

Trabajo Fin de Grado

**LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
A TRAVÉS DEL ARBITRAJE:
ORÍGENES Y PANORAMA
ACTUAL**

Presentado por:

Laura María Cepeda González

Tutor/a:

Carmen Lázaro Guillamón

Grado en Derecho

Curso académico 2017/18

LISTADO DE DEABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LA de 1988	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje
Ley 5/2012	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
INTRODUCCIÓN	4
1. EL ARBITRAJE SEGÚN LA LEY 60/2006	6
1.1 Concepto y marco normativo.....	6
1.2 Modalidades de arbitraje.....	9
- Internacional, extranjero e interno.....	10
- Ad hoc o institucional.....	10
- De derecho o equidad.....	11
- General o especial.....	11
- Convencional, testamentario o forzoso.....	11
- Tradicional u “on-line”.....	12
1.3 Principios esenciales que rigen el arbitraje.....	13
1.4 Diferencias con otras figuras afines: negociación, mediación y conciliación.....	14
2. EL ARBITRAJE: ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS	17
2.1 Origen arbitral del procedimiento judicial.....	17
2.2 El arbitraje en Derecho Romano.....	19
2.3 Tipos de arbitraje en Roma.....	24
2.4 Arbitraje compromisario.....	25
3. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	30
3.1 Trayectoria del arbitraje internacional.....	32
3.2 Financiación del arbitraje internacional por terceros.....	36
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	41
REVIEW	45

INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista general, cuando existe un conflicto, las partes pueden resolverlo de varias formas, desde abstenerse de ejercitar la acción que corresponda hasta acudir a los tribunales. Justo en medio de estos dos extremos encontramos los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos, también llamados sistemas ADR “*Alternative Dispute Resolution*”, se trata de formas en las que la finalidad, es que las partes en conflicto, puedan poner fin a sus diferencias sin tener que acudir a los Tribunales de Justicia, en particular estos métodos se concretan en la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

En efecto, se constata que en los últimos años la lentitud del sistema judicial ha sido un inconveniente y quizá este ha sido el motivo principal por el cual los sistemas ADR han cobrado un mayor protagonismo, aunque es conveniente analizarlos por sí mismos, no desde la idea de que su empleo surgió para solucionar las dilaciones de la Administración de Justicia.

Entre los ADR mencionados ha despertado nuestro interés el arbitraje por varios motivos, uno de ellos es poder llegar a cubrir la laguna sobre la institución en los estudios realizados durante la vida académica y otro por ser tratado de un método heterocompositivo que comparte con el sistema judicial y jurisdiccional dicha característica.

Se ha creído conveniente dividir el trabajo en tres apartados: en el primero, analizaremos el concepto de arbitraje, así como su marco normativo, las modalidades de arbitraje existentes y las diferencias con los otros sistemas alternativos de resolución de conflictos. En el segundo apartado analizaremos la discusión doctrinal acerca del origen arbitral del procedimiento judicial, puesto que al investigar acerca del origen del arbitraje, numerosos autores se detienen a analizar esta cuestión, esto es, profundizaremos en el origen y en los antecedentes romanísticos del arbitraje, esencialmente como se regula en la Ley de las XII Tablas, el arbitraje en las *legis actiones* y el arbitraje compromisario.

En el tercer apartado, se hará referencia al arbitraje en el ámbito internacional, su utilización sobretodo en el comercio, dado que es en este contexto en el que el arbitraje alcanza mayor utilización.

En definitiva lo que se persigue con este estudio es dar a conocer el origen del arbitraje, la importancia que tienen sus antecedentes romanísticos, sus ventajas, el gran éxito en el ámbito internacional, su coste, la financiación por terceros y la principal medida que se puede tomar para potenciar su uso en el ámbito interno y con ello descongestionar los Tribunales de Justicia, sin que se convierta en una justicia de segundo nivel.

En cuanto a la labor de estudio y de investigación, hemos empleado una metodología exegética en combinación con la histórico-crítica, es decir, se ha seguido la historia del arbitraje, teniendo en cuenta tanto las normas vigentes, como las leyes más antiguas de Derecho Romano.

1. EL ARBITRAJE SEGÚN LA LEY 60/2003

1.1 Concepto y marco normativo

El arbitraje en España fue reconocido por la Constitución Española de 1812 en sus artículos 280 y 281¹. Posteriormente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 incluyó el arbitraje en los artículos 790 y siguientes.

En el año 1953 se promulgó la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulaban los arbitrajes de Derecho Privado. Esta Ley fue derogada por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Y actualmente en nuestro país, el arbitraje se encuentra regulado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA), que ha sido objeto de reforma parcial por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

En cuanto al concepto de arbitraje no aparece recogido en la actual Ley de Arbitraje, sin embargo la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, sí aportaba una definición, en su artículo 1 establecía que “mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”.

No obstante, siguiendo a RODRÍGUEZ ELORRIETA² se puede afirmar que “la actual LA se basa en los mismos criterios que la Ley de 1988 y, por ello, se puede seguir dando por válido el concepto establecido en 1988”.

El arbitraje es definido por GÓMEZ COLOMER³ como “una manera de resolver de forma heterocompositiva los conflictos jurídicos”. Es un método

¹ La Constitución Española de 1812 conocida como “La Pepa” reconoce en el artículo 280 que “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.” Y en su artículo 281 establece que “la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”

² RODRÍGUEZ ELORRIETA, N., *La mediación y el arbitraje laboral. Una perspectiva desde la mediación, civil y mercantil, y el arbitraje común*, Atelier, Libros jurídicos, Barcelona, 2017, p. 244

³ GÓMEZ COLOMER, J.L., «Medios de solución de conflictos jurídicos», en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. Y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 25ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 42 y 43

heterocompositivo porque las partes acuden a un tercero para que sea él quien resuelva y ponga fin al conflicto.

El arbitraje destaca por tener unas características esenciales. Entre ellas, cabe señalar que es un instrumento en el que las partes de manera voluntaria, deciden nombrar a una o varias personas como árbitros (generalmente juristas) o también pueden, encomendar la designación de los árbitros y la administración del arbitraje a las corporaciones, entidades, asociaciones e instituciones que establece el artículo 14 de la LA⁴.

En cuanto a los árbitros, estos deben resolver el conflicto de manera imparcial, ya que en caso contrario, podrán abstenerse o ser recusados⁵. Conforme al artículo 12 LA, las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar, si no hay acuerdo se designará a un solo árbitro.

Para acudir al arbitraje es necesario que las partes lo manifiesten de forma expresa y voluntaria. Existen dos opciones, las partes pueden esperar a que surja una disputa y entonces pactar la sumisión al arbitraje, en un documento independiente o incluso mediante un cruce de comunicaciones telemáticas en las que se deje constancia del acuerdo, o pueden anticiparse a los acontecimientos incluyendo una cláusula compromisoria en su contrato⁶.

Cuando el arbitraje ya se ha pactado, “deviene obligatorio para las partes e impide a los tribunales de justicia conocer de las controversias sometidas a arbitraje cuando la parte interesada alegue la existencia de un convenio arbitral”⁷.

⁴ Art. 14 LA:

“1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:
a) Corporaciones de Derecho Público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia”.

⁵ Los motivos de abstención y recusación se encuentran recogidos en el artículo 17 de la LA.

⁶ Revista del CCI: «Resolución de disputas comerciales: Arbitraje y métodos alternativos de resolución de conflictos», 2ª ed, Ginebra, 2016, p. 51 consultada en http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/Arbitration_Spanish%20Full%20Low-res.pdf, Última consulta: 25/03/2018

⁷ Información extraída de la página web del Tribunal Arbitral de Barcelona. http://tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=24&Itemid=100&lang=es. Última consulta: 11/04/2018

Es necesario resaltar que el arbitraje debe tratar sobre materias de libre disposición para las partes conforme a derecho. Si por el contrario el arbitraje versa sobre materias que no son de libre disposición, el arbitraje devendrá nulo⁸.

Otra de las notas que definen al arbitraje, es la amplia flexibilidad del procedimiento arbitral, ya que las partes y el árbitro pueden modelar el curso del procedimiento. En este sentido pueden determinar las reglas del procedimiento al que se deba sujetar el arbitraje y el plazo de resolución de la controversia que estimen convenientes. Esta flexibilidad del procedimiento arbitral va muy ligada al principio contractualista y a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes “que solo encuentra su límite en razones de orden público. La flexibilidad procesal permite que la estructura del proceso se adapte a las características del proceso y al particular interés de las partes en función de la naturaleza, cuantía o complejidad de la controversia”⁹.

El procedimiento arbitral termina, normalmente, con la decisión que dicta el árbitro. A esta decisión se le llama laudo. Conforme a los artículos 517 LEC y 43 LA, el laudo es un título ejecutivo y por lo tanto es vinculante para las partes, ya que produce los efectos de cosa juzgada y, en caso de incumplimiento, goza de la misma eficacia que una sentencia judicial. “El laudo se impone a las partes del conflicto porque ellas han acordado previamente acudir a esta institución y aceptar la decisión que proceda del árbitro”¹⁰.

En cuanto al plazo, el art. 37 LA establece que si las partes no hubieran pactado otra cosa, el plazo que tiene el árbitro para dictar el laudo es de seis

⁸ Conforme a lo establecido en los artículos 816 y 1814 CC, no son susceptibles de transacción y por lo tanto tampoco de arbitraje, todas aquellas cuestiones que versen sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, los alimentos futuros y las herencias futuras. Para que las partes sepan qué materias que son de libre disposición, el Tribunal de Arbitraje de Barcelona ha creado una lista orientativa, pero muy completa, de las materias susceptibles de resolución mediante el arbitraje. Consultado en http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=101&Itemid=72&lang=es, Última consulta: 30/03/2018

⁹ CORONEL JONES, C., «Arbitraje y procedimiento», en Revista IURIS DICTIO, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito, Quito, 2007, Año VII, N°11, p. 37, consultado en http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_y_procedimiento.pdf. Última consulta: 1/04/2018

¹⁰ HINOJOSA SEGOVIA, R y CUBILLO LÓPEZ, I., «El arbitraje», en R. Hinojosa Segovia (coord.), *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p.103 y 104

meses. Notificado el laudo a las partes, pueden pedir aclaraciones, correcciones o complemento del laudo.

Por último, hemos de mencionar una de las grandes diferencias con el sistema judicial, y es que si las partes no están de acuerdo con el laudo, no pueden recurrir la decisión. El laudo es irrecurrible. En este sentido, el art. 39 LA establece que una vez dictado el laudo definitivo, las partes no pueden recurrir la decisión del árbitro. Solo pueden interponer la acción de anulación del laudo en un plazo de dos meses y, siempre y cuando, se produzca alguno de los motivos que se encuentran tasados en el artículo 41 LA¹¹.

