Es claro que de este texto no cabe inducir un principio de validez general, pues el árbitro no hace sino seguir las directrices marcadas por las partes en el compromiso.

b) El segundo texto es el de Javoleno, 11 *ex Cassio*, D. 4.8. 39.pr.:

*Non ex omnibus causis, ex quibus arbitri paritum sententiae non est, poena ex compromisso committitur, sed ex his dumtaxat, quae ad solutionem pecuniae aut operam praebendam pertinent.*

En este pasaje de carácter general se dice que en la pena del

(43) LA PIRA, « *Compromissum* », cit. en nt. 19, p. 223.

(44) Ver con detalle TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, pp. 29 ss., cuya interpretación resulta correcta.

compromiso no se incurre en todas las causas de desobediencia a la sentencia del árbitro, sino sólo en aquellas que *ad solutionem pecuniae pertinent* o en las que *ad operam praebendam pertinent*.

Tal y como pone de relieve Talamanca <sup>(45)</sup>, se reproduce en este fragmento de Javoleno *ex Cassio* la distinción que Sabino y Casio (D. 4.8.19.2; cfr *supra* nt. 15) establecían entre *sententia quae arbitrium finiat* y « *sententia* » de *praeparatione causae* (que sólo prepara la causa, pero no decide la controversia). Si dejamos al margen estas últimas ¿se está reconociendo en D. 4.8.39.pr. que todas las *sententiae quae arbitrium finiant* eran necesariamente pecuniarias?

A primera vista parece que sí; sin embargo Talamanca lo niega, y como argumento clave para quitar validez general al texto de Javoleno trae a colación un fragmento de Marciano 2 *dig.*, D. 4.8.51, donde este jurista indica que si alguno hubiese sido nombrado árbitro *in rem suam* no puede dictar sentencia « *quia se facere iubeat aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest* ».

En el texto se habla de *facere iubeat* y Talamanca señala, con toda coherencia, que si la única condena posible fuera la pecuniaria se hablaría de *dare*, no de *facere*. De todas formas, aunque la interpretación del romanista italiano puede aceptarse, no resulta por completo seguro que Marciano esté hablando aquí con exquisito tecnicismo a propósito de *dare* o *facere*.

Como vemos, las fuentes son bastante oscuras y, al menos a mi entender, no permiten una afirmación categórica. Según parece lo más probable, la sentencia del *arbiter ex compromisso* podía no consistir en dinero, pero esto no obsta para reconocer que una suposición de ese tipo se funda más en la lógica que en los textos. En todo caso, D. 4.8.42 no sirve, en contra de la opinión de La Pira, para decir que toda sentencia arbitral debía ser pecuniaria.

(45) TALAMANCA, « *Compromissum* », cit. en nt. 2, p. 33 y nt. 73.

#### IV. (iii) Sobre la sanción contra el árbitro que, habiendo asumido la responsabilidad, no dictaba sentencia.

##### 1. — *Introducción.*

El edicto, según la reconstrucción —en este caso prácticamente segura— de Lenel<sup>(46)</sup>, decía: *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam.*

En diversos fragmentos jurisprudenciales se pone de manifiesto, sin embargo, que al árbitro compromisario no siempre se le obligaba a sentenciar. Tal ocurría cuando podía alegar alguna excusa sobrevenida admitida por el pretor<sup>(47)</sup>, pero también en otros casos: cuando el elegido árbitro era, a su vez, magistrado de igual o superior rango que el pretor<sup>(48)</sup>, cuando manifiestamente mediase *sordes* o *turpitud* del árbitro<sup>(49)</sup>, cuando uno de los litigantes se hubiera vuelto loco<sup>(50)</sup>, etc. Fuera de esos casos excepcionales el pretor obligaba al árbitro a dictar sentencia; las fuentes hablan continuamente de *cogere* (y de *non cogere* en esos supuestos excepcionales).

El asumir o no la función de árbitro dependía de la libre decisión personal<sup>(51)</sup>, pero, una vez asumida la responsabilidad, el árbitro no sólo quedaba vinculado en conciencia sino que el pretor le obligaba a sentenciar. Cómo fuera su sentencia no le preocupaba al magistrado: *qualem autem sententiam dicat arbiter ad praetorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur*<sup>(52)</sup>, pues al pretor lo único que le importaba era que la sentencia se diese. Si la sentencia no se dictaba en el

(46) LENEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 131. La documentación en este caso es lo suficientemente amplia como para que no surjan dudas.