1.2 Modalidades de arbitraje

En la actualidad tenemos diferentes tipos de arbitraje que han tenido su origen y evolución del Derecho Romano. Es primordial señalar que esta clasificación no es excluyente y por lo tanto, un arbitraje puede ser por ejemplo, interno, institucional, de derecho y ordinario. Actualmente un arbitraje puede ser:

1. Arbitraje internacional, arbitraje extranjero y arbitraje interno: El arbitraje es internacional cuando concurre alguna de las circunstancias que enumera el art.

¹¹ Art. 41 LA:

“1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla”.

3 LA¹². El arbitraje es extranjero cuando el laudo es pronunciado fuera del territorio español, de acuerdo con el art. 46 LA. Por el contrario, “si el domicilio de las partes, el lugar del arbitraje, el del cumplimiento y de la relación, se encuentran en España y la controversia no afecta a intereses del comercio internacional, el arbitraje será interno”¹³.

2. Arbitraje *ad hoc* (también llamado individual) y arbitraje institucional. En el arbitraje *ad hoc* son las partes las que ellas mismas, organizan el arbitraje, escogen a los árbitros y establecen las reglas por las que se regirán.

Por el contrario, el arbitraje institucional “es aquél en el que las partes se remiten y confían en una institución especializada para que se ocupe del arbitraje, tanto de su organización como de la designación de los árbitros con arreglo a sus propias normas. Estas instituciones tienen carácter permanente, y pueden ser corporaciones de Derecho Público, asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro”¹⁴. Las instituciones más conocidas a la hora de acudir a arbitraje institucional son la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI - WIPO).

3. Arbitraje en derecho y arbitraje en equidad según el modo de resolver la controversia. El arbitraje en derecho es aquel en el que el árbitro debe aplicar el ordenamiento jurídico en su decisión, por lo tanto, requiere que el árbitro sea

¹² El Art. 3 LA: “para que sea internacional ha de concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

“a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”

¹³ FLORS MATÍES, J., «El arbitraje», en J. Montero Aroca, J. Flors Matjes, G.A. López Ebrí y J. Roda Alcayde, *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Tirant lo Blanch, Volumen II, 7ªed, Valencia, 2012, p. 3, capítulo en pdf en <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/ProcesalCivilITema%2054Completo.pdf>. Última consulta: 06/04/2018.

¹⁴ DE LÓZAR, J., «Aspectos generales del procedimiento arbitral», en M. Pérez-Ugena Coromina, *Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 52

un jurista¹⁵. El arbitraje en equidad no exige que el árbitro tenga conocimientos jurídicos, se permite que los árbitros resuelvan conforme a su leal saber y entender. En este tipo de arbitraje puede ser árbitro cualquier persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades¹⁶.

4. Arbitraje ordinario y arbitraje especial: El arbitraje ordinario, también llamado general, es el que se somete a la Ley 60/2003, y los arbitrajes especiales los que son objeto de regulación singular en otras leyes, siendo en todo caso la LA de aplicación supletoria¹⁷.

5. Arbitraje convencional, arbitraje testamentario y arbitraje forzoso: Lo habitual es que el arbitraje sea convencional, también llamado voluntario. El arbitraje convencional o voluntario es un tipo de arbitraje en el que las partes, de forma voluntaria, prestan su consentimiento y deciden someterse a la decisión del árbitro.

El arbitraje testamentario se encuentra regulado en el artículo 10 LA¹⁸. Nos encontramos ante un supuesto atípico porque la fuente de su creación reside en la voluntad unilateral del testador. El arbitraje testamentario supone una imposición por parte de un sujeto, que no formará parte de la controversia porque ya ha fallecido, de solucionar los conflictos que puedan surgir a través del arbitraje. Es el único caso en que se permite que, por una voluntad ajena a

¹⁵ HINOJOSA SEGOVIA, R y CUBILLO LÓPEZ, I., «El arbitraje...», cit., p.105

¹⁶ DE LÓZAR, J., «Aspectos generales del procedimiento arbitral...», cit., p. 53

¹⁷ La exposición de motivos de la LA establece que “en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales, esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan”. El artículo 1.3 de la LA ratifica lo dicho y establece que “esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes”. Hemos de entender como arbitrajes especiales aquellos cuyo objeto de regulación está previsto en otras leyes. Como arbitrajes especiales tenemos el arbitraje laboral, el arbitraje en materia de consumidores y usuarios, el arbitraje en materia de seguros, el de transportes terrestres, el de propiedad intelectual, el administrativo y el jurídico-deportivo.

Por ejemplo, el arbitraje laboral es especial porque queda expresamente excluido del ámbito de la LA. Así el artículo 1.4 de la LA señala que “quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales.” El arbitraje laboral se encuentra regulado en el Capítulo III del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En cuanto al arbitraje de consumidores y usuarios también es especial puesto que se rige por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Y el arbitraje en materia de seguros, se encuentra recogido en el artículo 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro.

¹⁸ Art. 10 LA: “será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzados o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”.

las partes, éstas sometan la resolución de sus controversias a la decisión vinculante de un tercero, con renuncia a la vía judicial ordinaria¹⁹.

En cuanto al arbitraje obligatorio o forzoso, se encuentra regulado en el artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977. Esta disposición legal establece que el Gobierno podrá obligar a las partes a que acudan a este método de resolución de conflictos para acabar con el conflicto laboral²⁰. Este instrumento obliga a las partes a acudir al arbitraje en caso de huelga y siempre que se den unas circunstancias especiales.

6. Por último, señalar que el arbitraje puede ser, según el medio o tecnología utilizada, arbitraje tradicional y arbitraje “on-line”. En el arbitraje tradicional “el proceso se lleva a cabo mediante sistemas tradicionales, lo que supone que las comunicaciones se hacen a través de sistemas ordinarios como el teléfono o el fax y las vistas audiencias suelen ser presenciales. Por el contrario, en el arbitraje on-line todas las etapas del procedimiento arbitral se desarrollan a través de internet o de otras plataformas digitales especiales o similares. En el ordenamiento jurídico español se ha regulado este tipo de arbitraje on-line a través del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema de Arbitraje de Consumo, que dedica todo un apartado de su normativa al arbitraje electrónico”²¹.

¹⁹ YÁNEZ VIVERO, F., «Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario», en J.L. Collantes González (dir.), *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Segunda Parte*, Vol. 4, Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, pp. 81 y 82, libro en pdf en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol4.pdf>. Última consulta 18/04/2018

²⁰ Artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo: “el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio. El incumplimiento de este acuerdo podrá dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 15 y 16”. Un ejemplo reciente en el que se aplicó el arbitraje obligatorio fue en el año 2017 cuando el Gobierno lo activó para zanjar la huelga del aeropuerto *El Prat* realizada por los trabajadores de Eulen que se encargaban de los controles de seguridad.

²¹ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, REUS S.A, Madrid, 2009, p.75 y 76.

1.3 Principios esenciales que rigen el arbitraje

Para entender la esencia del arbitraje, hemos de hacer una breve referencia a los principios que lo rigen.

- Principio de voluntariedad: como regla general se requiere que las partes acudan a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos de forma voluntaria, manifestando su consentimiento por escrito través del convenio arbitral. Una excepción al principio de voluntariedad es el arbitraje obligatorio o forzoso, visto anteriormente.
- Principio de obligatoriedad: las partes una vez vinculadas a este sistema, se someten a la decisión del árbitro contenida en el laudo. El cumplimiento del laudo es obligatorio y una vez que han aceptado acudir al arbitraje, las partes no pueden desvincularse. En este sentido, destaca que el laudo es irrecorrible. Esta es una de las principales diferencias con el sistema judicial, ya que el laudo resuelve el conflicto de manera definitiva y obligatoria, como lo haría una sentencia, dejando sin competencia para conocer del mismo a los jueces²².
- Principios de igualdad, audiencia y contradicción: El art. 24 LA consagra el principio de igualdad, el derecho de audiencia de las partes y el principio de contradicción cuando establece que “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas la suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos”, de manera que, independientemente del procedimiento concreto que se pacte, debe oírse a todos los sujetos involucrados en el conflicto, de suerte que puedan tanto exponer de manera suficiente los argumentos que sostiene su posición, como proponer y practicar los medios de prueba a fin de acreditar la veracidad de dichos argumentos; y esto, además, con la precaución de que una parte no tenga menos oportunidades de alegación o de prueba que la parte contraria. La privación del derecho de defensa a una de las partes puede motivar la anulación del laudo arbitral. Por lo tanto, las partes deben ser tratadas por igual, con los mismos derechos y obligaciones²³. Así mismo tienen derecho a saber los términos de la

²² BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos...*, cit., p.76

²³ HINOJOSA SEGOVIA, R y CUBILLO LÓPEZ, I., «El arbitraje», cit., p.119

demanda, a que se les de traslado de toda alegación contraria y a que se les cite correctamente. Todo esto es necesario para dar la oportunidad a las partes de alegar y probar la veracidad de lo que manifiestan.

- Libertad de forma del proceso arbitral: las partes pueden determinar el tipo de arbitraje que quieren seguir. Tienen entera libertad para pactar el tipo de procedimiento al que habrán de ajustarse los árbitros. Esto se encuentra regulado en el artículo 25 LA²⁴.
- Principio de confidencialidad de la información: ninguna de las partes pueden hacer público lo que conozcan durante el arbitraje, ni el laudo final. Este principio es contrario al principio de publicidad, propio de las actuaciones judiciales²⁵. La confidencialidad del arbitraje se encuentra regulada en el artículo 24.2 LA²⁶.

1.4 Diferencias con otras figuras afines: negociación, mediación y conciliación

El arbitraje se encuentra dentro de los métodos de resolución alternativa de conflictos pero no es el único, también tenemos la negociación, la mediación y la conciliación. Estos mecanismos de resolución de conflictos guardan grandes similitudes y hemos de saber diferenciarlos.

En el proceso de negociación solo participan las partes a lo largo de todo el desarrollo del proceso. La negociación es un “proceso voluntario, informal y no estructurado, por medio del cual las partes en conflicto llegan a un acuerdo”. Es una negociación directa entre las partes sin intermediario, en la que consiguen acercar posiciones sin la intervención de una tercera persona²⁷. Son las partes

²⁴ Artículo 25 LA:

“1. ...Las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración”.

²⁵ HINOJOSA SEGOVIA, R y CUBILLO LÓPEZ, I., «El arbitraje...», cit., pp.119 y 120

²⁶ Art. 24.2 LA: “Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.

²⁷ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos...*, cit., pp.16 y 17.

las que actúan como negociadores. Se caracteriza por ser un proceso de comunicación en el que se intenta persuadir a la otra parte²⁸.

La mediación se encuentra regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley 5/2012). En la mediación las partes acuden a un tercero de forma voluntaria²⁹. El mediador intenta aproximar a las partes para que estas sean quienes busquen y encuentren una solución al conflicto. El mediador no ofrece soluciones, solo acerca a las partes. Además, para que tenga fuerza ejecutiva el acuerdo que adopten las partes debe ser elevado a escritura pública³⁰.

En la exposición de motivos de la Ley 5/2012, el legislador establece que “la figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes”. El mediador carece de capacidad decisoria sobre el fondo del conflicto³¹.

Mejías Gómez³² la define como “una forma pacífica de resolución de los conflictos, en las que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, pueden resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes”.

²⁸ COSTA GARCÍA, M., «La negociación», en R. Hinojosa Segovia (coord.), *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp.17-19

²⁹ Artículo 6 Ley 5/2012: “1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

³⁰ Artículo 13 Ley 5/2012: “1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley”.

³¹ GALEOTE MUÑOZ, M., «La mediación», en R. Hinojosa Segovia (coord.), *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p.60

³² MEJÍAS GÓMEZ, J.F., «Resolución alternativa de conflictos», *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, Consellería de Bienestar Social, Valencia, 1996, p. 26, citado en R. Núñez Ojeda, *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de las controversias*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Universidad Pompeu Fabra (España), Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, Santiago de Chile, p. 14

En cuanto a la conciliación, hay dos clases de conciliación, la preprocesal civil o preventiva, que es anterior al proceso, y la intraprocesal, de competencia judicial porque tiene lugar estando el proceso (civil o laboral) en marcha.

La conciliación preprocesal civil se encuentra regulada en los artículos 139-148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, (en adelante LJV). Es un mecanismo preventivo que tiene como finalidad evitar un proceso judicial.

En cuanto a la conciliación intraprocesal, tiene la finalidad de poner término a un proceso ya comenzado. No se encuentra regulada por la LJV; su regulación se encuentra en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en el artículo 415 y siguientes.

La conciliación, ya sea preprocesal civil o intraprocesal, es un instrumento de resolución de conflictos en el que interviene un tercero, el conciliador, quien intenta acercar a las partes y buscar soluciones negociadas al conflicto.

El conciliador no impone una solución. Según el art. 140 LJV, el conciliador será un Letrado de la Administración de Justicia (del Juzgado de Primera Instancia o de Juzgado de lo Mercantil), o un Juez de paz. El conciliador tiene la finalidad de aproximar a las partes, no propone soluciones, simplemente destaca los cercanos que están ambas posiciones y les ilustra sobre las ventajas de llegar a un acuerdo. El acuerdo debe quedar plasmado en un contrato y debe ser homologado por decreto del Letrado de la Administración de Justicia o auto del Juez de paz. Con el acuerdo se pone fin al conflicto y se evita el proceso. En caso de incumplimiento de lo pactado por alguna de las partes, al ser un acuerdo homologado, es un título ejecutivo³³.

³³ GÓMEZ COLOMER, J.L., «Medios de solución... », cit., pp. 41 y 42

2. EL ARBITRAJE: ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS

Presentada la institución del arbitraje, hemos de adentrarnos en sus antecedentes romanísticos. Cuando empezamos a estudiar los antecedentes del arbitraje, hallamos una discusión doctrinal acerca de si el arbitraje es o no, el origen del proceso privado romano, por este motivo, antes de analizar los antecedentes romanísticos, se estima conveniente hacer una breve referencia a esta discusión.

2.1 Origen arbitral del procedimiento judicial

Parte de la doctrina defiende que el arbitraje sí es el origen del proceso privado romano. En este sentido hemos de señalar que Romero Segel³⁴ refiere la conocida hipótesis de Wlassak acerca del origen arbitral del proceso privado romano. Wlassak considera el proceso como la “recepción por parte del Estado de un anterior arbitraje privado que, superando una primitiva fase de autotutela, hace posteriormente obligatorio el recurso al proceso estatal”³⁵. Esta hipótesis tuvo gran aceptación y fue retomada por Buigues³⁶. Este último entiende que el arbitraje fue la primera forma no violenta de resolver las disputas en la primitiva Roma, posteriormente, como la comunidad se fue ampliando así como sus relaciones y conflictos, se hizo necesaria la creación de un sistema oficial de solución de litigios, con lo que se iniciaría el procedimiento ordinario, el cual se inspiró en el antiguo procedimiento arbitral.

Diferentes autores defienden que en la mitología griega, en la latina y en la Biblia hay escritos en los que ya aparece la esencia del arbitraje. Así, Zappalà³⁷ entiende que “el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos muy antiguos

³⁴ ROMERO SEGUEL, A., *Nociones generales sobre la justicia arbitral*, Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2, 1999, Sección Estudios, p. 405

³⁵ TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, libros jurídicos, Madrid, 2005, pp. 576 y 577

³⁶ BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el arbiter ex compromisso*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 250 y 251

³⁷ Este autor señala como antecedente del arbitraje la historia mitológica griega de la manzana de la discordia. En ella se narra como “Zeus se abstuvo de pronunciar el veredicto sobre quién era la diosa más bella, encargando de ello a Paris, en cuanto experto en términos de belleza”. ZAPPALÀ, F., *Universalismo histórico del arbitraje*, Universitas. Bogotá (Colombia) N° 121, pp. 196 y 198, julio-diciembre de 2010. Artículo de revista consultado en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf>. Última consulta: 18/04/2018

que se confunden con la historia del derecho y la humanidad” y afirma que el arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. Siguiendo este camino, Ogáyar y Ayllón³⁸ señala que el acuerdo de someter la controversia a la decisión de un tercero, es tan antiguo como la humanidad, y cita como antecedente bíblico del arbitraje el pasaje de Génesis 21:35-37. Castillo Freyre³⁹ añade que “el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso puede afirmarse que es la primera forma de administrar justicia”.

Otra parte de la doctrina defiende la postura contraria. En este sentido, Paricio⁴⁰ refiere la opinión de algunos autores, como la de Nicosia que critica la teoría de Wlassak afirmando que nada prueba que el procedimiento ordinario haya nacido del arbitraje. Paricio afirma que lo analizado por Buigues son suposiciones y añade que si se pretende trabajar con un mínimo de rigor no se debe prescindir de la información ofrecida por las fuentes, y que estas, no hablan expresamente del origen histórico del proceso. Además afirma que lo dicho por Buigues⁴¹ es indemostrado e indemostrable y que en cualquier caso, “hágase el planteamiento que se haga, la cuestión del origen del proceso romano no puede desligarse del propio origen de las de las *legis actiones* más antiguas, la *legis actio sacramento* y la *manus iniectio*, y en ninguna de ellas es posible hallar el menos vestigio de un primitivo recurso a arbitrajes voluntarios de las partes”⁴².

A nuestro entender, pese a que no se puede demostrar con total y absoluta certeza el origen arbitral del proceso ordinario, consideramos quizá

³⁸ OGÁYAR AYLLON, T., “*El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*”, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977, p. 38 “en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que “pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos”

³⁹ En este sentido el autor señala que “existen relatos griegos los cuales narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Además afirma que los pasajes bíblicos relatan casos en los que las controversias eran resueltas por árbitros” en CASTILLO FREYRE, M., *Arbitraje y debido proceso*, Biblioteca Estudios de Arbitraje, Vol. II, Lima, 2007, p. 12. Libro en pdf en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol2.pdf>. Última consulta: 18/04/2018

⁴⁰ PARICIO, J., *De la justicia y el derecho. Escritos micelánicos romanísticos*, El Faro ediciones, Instituto de metodología e historia de la ciencia jurídica de la Universidad Complutense, Madrid, 2002, pp. 259-263

⁴¹ BUIGUES, G., «La solución amistosa...», cit., pp. 250 y 251

⁴² PARICIO, J., «De la justicia y el derecho...», cit., pp. 263

conveniente la hipótesis de Buigues. Entre los procesalistas Colomer⁴³, afirma más acertada la hipótesis de que “el origen del arbitraje se remonta a una etapa anterior a la propia existencia de los tribunales y del proceso judicial y su primer desarrollo importante fue realizado por el Derecho Romano”.

2.2 El arbitraje en el Derecho Romano

Independientemente de la discusión doctrinal existente, de lo que sí tenemos certeza es que el desarrollo y expansión del arbitraje tuvo lugar en el Derecho Romano.

Fernández de Buján⁴⁴ estima razonable pensar, que en los primeros tiempos de las comunidades romanas, la decisión sobre las controversias surgidas entre los particulares se resolvían por uno o varios árbitros elegidos de común acuerdo por las partes. Expone que la Liga Latina⁴⁵ se renovó en el año 493 a.C. por Spurio Casio mediante el tratado de *foedus Cassianum*. Este tratado tenía disposiciones reguladoras de los litigios surgidos entre los miembros de las distintas comunidades. Este autor afirma que es, en este tratado y en la *reciperatio*⁴⁶, donde ya se hace referencia al nombramiento de los árbitros.

⁴³ GÓMEZ COLOMER, J.L., «Medios de solución... », cit., p. 42

⁴⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Iustel, Colección Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2006 pp. 199 y 200

⁴⁵ La Liga Latina fue constituida por ciudades latinas como Tuscolo, Lavinio, Ardea y otras más. Se creó con la intención de poner freno a la expansión romana y siguió siendo hostil hasta que fue vencida en la batalla del lago Regillo. En el 493 bajo la batuta del dictador Spurio Casio se firma la paz con los latinos en el tratado de *foedus Cassianum*, adhiriéndose Roma a la Liga, en plano de igualdad con las otras ciudades. Este tratado establecía que lucharían juntos. En el año 406 a.C. Roma adhirió una legión y continuó expandiéndose, llegando a alcanzar una extensión de 2.200 kms. cuadrados, casi tanto como las demás ciudades latinas juntas, lo que suscitó la desconfianza en el resto de pueblos latinos, ante el poderío que Roma iba adquiriendo. Es entonces cuando los antiguos aliados latinos disuelven el *foedus Cassianum* y se unen con enemigos de Roma pero son neutralizados a tiempo. A mediados del siglo IV a.C. los galos reemprenden sus incursiones en el Lazio y las ciudades latinas se sienten amenazadas, por ese motivo en el 358 a.C. se reconstruye la Liga Latina dominada por Roma. El poder de Roma era cada vez mayor y se alzan de nuevo contra ella sus socios latinos en una guerra civil llamada Guerra Latina, ganada a duras penas por Roma en el 338, que disuelve la Liga y entabla tratados singulares con cada una de las ciudades, conservando desde entonces los latinos relaciones privilegiadas con Roma, aunque de nuevo volverán a alzarse para conseguir la ciudadanía romana en la Guerra social de 90 a.C. Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...* », cit., pp. 130, 647, 1223.

⁴⁶ “La *reciperatio* era una cláusula en los antiguos tratados internacionales de Roma que preveía una protección efectiva de los ciudadanos de una *civitas* en otra de las ciudades incluidas en la alianza. En casos de contienda judicial el jurado lo componía un colegio de *recuperadores*, que de actuar en sus primeros momentos en contiendas internacionales pasaron a ocuparse de contiendas *inter civiles romanos*”. Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...* », cit., p.1045

Hemos de destacar que la primera fuente en la que aparece el arbitraje, es en la Ley de las XII Tablas (año 451-450 a.C.). Esta Ley contenía las normas reguladoras de la convivencia entre los ciudadanos romanos. La Tab.IX.3 imponía a los jueces o árbitros la pena capital cuando hubieren recibido dinero para favorecer a una de las partes⁴⁷. El arbitraje cumplió en los primeros siglos de Roma un importante papel, ya que fue uno de los principales instrumentos de resolución de las controversias.