(47) En Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.15 y en Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.16 se presentan diversos ejemplos de excusas.

(48) Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.3.3 y Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.4.

(49) Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.9.3.

(50) Juliano 4 *dig.*, D. 4.8.47.1-49.pr. y Modestino 4 *reg.*, D. 4.8.48.

(51) Ulpiano 13 *ad Ed.*, D. 4.8.3.1. La segunda parte del texto es retórica y, seguramente, interpolada; cfr SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1946, corr. 1967), p. 200.

(52) Paulo 13 *ad Ed.*, D. 4.8.19.pr.

plazo previsto en el compromiso <sup>(53)</sup> es evidente que alguna sanción existía contra el árbitro; el problema radica en el tipo de esa sanción.

Antes de entrar en la cuestión de fondo resulta necesario señalar que los juristas no se ocuparon especialmente, al menos en las fuentes no consta, de la sanción contra el árbitro. Trataron de muchos problemas, pero de la sanción contra el árbitro no. Esto, aunque no prejuzgue nada, quizá pueda ya hacernos sospechar que esa sanción no estaba prevista en el Edicto.

## 2. — *La opinión mayoritaria.*

Pernice <sup>(54)</sup> decía que « der Prätor nötigt ihn dazu durch außerordentliche Mittel (Multierung, *pignoris capio*) ». En parecido sentido Lenel <sup>(55)</sup> afirmaba que el medio coercitivo contra el árbitro no se indicaba en el Edicto, pero que no consistía en una acción penal, sino en una multa o en una *pignoris capio*.

La romanística posterior ha admitido, de modo casi general, esa solución al problema <sup>(56)</sup>. Si bien se suele advertir <sup>(57)</sup> lo sorprendente que resulta el que, a diferencia de los otros *recepta*, en el *receptum arbitrii* no se conceda una acción, se concluye que estamos ante un caso excepcional.

Como defensa de una sanción pretoria de tipo « extraordi-

(53) No obstante, las partes en el compromiso podían autorizar al árbitro a que prorrogase el plazo si lo estimaba oportuno. En algún caso excepcional (cfr D. 4.8.12) la prórroga podía disponerla el pretor. *Vid supra* nt. 33.

(54) PERNICE, *Labeo* I (1873, reimp. 1963) p. 447.

(55) LENEL, *EP*<sup>3</sup>, p. 131.

(56) Citamos a continuación algunos autores, pero en este punto no suele haber discrepancias: GIRARD, *Manuel*<sup>8</sup> (1929, reimp. anast. 1978) p. 646; PEROZZI, *Istituzioni* II<sup>2</sup> (reint. 1947) p. 375; MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit. en nt. 19, en especial p. 157; KASER *RPR* I<sup>2</sup> (1971) pp. 584 s.; BIONDI, *Istituzioni*<sup>4</sup> (amp. ed ag. 1972) p. 522; IGLESIAS, *DR*<sup>7</sup> (1972) p. 450; BURDESE, *Manuale*<sup>3</sup> (1975) p. 492; GUARINO, *DPR*<sup>6</sup> (1981) p. 811; ALBANESE, *Gli atti negoziali* (1982) p. 155.

(57) Ver, por ejemplo, SCHULZ, *CRL* (1951) § 970; MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit. en nt. 19, p. 159.



nario » o « administrativo », admitida por la inmensa mayoría de la doctrina, sólo se puede aportar un texto de Paulo:

Paulo 13 *ad Ed.*, D.4.8.32.12: *Si arbiter sese celare temptaverit, praetor eum investigare debet, et si diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est.*

Señala el jurista que si el árbitro se hubiera intentado esconder el pretor debe buscarlo y, si no aparece en largo tiempo, se le impondrá una multa. Obsérvese, no obstante, que la apoyatura proporcionada por este texto tampoco es muy sólida. Lo lógico es pensar que la partícula adverbial *diu* está presuponiendo que pasó el plazo para sentenciar, pero eso no se dice de forma expresa; además, tampoco se dice que la multa sea la consecuencia de no haber dado sentencia, sino, más bien, de haberse ocultado y no aparecer en largo tiempo.