En las *legis actiones*⁴⁸, sistema procesal más antiguo, aparece la figura del árbitro. Este sistema procesal abarca desde los orígenes de la *civitas* hasta la mitad del siglo II a.C. El proceso constaba de dos fases. La primera fase se denominaba *in iure* y se realizaba ante un magistrado investido de *iurisdictio*⁴⁹, el cual se encargaba de plantear la cuestión litigiosa y decidir si debía o no haber juicio y era quien debía aceptar la acción. La segunda fase era *apud iudicem* realizada ante el juez o árbitro, dependiendo de la acción elegida, era seleccionado por las partes y tenía la capacidad de juzgar y dictar sentencia⁵⁰.

El proceso de las *legis actiones* era utilizado únicamente por los ciudadanos romanos y, para poder acudir al proceso, existían cinco acciones de la Ley:

1. La *legis actio per manus iniectio* (acción de la Ley por aprehensión corporal). Es la más antigua de las acciones, Gayo habla de ella en Gai.IV.21⁵¹.

⁴⁷ ANTEQUERA, J.M., *Historia de la Legislación Romana desde los tiempos más remotos hasta nuestro días*, Madrid, P. Infante, 3ra, 1874, p. 282. Libro en pdf en <http://fama2.us.es/fde/historiaDeLaLegislacionRomana.pdf>. Última consulta: 12/04/2018

⁴⁸ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p.28 y 29

⁴⁹ La *iurisdictio* era la facultad que tenía el pretor en la fase *in iure* de indicar al juez y a las partes las normas y el ritual vinculante para la solución del conflicto. Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...*», cit., pp. 508 y 509.

⁵⁰ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje...*, cit., p.29.

⁵¹ Gai.IV.21: "La aprehensión corporal era para ciertos casos determinados en alguna ley, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de la ley de las XII Tablas. Esta acción se hacía de este modo: el demandante decía: TENGO UNA SENTENCIA O CONDENA CONTRA TI POR VALOR DE DIEZ MIL SESTERCIOS, Y PUESTO QUE NO HAS PAGADO, CON ESTE MOTIVO, ME APODERO DE TI A CAUSA DE LA SENTENCIA DE DIEZ MIL SESTERCIOS, y al decir esto le agarraba con la mano. El que había sido condenado por sentencia no podía desasirse ni defenderse por acción de la ley, sino que tenía que presentar un defensor, que solía entablar la acción de la ley en su nombre. Si no presentaba un defensor, el demandante se lo llevaba a su casa y le ataba con cadenas. [Per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat. QVUOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IUDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius predebat, nen licebat iudicatio manum sibi depellere et pro se lege agere, sed uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui uindicem non dabat, donum ducebatur ab actore et uinciebatur]".

Esta acción se utilizaba para ejecutar la sentencia, se aplicaba cuando el deudor no había pagado y había una sentencia que le condenaba a pagar.

2. La *legis actio per pignoris capionem* (acción de la Ley por toma de prenda) era utilizada por el acreedor, quien tomaba la posesión de una cosa propiedad del deudor con la finalidad de coaccionarle a que se produjese el pago de lo debido y en caso de que el deudor no pague, se quedaría con la cosa. Gayo habla de esta acción en Gai.IV.26-29⁵².

3. La *legis actio per condictioem* (acción de la Ley por requerimiento o emplazamiento) es la más moderna de las *legis actiones*. Gayo habla de esta

⁵² Gai.IV.26-29: 26. "La acción por toma de prenda estaba establecida para ciertos casos por las costumbres, y para otros por la ley. Por las costumbres para los casos militares. [*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam Erebus lege*].

27. En efecto el soldado que no recibía sus haberes podía tomar en prenda un objeto del que tenía que pagarle; el dinero de los haberes se llamaba «metal militar». Así también podía el soldado tomar en prenda un objeto del que tenía que pagarle el dinero para comprar el caballo, dinero que se llamaba «metal equestre». Por último, cuando no se le pagaba el dinero para comprar el forraje del caballo, que se llamaba «metal de forraje». [*Introducta est moribus rei militaris. nam [et] propter stipendium licebat militi ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quae pecunia dicebatur aes equestre. item propter jam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum; quae pecunia dicebatur aes hordiarium*].

28. Por ley se estableció la toma de prenda, por ejemplo, en virtud de la ley de las XII Tablas contra el que habiendo comprado una res para sacrificarla a los dioses no pagó el precio; o contra el que no paga el alquiler de una caballería, siempre que tal alquiler se hubiese destinado a un sacrificio a los dioses. También se dio la toma de prenda, en virtud de la ley censoria, en favor de los publicanos o recaudadores de impuestos del Pueblo Romano, contra los que deben algún impuesto legítimo. [*Lege autem introducía est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpederet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent*].

29. En todos estos casos, para la toma de prenda, se pronunciaban determinadas palabras, y por eso se estimó, generalmente, que también ésta era una acción de la ley; sin embargo, según cierta opinión no es acción de la ley, en primer lugar, porque se celebra sin presencia del pretor, muchas veces incluso en ausencia del demandado; en segundo lugar, porque era posible tomar prenda en día inhábil, cuando no se podía entablar ninguna otra acción de la ley. [*Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat legis actionem non esse, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente aduersario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente aduersario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere pignus capi poterat*].

acción en Gai.IV.17b-18⁵³. “Con esta acción se reclamaban deudas consistentes en una cantidad cierta de dinero y reclamaciones de deuda de objeto cierto. No se manifiesta la causa de su reclamación, solo la cantidad de dinero u objeto cierto”. El acusado podía oponerse y es entonces cuando se iniciaría un debate contradictorio y se elegiría a un juez⁵⁴.

4. La *legis actio sacramento* (acción de la Ley por apuesta) cuando no se podía utilizar ninguna de las anteriores acciones, se podía utilizar esta acción que era general y se para cualquier tipo de reclamación. Gayo nos dice en Gai.IV.13⁵⁵, que se utilizaba en aquellos casos en los que no había una acción de la ley específica.

5. Por último, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (la acción de la Ley por petición de juez o árbitro). Fue creada *ex novo* por la Ley de las XII

⁵³ Gai.IV.17b-18: 17b. “En la acción de la ley por «condición» se decía así: AFIRMO QUE ME DEBES DAR DIEZ MIL SESTERCIOS: TE PIDO QUE DIGAS SI ES VERDAD O NO. El adversario decía que no era verdad, y el demandante decía: DICES QUE NO, Y POR ELLO TE EMPLAZO PARA ELEGIR JUEZ DENTRO DE TREINTA DIAS. A los treinta días debían presentarse para la elección del juez. «Condición» valía tanto en la lengua de los antiguos como emplazamiento. [Per conditionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRIGENSINVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debedant. condicere autem denuntiare est prisca lingua].

18. Y por esto se llamaba con propiedad «condición» a este tipo de acción pues el demandante emplazaba al adversario para que a los treinta días viniera a elegir juez. Hoy, en cambio, llamamos impropriadamente «condición» a la acción personal por la que intimamos al adversario demandándole por algo que nos debe. Así, pues, en la «condición» actual o se hace ningún emplazamiento. [Itaque haec quidem actio proprie conditio uocabatur. nam actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset; nunc uero non proprie conditionem decimus actionem in personam esse, qua indenimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit].

⁵⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 9ª edición, Madrid, 2016 p. 108

⁵⁵ Gai.IV.13: “La acción de apuesta sacramental era la general, de manera que cuando la ley no disponía que se reclamara de otra forma se acudía a esta acción. Era tan arriesgada «...» como lo es hoy la acción de deuda de dinero cierto, a causa de la apuesta procesal en la que se expone el demandado si niega sin razón, así como la contra-apuesta correspondiente, en la que se expone en demandante si reclama lo que no debe. En efecto, el que resultaba vencido perdía, a título de pena, el dinero de la apuesta sacramental en favor de la caja pública, para lo que se presentaban fiadores al pretor; a diferencia de hoy, en que es el vencedor el que se queda con la cantidad de la apuesta o contra-apuesta procesal del adversario vencido. [Sacramenti activo generalis erat, de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi** atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; aequae in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersarii, qui uicerit].”

Tablas. Esta acción solo puede interponerse en tres supuestos y dependiendo de qué se exigiera, se nombraría a un juez o a un árbitro.

De entre todas, es la que nos interesa. Podemos apreciar como en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, se puede nombraba a un juez o a un árbitro. Hay autores que entienden que en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en realidad se hacía referencia a una única persona y hay quienes han tratado de buscar una diferencia, para distinguir cuando se nombraba a un *iudex* o a un *arbiter*.

Bravo González y Bravo Valdés⁵⁶ establecen que no hay distinción marcada entre juez y árbitro y citan a Cicerón “quien ya decía, con ironía, que tantos hombres ingeniosos no habían podido decir después de muchos años si se debía decir *iudex* o *arbiter*”. Por el contrario Gaspar Lera⁵⁷ establece que existe una diferencia entre *iudex*, *arbiter* y *arbiter ex compromisso* y que son figuras diferentes que no hay que confundir.

Fernández de Buján⁵⁸ cita a Gayo, quien diferencia cuando acudimos a uno a otro. Gayo establece, en Gai.IV.17a.⁵⁹, que el juez se nombraría cuando se exigiera el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato verbal de *sponsio*⁶⁰ y, que se nombraría a un árbitro, en los supuestos donde se reclamara la división de una herencia y de una cosa común.

⁵⁶ BRAVO GONZÁLEZ, A. y BRAVO VALDÉS, B., *Derecho romano. Primer curso*, Porrúa, México, 2001, p. 276

⁵⁷ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje...*, cit., pp. 28 y 29.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano...*, cit., pp.103-107

⁵⁹ Gai.IV.17a: “Se entabla la acción de la ley por petición de juez cuando la ley prescribía que se podía emplear esa forma, como hace la ley de las XII Tablas para pedir lo que se debe por estipulación. Se hacía de esta forma. El demandante decía: AFIRMO QUE ME DEBES DAR DIEZ MIL SESTERCIOS A CAUSA DE UNA ESTIPULACIÓN: TE PIDO QUE DIGAS SI ES VERDAD O NO. El adversario decía que no era verdad, y el demandante decía: DICES QUE NO, Y POR ELLO, A TI, PRETOR, TE PIDO QUE NOMVRES A UN JUEZ O UN ARBITRO. Así, pues en esta clase de acción podía uno defenderse sin riesgo de pagar una pena. También para la división de la herencia disponía la ley de las XII Tablas que se acudiera a la petición del juez. [*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lez iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diudenda inter coheredes eadem lex per iudices postulationem agi aussit*]”.

⁶⁰ La *sponsio* era un negocio jurídico, parecido a una promesa, en el que el acreedor realizaba una pregunta y el deudor debía responder, se guardaban las formas y tenía una estructura muy específica. Cabe destacar que la *sponsio* solo podía darse entre ciudadanos romanos. Las *legis actiones* eran muy formales y rigurosas, por ello se utilizaba esta figura.

Sin embargo, en la antigua Roma, se concebía la función de juzgar como una tarea que podía asumir cualquier ciudadano del que no se requerían especiales conocimientos jurídicos, “por lo que es difícil determinar en qué ocasiones el magistrado daba una u otra figura para la decisión del litigio. Aunque parece que el *arbiter* era la figura decisoria en los juicios divisorios. En la evolución posterior *arbiter* sería una persona con particulares conocimientos técnicos o con ponderado buen juicio al que las partes sometían el conocimiento de una controversia (*arbiter ex compromisso*), del mismo modo que también el magistrado podía designar un *arbiter* para decidir una específica cuestión litigiosa”⁶¹.

2.3 Tipos de arbitraje en Roma

Fernández de Buján⁶² hace una clasificación de los tipos de arbitraje que existieron en Roma, a pesar del riesgo que supone esta esquematización no contenida en las fuentes romanas. Así distingue entre:

El arbitraje no formal, “consistía en un mero pacto, no protegido por el magistrado ni por la ley y por lo tanto no ocasionaba consecuencias jurídicas inmediatas. Este arbitraje se movía en el campo de la *fides*⁶³, la confianza y la moral ciudadana”. Mediante este pacto las partes acordaban, extrajudicialmente, confiar a una persona determinada y de confianza común, la decisión de su controversia.

El arbitraje *ius gentium*, se utilizaba este arbitraje cuando era un árbitro el encargado de aplicar el *ius gentium*. Y, el *ius gentium*, era el derecho que resolvía los conflictos que surgían en la interpretación o aplicación de los pactos, contraídos entre los extranjeros y los ciudadanos romanos.

El arbitraje legal, es el que se encontraba en la Ley de las XII Tablas, en el texto que hace referencia a la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en

⁶¹ Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...*», cit., p.116

⁶² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano...*, cit., pp. 169-186.

⁶³ *Fides*: fiabilidad que se espera de la otra persona, lealtad entre partes. Era la confianza recíproca necesaria entre acreedor y deudor. Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...*», cit., pp.365 y 366.

el que se establece que en caso de división de herencia se designará un árbitro.

Y por último tenemos el arbitraje compromisario al que le dedicaremos el apartado siguiente.

2.4 Arbitraje compromisario

El arbitraje compromisario también era llamado *merum arbitrium*, y el árbitro en este tipo de arbitraje recibía la denominación de *arbiter ex compromisso*.

Ogayar y Ayllón⁶⁴ determina que la palabra compromiso tiene significados diferentes y puede dar lugar a confusión. Establece que “todas las relaciones jurídicas creadas por las partes vinculan, comprometen a los sujetos que en ellas intervienen. Desde este amplio punto de vista, la palabra compromiso equivale a obligación y más especialmente a contrato. Pero también hay una acepción más restringida del compromiso que es la que expresa la vinculación originada por los que aceptan la decisión de una controversia por terceros.

Este último, el contrato, es el que da vida a la institución arbitral; es su primer elemento, su antecedente obligado, es el presupuesto necesario para la actuación de los árbitros”.

El arbitraje compromisario, por tanto, tenía índole contractual, consistía en un pacto, convenio o acuerdo, llamado técnicamente *compromissum*. Se realizaba entre dos o más personas, entre las que había una controversia. Mediante este pacto acordaban someterse a uno o varios árbitros designados por las partes o por el pretor y cumplir lo decidido por el árbitro o árbitros.

Este pacto se reforzaba a través de la *stipulatio poenae*, una estipulación penal, conforme a la cual, la no aceptación de la decisión del árbitro o la no colaboración con las indicaciones del árbitro, suponía el pago de una pena monetaria que tendría que pagar la parte que no cumpliera lo ordenado por el árbitro a la otra parte que sí estaba conforme con la decisión. Es más, si se incumplía la *stipulatio* se podía exigir su cumplimiento a través de la *actio ex stipulatu*.

⁶⁴ OGAYAR Y AYLLÓN, T., *El contrato de compromiso...*, cit., p. 155.

El árbitro elegido podía aceptar o no el encargo, pero una vez que el árbitro lo había aceptado, mediante la *receptum arbitrii*, quedaba vinculado a desempeñar su función y a resolver la controversia emitiendo el correspondiente laudo, salvo que pudiera alegar una excusa sobrevenida que le impidiera hacerse cargo del caso y fuera aceptada por el pretor. Si no cumplía con su función o el pretor no aceptaba la excusa, podía imponerle una multa.

Al igual que el *iudex*, el árbitro podía no emitir una decisión si tras examinar y estudiar el caso no viera clara la solución y prestara juramento de ello⁶⁵ (*rem sibi non liquere*⁶⁶).

Fernandez de Buján⁶⁷ establece que el arbitraje compromisario podía tener por objeto cualquier cuestión litigiosa de las consideradas de libre disposición por las partes, al igual que lo establece la vigente LA y “excepcionalmente no podían ser objeto de arbitraje, los delitos cuya condena supone infamia, los asuntos sobre los que exista una acción pública, por ejemplo un asesinato, las cuestiones relativas a la libertad de una persona y los supuestos perseguirles mediante acciones populares”.

A partir de la época clásica se produce una progresiva reglamentación del arbitraje compromisario, dándole más garantías y seguridad jurídica. Cabe destacar las siguientes normas nombradas por Fernández de Buján⁶⁸:

- a) Queda prohibido que quien es Juez asuma el arbitraje de un negocio o conflicto en el que está ejerciendo las funciones de Juez, D. 4.8.9.2⁶⁹.

⁶⁵ FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, tercera edición, Centro de estudios Ramón Aceres, S.A., Madrid, 1997, p. 140.

⁶⁶ *Non liquere*: En el procedimiento formulario el juez en la fase *apud iudicem* si después de haber oído a los litigantes y valorado las pruebas no estaba en grado de poder emitir una sentencia, podía renunciar el ejercicio de su función juzgadora jurando que no podía dar solución al caso, *iudex qui rem sibi non liquere*, en cuyo caso el magistrado presidente de la fase *in iure* nombraba otro juez (*mutatio iudicis*). Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...*», cit., p.768.

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano...*, cit., pp. 184

⁶⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano...*, cit., pp. 222-225

⁶⁹ D.4.8.9.2.: “Si alguno fuese juez, prohíbesele por la ley Julia que admita la facultad arbitral sobre el negocio de que es juez, ó que mande que á su favor se contraiga el compromiso, y si hubiere pronunciado sentencia, no se ha de conceder la persecución de la pena. [*Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de que iudex est, inve se compromitti iubere prohibetur lege Iulia, et, si sententiam dixerit, non est danda poenae persecutio.*]”

- b) “Excepcionalmente cabe que el pretor prorrogue al árbitro el plazo para dictar sentencia”. En este sentido se establece que si el árbitro jura que aún no está bastante clara la causa para él”, se le de tiempo más tiempo para que pueda dictar el laudo (D.4.8.13.4⁷⁰). Si el compromiso se hizo sin señalar un plazo para dictar el laudo, era necesario que el árbitro fijara un plazo con el consentimiento de las partes (D.4.8.14⁷¹).
- c) En el supuesto en el que el árbitro hubiese sido difamado por los litigantes, si hubiese enemistad con ellos o en caso de enfermedad sobrevenida o cargo público, el árbitro podía excusarse o abstenerse de conocer del litigio (D.4.8.15⁷²).

⁷⁰ D.4.8.13.4: “Por tanto, si acaso fuese apremiado por el Pretor para la sentencia, será muy justo, que si jurase que aún no estaba bastante instruido de la causa, se le dé espacio para sentenciar. [*Proinde si forte urgoatur a Praetore ad sententiam, aequissimum crit, si iuret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari.*]”

⁷¹ D.4.8.14: “POMPONIO; Comentarios de Quinto Mucio, libro XL - Pero si se hizo el compromiso sin fijar día, es absolutamente necesario para el árbitro fijar día, por supuesto, consintiéndolo las partes y, que de esta manera se resuelva la cuestión; porque si dejare de hacer esto, en todo tiempo ha de ser obligado á pronunciar sentencia. [*POMPONIUS libro XL ad Quintum Mucium. - Sed si compromissum sine die confectum est, necesse est arbitro omnimodo dies (1) statuere, partibus scilicet consentientibus, et ita causam disceptari; quodsi hoc praetermiserit, omni tempore cogendus est sententiam dicere.*]”

⁷² D.4.8.15: “ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XIII. - Mas aunque terminantemente diga el Pretor, que obligará al árbitro á dictar sentencia, sin embargo, á veces debe tener en cuenta la razón de aquél, y admitir su excusa con conocimiento de causa, por ejemplo, si hubiere sido infamado por los litigantes, ó si hubieren sobrevenido capitales enemistades entre él y los litigantes, ó uno de los litigantes, ó si la edad ó una enfermedad, que sobrevino después, ó la ocupación de negocios propios, ó una urgente marcha, ó algún cargo de la República, le dispensara de su cometido; y así lo dice Labeon. [*ULPIANUS libro XIII. ad Edictum. - Licet autem Praetor detricte edicat, sententiam se arbitrum dicero coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet, et excusationem recipere causa cognita, utputa si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercessorint, aut si aetas aut valetudo, quae postea contigit, id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propiorum, vel profectio urgens aut munus aliquod Reipublicae; et ita(2) Labeo]*”

- d) Se recomendaba que el número de árbitro fuese impar, en caso de que solo hubieran dos y no llegaran a una decisión, el pretor les obligaría a elegir a un tercero (D.4.8.17, 6-7⁷³).
- e) El árbitro podía corregir en cualquier momento sus errores pero tras dictar el laudo, ya no podía hacerlo (D.4.8.20⁷⁴).
- f) La sentencia debía ser dictada estando presentes los litigantes, en caso contrario no sería válida. Salvo que en el convenio hubiesen pactado esta posibilidad (D. 4.8.27.7⁷⁵).
- g) El árbitro no podía decidir sobre un asunto propio (D. 4.8.51⁷⁶).
- h) El laudo arbitral no produce efecto de cosa juzgada.