De momento sólo hemos mostrado que aceptar una sanción pretoria de ese tipo con carácter general tiene un apoyo muy escaso en las fuentes, pero esto no quiere decir, como luego veremos <sup>(58)</sup>, que el pretor no pudiera operar así.

### 3. — *La intuición de A. d'Ors.*

En ediciones anteriores del *DPR* <sup>(59)</sup> el prof. A. d'Ors mantenía en vía de hipótesis que el *receptum arbitrii* daba lugar a una *actio in factum* contra el árbitro que, habiendo aceptado el encargo, se negaba a dar su sentencia. En la reciente edición de 1983 <sup>(60)</sup> indica más matizadamente que « el *receptum arbitrii*, como los otros *recepta*, quizá daba lugar a una *actio in factum*... » y, como efecto reflejo de la conclusión central de su artículo

(58) Cfr *infra* IV,6.

(59) D'ORS, *DPR*<sup>3</sup> (1977) § 129 y *DPR*<sup>4</sup> (1981) § 129; no dispongo de las ediciones anteriores pero ya así en *Elementos* (1960) § 74. En igual sentido SAMPER, *DR* (1974) p. 105 y VALIÑO, *Instituciones* (1976) p. 186. También SCHULZ durante algún tiempo pensó que contra el árbitro cabía ejercitar una acción *in factum*: *I principii* (trad. de ARANGIO-RUIZ, 1946) p. 195, no así ya en el *CRL*.

(60) D'ORS, *DPR*<sup>5</sup> (1983) § 129.

« *Litem suam facere* » (61), añade que « el tema requiere un nuevo estudio, en comparación con la acción análoga contra el *iudex* » (62).

Partiendo de esta última sugerencia procedemos en los números siguientes (4 y 5) a una revisión del tema.

4. — *Las fuentes no documentan una acción contra el árbitro.*

Según se indicó con anterioridad (*supra* IV.1) no parece que los juristas mostraran interés por el tema de la sanción contra el árbitro. Los textos recibidos establecen con toda claridad que el pretor obligaba a dar sentencia, pero no especifican qué sanción procedía contra el *arbiter* que no la daba; sólo disponemos del lacónico pasaje de Paulo, D. 4.8.32.12, que habla de *multae dictio*.

Tras una detenida lectura de las fuentes no hemos encontrado ningún texto que sirva para demostrar la existencia de una acción contra el árbitro. Si esa acción hubiera existido, algún rastro, bien directo bien indirecto, quedaría de ella a lo largo de un título tan extenso como D. 4.8, pero no es así; y lo mismo cabe decir de C.I. 2.55. Por lo demás, tampoco consta que Justiniano la hubiera abolido y que por ello se borrara todo vestigio de ella en el Digesto.

Durante algún tiempo me pareció que un fragmento de Calístrato, recogido en D. 4.8.41, quizá podía implícitamente estar atestiguando la existencia de una acción contra el árbitro. Como luego se verá, ese fragmento tampoco sirve para demostrarla. El texto dice lo siguiente:

Calístrato 1 *edicti monitorii*, D. 4.8.41: *Cum lege Iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere: ideoque poena ex sententia eius nullo modo com-*

(61) D'Ors, « *Litem suam facere* », cit. en nt. 24. En ese artículo queda aclarado el sentido exacto de esa expresión y la finalidad de la acción contra el juez.

(62) D'Ors, *DPR*<sup>5</sup>, § 129, nt. 1.

*mittitur. Maiori tamen viginti annis, si minor viginti quinque annis sit, ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit, multi dixerunt.*

El jurista señala que, estando previsto por la ley Julia (*de iudiciis privatis*) que el menor de veinte años no sea obligado a juzgar, a nadie le es lícito elegir como juez compromisario a un menor de veinte años, y que por ello de ningún modo se incurre en la pena (de la estipulación) por su sentencia. Es decir, su sentencia sería nula. Hasta aquí no surge ninguna cuestión conflictiva pues simplemente se trata de una extensión analógica de lo dispuesto por la ley Julia para los juicios ordinarios.