⁷³ D.4.8.17, 6-7:

“§ 6.- Pero investiguemos principalmente, si el compromiso fuese para dos árbitros, si deberá acaso obligarles el Pretor á pronunciar sentencia, porque el compromiso por lo común ha de quedar sin éxito por la natural facilidad de los hombres para disentir. Porque por esto se admite el compromiso en número impar, no porque es fácil que todos lleguen á un acuerdo, sino porque, aunque disientan, se encuentra una parte mayor, á cuyo arbitraje se estará. Pero se acostumbró también á contraerse compromiso á favor de dos, y debo el Pretor obligar á los árbitros, si no se pusieran de acuerdo, á elegir una tercera persona cierta, á cuya autoridad se obedezca. [*Principaliter tamen quaeramus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos Praetor debeat (1) sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. In impari enim numero ideirco compromissum admittitur, non quoniam consentire omnes facile est, sed quia, etsi dissentiant, invenitur pars maior, cuius arbitrio stabitur. Sed usitatum est etiam in duos compromitti, et debet Praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cuius auctoritati pareatur.*]

§ 7.—Escribe Celso en el libro segundo del Digesto, que si el compromiso hubiere sido á favor de tres, basta ciertamente la conformidad de dos, si también el tercero hubiere estado presente; de otro modo, estando él ausente, aunque dos estuviesen conformes, no es válido el arbitraje, porque el compromiso fue á favor de más personas, y pudo la presencia de aquel atraerlos á su parecer. [*Celsus libro secundo (2) Digestorum scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit et tertius; alioquin absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere, quia in plures fuit compromissum, et potuit praesentia eius trahere eos in eius sententiam.*]

⁷⁴ D.4.8.20: GAYO; “Comentarios al Edicto provincial, libro V. - porque el árbitro, aunque hubiere errado al pronunciar la sentencia, no puede corregirla. [*GAIUS Libro V. ad Edictum provinciale.- quia arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest.*]

⁷⁵ D. 4.8.27.7: “Pero si no se hubiese agregado la pena en el compromiso, sino que simplemente hubiere prometido cualquiera que se estaría á la sentencia, habría contra él la acción de cosa incierta. [*Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.*]

⁷⁶ D. 4.8.51: “MARCIANO; Reglas, libro II. - Si alguno hubiese sido nombrado árbitro en negocio propio, no puede pronunciar sentencia, porque él mismo se mandaría hacer, ó se prohibiría pedir; y nadie puede ni mandarse, ni prohibirse á sí propio. [*MARCIANUS libro II. Regularum- Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere iubeat, aut petere (2) prohibeat; neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest.*]

i) “Y a partir del siglo IV se generalizan los arbitrajes confesionales en los que intervienen obispos o patriarcas. La institución correspondiente recibe el nombre de *Episcopalis Audientia*⁷⁷”.

Por último hemos de destacar que en Roma, no todas las personas podían desempeñar el papel de árbitro. Existían unos supuestos de incapacidad⁷⁸ que son los siguientes:

- a) La sentencia dictada por un esclavo no tendrá validez. El árbitro debía ser libre (D.4.8.7.pr⁷⁹).
- b) Las mujeres en Roma tampoco podían ser árbitros (C.2.56.6⁸⁰).
- c) Tampoco podían ser árbitros los pupilos, los locos, los sordos y los mudos, tal como indica Ulpiano (D.4.8.9.1)⁸¹ ni los impúberes.

⁷⁷ *Episcopalis audientia*: “Con el triunfo del cristianismo a partir del siglo IV, los clérigos estaban sometidos a una jurisdicción propia ejercida por el obispo, a la que podían también recurrir los laicos, que sustituían la *episcopalis audientia* a la jurisdicción estatal en materia civil. Se discute si la intervención del obispo tenía carácter arbitral, pero en ningún texto aparece el obispo como *arbiter ex compromisso*, y sus sentencias daban lugar a la ejecución forzosa del mismo modo que las sentencias de los jueces civiles, de donde no hay que excluir que en determinados períodos se reconociese la jurisdicción episcopal como una verdadera jurisdicción concurrente con la estatal incluso en causas civiles, pudiendo los laicos optar por una u otra jurisdicción.” Consultado en TORRENT RUIZ, A., «*Diccionario de Derecho Romano...*», cit., p. 318

⁷⁸ BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos...*, cit., pp. 105 - 107.

⁷⁹ D.4.8.7.pr: “Por lo cual dice Juliano, que si se hubiese contraído el compromiso á favor de Ticio y de un esclavo, ni á Ticio se le ha de obligar á pronunciar sentencia, porque con otro recibió el compromiso, por más de que, añade, sea nulo el arbitraje del esclavo. Pero ¿qué sucederá, si Ticio hubiere proferido sentencia? No se incurre en la pena, porque no pronunció la sentencia según había aceptado el encargo. [*Unde Iuliaunus ait, si in Titium et servum compromissum sit, nec Titium cogendum sententiam dicere, quia cum alio receperit, quamvis servi inquit, arbitrium nullum sit. Quid tamen, si dixerit sententiam Titius? Poena non committitur, quia non, ut receperit, dixit sententiam.*]”

⁸⁰ C.2.56.6: “El mismo Augusto á JUAN, Prefecto del Pretoria.- Mandamos, que acordándose las mujeres de su decoro y de las funciones que la naturaleza les permitió, así como de las que les mandó abstenerse, se separen de toda contienda judicial, aún cuando gozando de la más alta y de la mejor reputación hubieren aceptado el arbitraje, ó aunque, si fueren patronas, hubieren interpuesto su conocimiento arbitral entre sus libertos, de suerte que en virtud de su elección se considere nula la pena, y nula la excepción de pacto contra lo que con justicia las desatacan. [*A. IOANNI P.P. - Sancimus, mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit, et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimaee opinionis constitutae in se arbitrium susceperint, vel, si fuerint patronae, etiamsi inter libertos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla poena, nulla pacti exceptio adversus iustos earum contemtores habeatur*]”

⁸¹ D.4.8.9.1: “Pero ni á favor de un pupilo, ni de un loco, ó de un sordo, ó de un mudo se contraerá el compromiso, según escribe Pomponio en el libro trigésimo tercero. [*Sed neque in pupillum, neque in furiosum, aut surdum, aut mutum compromittetur, ut Pomponius libro trigesimo tertio (4) scribit.*]”

3. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Hemos visto brevemente la diferencia entre arbitraje interno, internacional y extranjero. Esta diferencia la explicaremos de forma más detallada a continuación para, *a posteriori*, profundizar en el arbitraje internacional.

El motivo por el que nos centramos en el arbitraje internacional es porque, pese a que el arbitraje en el Derecho Interno no ha tenido un gran éxito, en el Derecho Internacional va en aumento. Como consecuencia del uso y avance de la tecnología, la globalización y las relaciones entre empresas internacionales, se ha hecho necesario un mecanismo que resuelva de manera rápida y efectiva los conflictos internacionales. El uso del arbitraje internacional incrementa cada día, sobretodo en el ámbito del comercio internacional.

Si existe un conflicto internacional y las empresas implicadas acuden a los Tribunales de Justicia, pueden pasar demasiados años hasta que lo resuelvan, teniendo en cuenta que examinan las leyes de cada país y tras dictar la sentencia, las partes pueden recurrir. En cambio, si se acude al arbitraje, el conflicto se resuelve con mayor rapidez, las partes son las que deciden qué ley aplicar, el número de árbitros y el plazo máximo para resolver la controversia, como consecuencia de todas estas ventajas, el arbitraje internacional ha tenido un éxito increíble.

Es por ello que en éste capítulo nos centraremos en el arbitraje internacional y analizaremos su origen, trayectoria, evolución y por último concluiremos analizando la financiación por terceros.

El arbitraje internacional es un tipo de arbitraje con la misma finalidad, características, principios y funciones que ya hemos visto. Para que el arbitraje pueda considerarse internacional, deben darse alguna de las siguientes circunstancias, reguladas en el artículo 3 LA:

“a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional”.

No es necesario que concurren las tres circunstancias, con que se de alguna, será considerado arbitraje internacional.

“Si el laudo ha sido dictado en un lugar fuera de España, el laudo será extranjero y por lo tanto, requerirá de exequátur para su reconocimiento y ejecución en España. Como España se adhirió al Convenio de Nueva York de 1958⁸², dicho reconocimiento y ejecución tan solo podrían ser negados si la

⁸² “La finalidad principal del Convenio de Nueva York de 1958 es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral”. Consultado en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html. Última consulta: 23/04/2018

parte ejecutada alega y prueba cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo V del Convenio de Nueva York⁸³.

Es necesario subrayar que un laudo dictado en España, con independencia de que sea o no internacional, es considerado como laudo español y, en consecuencia no requiere de reconocimiento ni tampoco estará cubierto por el Convenio de Nueva York de 1953 para su reconocimiento y ejecución en España”⁸⁴.

3.1 Trayectoria del Arbitraje Internacional

Hemos visto que el arbitraje tiene orígenes muy antiguos, fundamentalmente antecesores romanísticos y podemos apreciar como el Derecho Romano esta presente en todas las ramas de nuestro derecho actual. A nuestro entender, consideramos acertado pensar que el arbitraje internacional es la evolución del arbitraje en Derecho Romano, exactamente del *ius gentium* y del arbitraje

⁸³ En el Artículo V del Convenio de Nueva York de 1953 se encuentran las circunstancias por las que un laudo arbitral extranjero puede no ser reconocido:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo ii estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

⁸⁴ CAÑELLAS, F., «El arbitraje comercial internacional», en F.J, Peláez Sanz y M. Griñó Tomas (dir.), *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Colección de Formación Continuada Facultad de Derecho ESADE, JM Bosch, 2009, pp. 85-87

compromisario. Hemos definido con anterioridad estas dos instituciones. El *ius gentium* era el derecho que resolvía los conflictos que surgían en la interpretación o aplicación de los pactos, contraídos entre los extranjeros y los ciudadanos romanos y, el arbitraje compromisario consistía en un acuerdo realizado entre dos o más personas entre las que había una controversia, por el que acordaban someterse a uno o varios árbitros designados por las partes o por el pretor y cumplir lo decidido por el árbitro o árbitros. En caso de que una de las partes no cumpliera con la decisión del árbitro debía pagar una pena monetaria. El arbitraje internacional es la unión y evolución de estas dos instituciones. El arbitraje internacional es un medio de resolución de conflictos internacionales en el que las partes en conflicto deciden someterse a la decisión de uno o más árbitros y cumplir con la decisión que dicte.

Dejando de lado el origen, Starke⁸⁵, entiende que “el arbitraje es una institución de gran antigüedad pero su reciente historia moderna se extiende a un par de siglos”. La doctrina mayoritaria acepta que la nueva época del arbitraje internacional, tal como hoy es concebido, cobra vida en virtud del «Tratado Jay» que establecía un sistema de «comisiones mixtas» que tenían la finalidad de solucionar tres conflictos⁸⁶. Hemos de tener como fecha clave el 19 de noviembre de 1794, momento en el que se creó este tratado, denominado Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, realizado entre Gran Bretaña y Estados Unidos. Era conocido comúnmente como el «Tratado Jay» nombre que proviene del negociador americano Jonh Jay. Este tratado surgió en un contexto en el que había una lucha entre Gran Bretaña y Estados Unidos. En 1793 se puso fin a esta lucha y se consagró la independencia de los Estados Unidos a través del Tratado de París, pero se dejaron pendientes algunas cuestiones y posteriormente surgieron nuevas dificultades que ponían en

⁸⁵ STARKE, J.G., *The Acquisition of Title to Territory by Newly Emerged States* citado por RUBIO GARCÍA, L., «Arbitraje y política internacional», en Fernando M. Mariño (coord.), *El arbitraje internacional*, XII Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y relaciones internacionales, Zaragoza, 1989, p.400

⁸⁶ ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, MP., *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794-1978)*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1982, pp. 3-6

peligro esta paz. Fue entonces cuando en 1794, en Londres las negociaciones desembocaron en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación.