El problema podría venir en la segunda parte del fragmento pues, según recuerda Calistrato, muchos dijeron que se había de socorrer por esa causa al mayor de veinte años y menor de veinticinco si temerariamente había asumido el arbitraje. El punto neurálgico está en a qué se refiere « *succurrere* », pero sobre esto trataremos luego.

Un texto en cierta forma similar que sirvió para descubrir una acción lo encontramos en D. 2.13.1.5, a propósito de la *actio in factum* que procedía contra el demandante que no hizo la *editio* pre-procesal:

Ulpiano 4 *ad Ed.*, D. 2.13.1.5: *Eis, qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob seum lapsi non ediderunt vel ex alia iusta causa, subvenietur.*

La doctrina, no sin discrepancias, ha reconocido<sup>(63)</sup> que en D. 2.13.1.5 se está admitiendo de forma implícita la existencia de una acción, y que el pretor debía *subvenire* a esas personas (por medio de una *exceptio*, o bien de *denegatio actionis*) frente a la acción que el demandado podría dirigir contra ellas por no haber practicado la *editio* extraprocesal.

Es cierto que en D. 2.13.1.5 se habla de *subvenire* y en D. 4.8.41 de *succurrere*, pero se trata de verbos sinónimos. Quizá esto pudiera dar pie para suponer que, al hablarse en D. 4.8.41 de

(63) Ver, por todos, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (1969) pp. 95 ss.; sobre el edicto introductorio y probable fórmula de esa acción, p. 114.

proteger (*succurrere*) al que se encuentra entre los veinte y los veinticinco años por haber asumido temerariamente el arbitraje, tal vez ello se deba a que se le deseaba auxiliar frente al posible ejercicio de una acción contra él. Esta interpretación no sería exacta, pues lo único que Calístrato parece dar a entender es que muchos sostenían que la protección de la ley Julia al menor de veinte años (no permitiéndole ser juez ni, análogicamente, árbitro compromisario) debía extenderse también al menor de veinticinco.

En realidad, colisionaban en este caso el precepto de la *lex Julia* (que se refería sólo al menor de veinte años) y la protección que se dispensaba al menor *viginti quinque annis*. La cuestión principal se planteó a propósito del juez mayor de veinte años y menor de veinticinco —como parece demostrar el interpolado fragmento de Ulpiano 2 *disp.*, D. 42.1.57<sup>(64)</sup>—, pues se discutía si valía su sentencia; según parece, esa sentencia se consideró válida<sup>(65)</sup>.

Si ya se plantearon dudas sobre la validez de la sentencia del juez ordinario menor de veinticinco años y mayor de veinte, no puede extrañar el que, de forma análoga, se discutiera también si era válida la sentencia pronunciada por un árbitro *ex compromisso* que se encontrara en esos límites de edad. De ahí el que, como rememora Calístrato, muchos dijeran que se debía socorrer al que se encontrara entre los veinte y los veinticinco años, pero esa protección consistiría en que el pretor no le obligara a dar sentencia. No parece que prevaleciera la opinión de esos juristas, al igual que tampoco prevaleció en el caso del juez.

Por consiguiente, si esta explicación es correcta, D. 4.8.41 no serviría para fundamentar una acción contra el árbitro y, si

(64) El texto comienza diciendo: *Quidam consulebat, an valeret sententia a minore viginti quinque annis iudice data*, pero todo lo que sigue a continuación está evidentemente interpolado; cfr por todos, TALAMANCA, «*Compromissum*», cit. en nt. 2, p. 137 nt. 217.

(65) En todo caso, y esto ya es al margen, a ese juez menor de veinticinco años se le debió conceder la *exceptio legis Lactoriae*, en el supuesto de que hubiese hecho suyo el litigio, frente a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* ejercitada contra él.

prescindimos de ese texto, no se encuentra otro —al menos nosotros no lo hemos encontrado— que pueda servir de ayuda.