Este tratado es importante porque en él se acordaron solucionar por la vía del arbitraje tres controversias importantes: la primera controversia fue la fijación de una parte de la frontera con el Canadá en la que se determinaba el límite del río St. Croix, la segunda el pago de diversos créditos reclamados por los súbditos británicos y la tercera, solucionar las diferencias y reclamaciones mutuas, surgidas de la captura de barcos americanos por cruceros británicos y la captura de barcos mercantes británicos por corsarios franceses equipados en puertos americanos.

El primer y el tercer asunto fueron solucionados con éxito, mientras que el segundo conflicto fue solucionado posteriormente mediante un convenio entre los dos países.

Poco a poco la practica internacional de 1794 se fue extendiendo, aumentando así el número de arbitrajes internacionales.

Cordón Moreno⁸⁷ considera que en el ámbito internacional, el arbitraje es un instrumento común y muy aceptado para resolver los conflictos privados, sobretudo en el ámbito mercantil. Estima que “la aceptación del arbitraje en las relaciones de comercio internacional es, ante todo, la consecuencia de la ausencia de una jurisdicción supraestatal de Derecho Privado, para resolver los litigios que pueden surgir en las relaciones internacionales”. Esto se debe a que las jurisdicciones nacionales y los tratados internacionales, sobre competencia judicial internacional, resultan insuficientes para atender a las demandas que exige la agilidad en el tráfico jurídico. Ha de destacarse que el apoyo de los Gobiernos, ha asegurado la eficacia del arbitraje a través de los tratados internacionales. Los Estados también han contribuido mediante los tratados de ejecución, “ya que el arbitraje internacional no sería lo que es actualmente sin la eficacia real de las sentencias arbitrales”⁸⁸. Lachs⁸⁹, subrayó

⁸⁷ CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p.150

⁸⁸ CORDÓN MORENO, F., «El arbitraje en el Derecho Español...», cit., p.150

⁸⁹ LACHS citado por RUBIO GARCÍA, L., en «Arbitraje y política internacional...», cit., p.439.

que “el arbitraje internacional se halla floreciente en el campo del comercio internacional”.

El arbitraje internacional plantea grandes ventajas pero nos surgen dudas en cuanto a su elevado coste. Hace un par de meses en España, se realizó un estudio que analizaba a grandes rasgos el arbitraje, fue realizado por Roca Junyent, Comillas ICADE y la Association Corporate Counsel Europe (ACC)⁹⁰. En este estudio se analizó la opinión que tenían acerca del arbitraje, 82 empresas españolas. De este estudio hemos extraído dos conclusiones. La primera es que el arbitraje se encuentra asentado como método de resolución de controversias en España, pero parece que todavía le queda mucho camino por recorrer ya que el 53% de las empresas analizadas prefieren acudir a la jurisdicción ordinaria. Y la principal desventaja que podemos apreciar del arbitraje es el elevado coste que conlleva acudir a este método de resolución de conflictos. El coste de un arbitraje internacional varía en función del número de árbitros y de sus elevados honorarios, los gastos en los que incurren los árbitros como los viajes, los gastos administrativos, las cargas que conllevan las pruebas periciales, los honorarios de los abogados de cada una de las partes o los gastos directos como el uso de las instalaciones⁹¹. Todos estos gastos sufragados por las partes plantean la duda de si compensa desde el punto de vista económico, acudir al arbitraje internacional. Con cierta sagacidad, Braghetta⁹² compara el arbitraje internacional con la compraventa de un vehículo de lujo, afirma que “al comprar un *Jaguar*, nadie se preocupa en pagar por ello, en el arbitraje pasa lo mismo, las partes esperan una decisión mejor y tienen que pagar por eso.”

⁹⁰ El estudio al que han denominado *Primer Estudio de Arbitraje en España*, puede descargarse en formato pdf en el siguiente enlace <http://www.rocajunyent.com/actualidad-publicaciones/primer-estudio-de-arbitraje-en-espana/>. Última consulta 18/04/2018

⁹¹ Calculador de costes en el procedimiento arbitral: http://tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=252:calculador-de-costes&catid=29:normativa&Itemid=153&lang=es. Última consulta 1/05/2018

⁹² BRAGHETTA, A., «En la selección de los abogados», en R. Bernar Gutiérrez, Y. Derains y F. Mantilla-Serrano (coords.), *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 204

Siguiendo a FERNÁNDEZ MASIÁ⁹³ se puede afirmar que las personas no siempre tienen la capacidad económica para defender y proteger sus derechos en un procedimiento arbitral debido a la costosa estructura construida alrededor del arbitraje internacional.

3.2 Financiación del arbitraje internacional por terceros

Hemos visto como el arbitraje se ha expandido y cada vez se utiliza con más frecuencia en el ámbito internacional pero pese a la multitud de ventajas que plantea el arbitraje hay un grave inconveniente y es el elevado coste que conlleva iniciar y llevar a buen término un procedimiento arbitral. “No es por tanto nada extraño que, desde tiempos relativamente recientes, hayamos comenzado a observar el surgimiento y rápido desarrollo de la financiación por terceros de los litigios arbitrales”⁹⁴. Es por ello que le dedicaremos a la financiación por terceros este capítulo.

La financiación por terceros del arbitraje internacional es conocida comúnmente como “*Third Party Funding*”. Este mecanismo es definido por FERNÁNDEZ MASIÁ⁹⁵ como un sistema de financiación en el que un tercero, que suele ser una empresa especializada, facilita a una parte, que pretende iniciar un arbitraje internacional, los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio, a cambio de una retribución. Esta retribución suele ser variable y consiste en una cantidad de los fondos desembolsados o, generalmente en un porcentaje del resultado que se obtenga, que suele ir desde un tercio a dos tercios del total de la posible condena pecuniaria. En el caso en el que se pierda el arbitraje, el financiador pierde también su inversión. Una de las características principales es que el tercero financiador no tiene interés por el fondo del conflicto, sino que invierte su dinero con la expectativa de conseguir un beneficio al finalizar el arbitraje. “Algunos autores, valoran de manera enormemente negativa esta práctica alertando sobre su existencia y no

⁹³ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «La financiación por terceros en el arbitraje internacional», Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016), Vol. 8, No 2, pp. 204 y 205. Descargable en <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>. Última consulta: 20/04/2018

⁹⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «La financiación por terceros...», cit., p. 205

⁹⁵ BRAGHETTA, A., «En la selección de los abogados...», cit., p. 205 - 210

dudando en tildarlos a los terceros financiadores como “especuladores de la injusticia”⁹⁶. Sin embargo, la gran ventaja es que permite acudir al arbitraje a personas o empresas que de otra forma no podrían pagar el coste que conlleva.

Sabiendo todas las ventajas que posee el arbitraje y su principal desventaja, aún tenemos que resolver una duda y es ¿por qué el arbitraje es tan costoso? seguramente si se resolviera esta desventaja, no solo se acabaría con la financiación y especulación por terceros, sino que el arbitraje sería utilizado con más frecuencia en el derecho interno pudiendo resolver con más frecuencia asuntos cotidianos.

Lo que proponemos es una mayor intervención del Estado en el arbitraje, para que ponga límites a los costes, regulando como lo hace en el sistema judicial. Proponemos que limite las costas, los gastos del arbitraje y los honorarios y gastos de los árbitros, asegurando un mayor acceso a los ciudadanos a éste método de resolución de conflictos.

Lo único que establece la actual LA en cuanto al coste es el artículo 37.6 cuando señala que “con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral”.

Prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes y como hemos visto es uno de los principios del arbitraje. Son las partes las que deciden acudir a la vía del arbitraje asumiendo los costes. Y en ningún momento se marcan unos principios generales que creemos necesarios para remediar esta gran desventaja.

⁹⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «La financiación por terceros...», cit., p. 205

CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado se han llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Existe una discusión doctrinal acerca de si el arbitraje es o no el origen del proceso privado romano, pero es difícil de determinar. Independientemente de esta discusión, lo que sí puede afirmarse es que el desarrollo y la expansión del arbitraje tuvo lugar en el Derecho Romano.

SEGUNDA. La primera fuente que regula el arbitraje es la Ley de las XII Tablas y se materializa en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (la acción de la Ley por petición de juez o árbitro). La doctrina ha tratado de diferenciar cuando en la norma o en la acción se acudía a un *arbiter* o a un *iudex* pero de las fuentes no puede verificarse con certeza, parece ser que la decisión correspondía al magistrado.

TERCERA. El arbitraje romano evolucionó desde sus inicios al arbitraje compromisario en el que nos hemos centrado, ya que se trata de una forma contractual que inspira la institución arbitral que tenemos actualmente, es su primer elemento, su antecedente obligado.

CUARTA. El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos en la que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra presente en todo el procedimiento. Destacar que este principio se encontraba presente en el Derecho Romano, las partes podían elegir qué tipo de arbitraje querían. Es esta la característica principal que ha acompañado al arbitraje a lo largo de su evolución. Gracias a este principio, las partes y el árbitro pueden modelar el curso del procedimiento, por ello existe una gran flexibilidad ya que se tiene la oportunidad de pactar las condiciones, pudiendo elegir el tipo de arbitraje, el número de árbitros, los plazos...

QUINTA. La firmeza de la decisión arbitral es una de las grandes diferencias con el sistema judicial. En el arbitraje no existe la posibilidad de recurrir sobre

el fondo del asunto, la resolución es firme, es decir, tiene efectos de cosa juzgada y es irrecurrible. El laudo arbitral se puede impugnar a través de la acción de anulación y revisión pero estas acciones no tienen naturaleza de recurso y los motivos están tasados. Precisamente, es gracias a la firmeza del laudo arbitral lo que evita la interposición de los recursos como medio dilatorio.

SEXTA. El procedimiento arbitral da una solución más rápida a las controversias si lo comparamos con la vía judicial. Las partes pueden pactar un plazo especial, pero como regla general, el plazo máximo de resolución de la controversia es de seis meses.

SÉPTIMA. Pese a que el arbitraje en el nuestro Derecho interno no ha tenido un gran éxito, en el Derecho Internacional su empleo va en aumento. Se ha hecho necesario un mecanismo que resuelva de manera rápida y efectiva los conflictos internacionales y el uso del arbitraje internacional incrementa cada día, sobretodo en el ámbito del comercio internacional.