5. — *En el Edicto no se anunciaba una acción contra el árbitro que no dió sentencia, pero en determinados casos el pretor podía conceder una acción decretal análoga a la acción contra el juez.*

En esta exposición partiremos de algo que se puede dar ya como seguro: *litem suam facere* era, para el juez, la consecuencia de no haber dado sentencia, de haber frustrado el litigio, y el *iudex* se subrogaba en la posición del demandado, por ello se decía que « *litem suam faciebat* »<sup>(66)</sup>.

Según nos indica Gayo<sup>(67)</sup>, la *lex Iulia de iudiciis privatis* hacía caducar los litigios ordinarios a los dieciocho meses; ese era, simplemente, el plazo máximo de vida de los litigios antes del cuál había que sentenciar. Tal y como ponen de manifiesto ahora los capítulos 90 y 91 de la ley Irnitana<sup>(68)</sup>, un día concreto dentro del plazo el magistrado decretaba la *comperendinatio* o señalamiento de la vista para dos días después (*in tertium diem*). Al día siguiente el demandante debía denunciar al demandado y al juez el *intertium* decretado por el magistrado. Al día siguiente (« al tercer día ») se celebraba la vista. Ese día concreto debía juzgar el juez, si bien podía solicitar un aplazamiento (*diffissio*) jurando la causa del mismo.

Si no hacía el aplazamiento y no dictaba sentencia<sup>(69)</sup>, el juez había frustrado para siempre el litigio y lo hacía suyo, *litem suam faciebat*. Desde ese momento (aunque no hubiesen transcurrido los dieciocho meses, que en la inmensa mayoría de los

(66) Sobre este sentido de *litem suam facere*, que nada tiene que ver con la « injusticia » judicial, ver D'ORS, « *Litem suam facere* » cit. en nt. 24; CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad*, cit. en nt. 24.

(67) Gayo, 4.104.

(68) En lo que se dice a continuación sigo lo indicado por D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana*, cit. en nt. 26, pp. 40 ss., pues el texto de la ley municipal todavía no ha sido publicado.

(69) Ya sabemos, por lo demás, que el juez también podía jurar que no veía claro el asunto; ese juramento le liberaba de su oficio de juez y se nombraba a otro.

casos no habrían transcurrido pues se tendería a resolver los juicios con rapidez) el juez se subrogaba en la posición del demandado, pudiéndose ejercitar contra él la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*. Además, el juez hacía también suyo el litigio cuando daba una sentencia contraria a la fórmula<sup>(70)</sup>, pero esto no varía en esencia lo anterior pues una sentencia en contra de la fórmula era nula y equivalía a ausencia de sentencia<sup>(71)</sup>.

Así, pues, *litem suam facere* era la consecuencia de no haber dado sentencia, de haber frustrado el litigio. Si el *iudex* no sentenció había producido un perjuicio importante al demandante pues su acción se había consumido; para resarcirle de ese daño se le concedió contra el juez una acción *in factum*<sup>(72)</sup>, que es la que solemos denominar como *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*.

En el caso del *arbiter ex compromisso* que no daba su sentencia ese perjuicio no se producía. Según vimos al comienzo de estas páginas, el acudir a un árbitro compromisario para que resolviera la controversia no cerraba al demandante la posibilidad de acudir al juicio ordinario; si desde ese momento se hubiera extinguido a través de *exceptio* la acción ordinaria cabría ver también un perjuicio importante para el demandante en caso de que el árbitro no diese la sentencia, pero la *exceptio veluti pacti* no es clásica. Por consiguiente, la comparación con la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* no nos sirve, en principio, para demostrar la existencia de una acción análoga contra el árbitro que no dió sentencia. Decimos « en principio » porque la cuestión requiere varias matizaciones y, como veremos a continuación, sería perfectamente posible que en determinadas ocasiones el

(70) Gayo, 4.52. El jurista expone dos casos: uno cuando la *condemnatio* de la fórmula era cierta y el juez condenaba a más o a menos, otro cuando el pretor señaló una *taxatio* y el juez condenaba a más de ese límite.

(71) Además tenemos el conflictivo texto de Ulpiano recogido en D. 5.1.15.1, sobre él ver *supra* nt. 25. El fragmento de las *res cottidianae* recogido en D. 44.7.5.4 y D. 50.13.6, que reproduce Justiniano en I. 4.5.pr., refleja la nueva concepción postclásico-justiniana.

(72) Sobre la sanción contra el juez en época primitiva, ver CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad*, cit. en nt. 24, apdo. III.

magistrado pudiera conceder contra el árbitro que no sentenció una acción similar a la que procedía contra el *iudex qui litem suam fecit*. En este sentido se pueden distinguir una serie de supuestos:

a) En caso de que el asunto llevado ante el árbitro compromisario estuviese protegido por una acción perpetua no se plantearía ninguna alteración en lo que hemos visto, ya que, si el *arbiter* no sentenciaba en el plazo establecido por las partes, el demandante siempre podría acudir luego al juicio ordinario. En cambio, el problema podía surgir respecto a las acciones anuales.

b) Si el asunto comprometido estaba protegido por una acción honoraria ejercitable sólo en el plazo de un año (o en menos, por ejemplo la acción redhibitoria, si bien ésta aparecía en el Edicto de los ediles curules), el demandante debía tener extrema cautela en el momento del compromiso para que el plazo que se otorgaba al árbitro no agotase el tiempo de que disponía para acudir al juicio ordinario. Ahora bien ¿qué sucedería si, por cualquier circunstancia, el plazo concedido al árbitro para sentenciar agotaba ese tiempo, y el *arbiter* no dictaba su sentencia? Para una situación de ese tipo alguna solución debió buscarse, pues es claro que no podía bastar con imponer al árbitro una multa. En nuestra opinión, la única solución posible sería que el magistrado, *causa cognita* (es decir, una vez examinadas las circunstancias del caso), concediera a ese demandante frustrado una acción contra el árbitro semejante a la acción *in factum* que procedía contra el juez que hizo suyo el litigio<sup>(73)</sup>. En todo caso, es claro que se trataría de una acción decretal, no edictal.

c) Tal y como hemos visto a lo largo de estas páginas<sup>(74)</sup>, el compromiso no llevaba naturalmente implícito en época clásica un pacto de renuncia al ejercicio de la acción ordinaria. Ahora bien,

(73) En cierta manera se podría hablar de una acción decretal y « ficción », 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 ficción 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*.

(74) *Vid. supra* pp. 285 ss. y 304.

esto no obsta para que las partes pudieran agregar a la *conventio compromissi* un *pactum* de renuncia a la acción, incluso se puede suponer que ese pacto sería habitual. Es evidente que si tal pacto existió y luego el árbitro compromisario no daba su sentencia, el daño que producía al demandante era similar al que ocasionaba el juez ordinario que no dictaba sentencia. También en este supuesto el pretor, *causa cognita*, podría conceder contra el árbitro que incumplió su deber una acción análoga a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* (75).

#### 6. — *Conclusión.*

Tras revisar el problema de la sanción contra el árbitro compromisario que no dió sentencia, creemos poder concluir lo siguiente:

- i) No existen indicios suficientes, al menos en nuestra opinión, para abandonar la creencia común de que el recurso coercitivo utilizado por el pretor no estaba anunciado en el Edicto. El pretor sólo decía que obligaría al árbitro a dar sentencia, pero no especificaba la sanción. Así, pues, la medida coactiva debía quedar al albedrío del magistrado. Al no figurar en el álbum edictal el tipo de sanción, quizá se comprende mejor el que nuestro tema quedara al margen del interés de los juristas.
- ii) Normalmente, como se apunta en D. 4.8.32.12, el magistrado amenazaría al árbitro con una multa, multa que le sería impuesta si omitía su deber. Pero este tipo de sanción no era el único, como habitualmente se entiende, porque:
- iii) Siempre que la ausencia de sentencia arbitral ocasionase al demandante un daño similar al que producía la ausencia de sentencia judicial, el pretor podía conceder contra el *arbiter ex compromisso* una *actio in factum* decretal semejante a la acción que procedía contra el juez que hizo suyo el litigio. Ello nos lleva también a concluir que el *receptum arbitrii* —al igual que los otros *recepta*— podía dar lugar (aunque no siempre) a una acción; esa acción no estaba anunciada en el Edicto porque la sanción contra el árbitro quedaba a discreción del magistrado.

(75) *Vid. supra* nt. 73.