OCTAVA. Pese a la multitud de ventajas que plantea el arbitraje hay un grave inconveniente y es el incremento de los gastos que conlleva iniciar y llevar a buen término un procedimiento arbitral. No es por tanto nada extraño que, desde tiempos relativamente recientes, hayamos comenzado a observar el surgimiento y rápido desarrollo de la financiación por terceros de los litigios arbitrales. La financiación por terceros es un sistema de financiación en el que un tercero facilita los fondos necesarios para afrontar los costes legales del procedimiento a la parte que desea iniciarlo y no tiene medios, a cambio de una retribución que suele consistir en una cantidad de los fondos desembolsados o, generalmente en un porcentaje del resultado que se obtenga.

FINAL. Sabiendo todas las ventajas que posee el arbitraje y su principal desventaja, nos surge una duda y es ¿por qué el arbitraje es tan costoso? probablemente si se resolviera esta desventaja, no solo se acabaría con la financiación y especulación por terceros, sino que el arbitraje sería utilizado

con más frecuencia en el Derecho interno pudiendo resolver con más frecuencia asuntos cotidianos. Lo que se propone es una mayor intervención del Estado en el arbitraje, para que ponga límites a los costes, regulando como lo hace en el sistema judicial, es decir, que limiten las costas, los gastos del arbitraje y los honorarios y gastos de los árbitros, asegurando un mayor acceso a los ciudadanos a éste método de resolución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías:

- ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, MP., *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794-1978)*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1982.
- ANTEQUERA, J.M., *Historia de la Legislación Romana desde los tiempos más remotos hasta nuestro días*, Madrid, P. Infante, 3ra, 1874, p. 282. Libro en pdf en <http://fama2.us.es/fde/historiaDeLaLegislacionRomana.pdf>. Última consulta: 12/04/2018.
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, REUS S.A, Madrid, 2009.
- BRAVO GONZÁLEZ, A. y BRAVO VALDÉS, B., *Derecho Romano. Primer curso*, Porrúa, México, 2001.
- BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el arbiter ex compromisso*, Montecorvo, Madrid, 1990.
- CASTILLO FREYRE, M., *Arbitraje y debido proceso*, Biblioteca Estudios de Arbitraje, Vol. II, Lima, 2007. Libro en pdf en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol2.pdf>. Última consulta: 18/04/2018.
- CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho Español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, tercera edición, Centro de estudios Ramón Aceres, S.A., Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Iustel, Colección Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 9ª edición, Madrid, 2016.
- GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latín*, Hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, 1889.

- GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- NÚÑEZ OJEDA, R., *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de las controversias*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Universidad Pompeu Fabra (España), Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, Santiago de Chile.
- OGÁYAR AYLLON, T., *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1977.
- PARICIO, J., *De la justicia y el derecho. Escritos micelánicos romanísticos*, El Faro ediciones, Instituto de metodología e historia de la ciencia jurídica de la Universidad Complutense, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ ELORRIETA, N., *La mediación y el arbitraje laboral. Una perspectiva desde la mediación, civil y mercantil, y el arbitraje común*, Atelier, Libros jurídicos, Barcelona, 2017.
- TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, libros jurídicos, Madrid, 2005.

Capítulos en obras colectivas:

- BRAGHETTA, A., «En la selección de los abogados», en R. Bernar Gutiérrez, Y. Derains y F. Mantilla-Serrano (coords.), *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- CAÑELLAS, F., «El arbitraje comercial internacional», en F.J. Peláez Sanz y M. Griñó Tomas (dir.), *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Colección de Formación Continuada Facultad de Derecho ESADE, JM Bosch, Barcelona, 2009.
- COSTA GARCÍA, M., «La negociación», en R. Hinojosa Segovia (coord.), *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- DE LÓZAR, J., «Aspectos generales del procedimiento arbitral», en M. Pérez-Ugena Coromina, *Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio*, Dykinson, Madrid, 2017.

- FLORS MATÍES, J., «El arbitraje», en J. Montero Aroca, J. Flors Matjes, G.A. López Ebri y J. Roda Alcayde, *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Tirant lo Blanch, Volumen II, 7ªed, Valencia, 2012. Capítulo en pdf en <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/ProcesalCivillITema%2054Completo.pdf>, Última consulta: 06/04/2018.
- GALEOTE MUÑOZ, M., «La mediación», en R. Hinojosa Segovia (coord.), *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., «Medios de solución de conflictos jurídicos», en J. Montero Aroca, J.L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 25ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2017.
- HINOJOSA SEGOVIA, R y CUBILLO LÓPEZ, I., «El arbitraje», en R. Hinojosa Segovia (coord.), *Sistemas de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- RUBIO GARCIA, L., «Arbitraje y política internacional», en Fernando M. Mariño (coord.), *El arbitraje internacional*, XII Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y relaciones internacionales, Zaragoza, 1989.
- YÁNEZ VIVERO, F., «Arbitraje y Derecho de Sucesiones: el arbitraje testamentario», en J.L. Collantes González (dir.), *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Segunda Parte*, Vol. 4, Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007. Libro en pdf en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol4.pdf>. Última consulta 18/04/2018.

Artículos de revistas científicas:

- CORONEL JONES, C., «Arbitraje y procedimiento», en Revista IURIS DICTIO, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito, Quito, 2007, Año VII, N°11, consultada en http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_11/Arbitraje_y_procedimiento.pdf. Última consulta: 1/04/2018.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «La financiación por terceros en el arbitraje internacional», Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016), Vol. 8, No 2, pp. 204-220. Descargable en <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>. Última consulta: 20/04/2018.

Revista del CCI: «Resolución de disputas comerciales: Arbitraje y métodos alternativos de resolución de conflictos», 2ª ed, Ginebra, 2016, p. 51 consultada en http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/Arbitration_Spanish%20Full%20Low-res.pdf. Última consulta: 25/03/2018.

ROMERO SEGUEL, A., *Nociones generales sobre la justicia arbitral*, Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2, Sección Estudios, Chile, 1999, pp. 405 y ss.

ZAPPALÀ, F., Universalismo histórico del arbitraje, *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 121, pp. 196 y 198, julio-diciembre de 2010. Artículo de revista consultado en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf>. Última consulta: 18/04/2018.

Webgrafía:

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html. Última consulta: 23/04/2018.

Primer estudio de arbitraje en España, descargable en pdf en <http://www.rocajunyent.com/actualidad-publicaciones/primer-estudio-de-arbitraje-en-espana/>. Última consulta 18/04/2018.

Tribunal Arbitral de Barcelona: http://tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=24&Itemid=100&lang=es. Última consulta: 11/04/2018.

Tribunal Arbitral de Barcelona: http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=101&Itemid=72&lang=es. Última consulta: 30/03/2018.

REVIEW

Nowadays, when there is a conflict the implicated parties can resolve it in different ways, from refrain of exercising the corresponding action to going to tribunals. Right in the middle of these two extremes, are the so-called alternative methods of conflict resolution, also called the ADR systems "*Alternative Dispute Resolution*".

The institutions have made these methods available to citizens with the purpose that the parties involved can put an end to their differences without having to go to the Courts of Justice. In the past few years the slowness of the judicial system has been an inconvenient and this has been the main reason why ADR systems have become more prominent, although they did not arise to solve the delays of the Administration of Justice.

Within the ADR are negotiation, conciliation, mediation and arbitration. We will focus on the latter one.

In the present study we will deal with three sections, in the first one, we will analyze the concept of arbitration, its normative framework, the existing arbitration modalities and the differences with the other alternative systems of conflict resolution. In the second section we will analyze the doctrinal discussion about the arbitral origin of the judicial procedure, since when investigating the origin of the arbitration, many authors stop to analyze this matter. Later, we will delve into the origin and the romanistic background of arbitration, emphasizing some institutions and sources such as the Law of the XII Tables, the *legis actiones* y and the arbitration *ex compromisso*.

In the third section, reference will be made to arbitration in International Law, its use specially in the field of international trade and the main disadvantage of arbitration will be studied, its high cost. Finally we will make a reflection taking into account the solution that is being resorted to fight with this great disadvantage, the financing by third parties.

1. ARBITRATION ACCORDING TO LAW 60/2003

Currently in our country, arbitration is regulated by Law 60/2003, of December 23rd, of Arbitration (hereinafter LA), which has been subject to partial reform by Law 11/2011, of May 20th, reform of Law 60/2003, of December 23rd, on Arbitration and regulation of institutional arbitration in the General State Administration. Arbitration is defined by GÓMEZ COLOMER as "a way to resolve hetero-competitive legal conflicts". It is a heterocompositive method because the parties go to a third party to be the one to solve and give them a solution. Arbitration stands out for having essential characteristics. Among them, it should be noted that it is an instrument in which the parties voluntarily decide to appoint one or more persons as arbitrators (usually jurists) or they can also entrust the appointment of arbitrators and the administration of arbitration to corporations, entities, associations and institutions established by Article 14 of the LA.

As for the arbitrators, they must resolve the dispute in an impartial manner, since otherwise, they may refrain or be challenged. Under Article 12 LA, the parties may freely determine the number of arbitrators, as long as it is odd; if there is no agreement, only one arbitrator shall be appointed.

To get to this form of conflict resolution, the parties must expressly submit to arbitration. There are two options, the parties can wait for a dispute to arise and then agree to submit to arbitration, in a separate document or even through a cross-over of telematic communications that record the agreement, or can anticipate events including an arbitration clause in your contract.

When the arbitration has already been agreed, "it becomes mandatory for the parties and prevents the courts of justice from hearing disputes submitted to arbitration when the interested party alleges the existence of an arbitration agreement."

It is necessary to emphasize that the arbitration must deal with matters freely available to the parties in accordance with the law. If, on the contrary, arbitration is about matters that are not freely available, the arbitration will become null and void. Another note that defines arbitration is the broad flexibility of the arbitration procedure, since the parties and the arbitrator can model the course of the procedure. In this sense, they can determine the rules of the procedure to which the arbitration must be subject and the term of resolution of the controversy that they deem appropriate. This flexibility of the arbitration procedure is closely linked to the contractualist principle and to the autonomy of the will of the contracting parties.

The arbitration procedure ends, normally, with the decision dictated by the arbitrator. This decision is called an award. According to the Articles 517 LEC and 43 LA, the award is an enforcement order and is therefore binding on the parties, as it has the effects of *res judicata* and, in the event of non-compliance, enjoys the same effectiveness as a judicial decision.

Regarding the term, the art. 37 LA states that if the parties had not agreed otherwise, the arbitrator's deadline for issuing the award is six months. Notified the award to the parties, can request clarifications, corrections or complement of the award.

Finally, we must mention one of the greatest differences with the judicial system, and that is that if the parties do not agree with the award, they cannot appeal the decision. The award is irrevocable. They can only bring an action for annulment of the award within a period of two months and, provided that there is one of the reasons that are assessed in Article 41 LA.

Currently an arbitration can be: international, foreign, internal; ad hoc or institutional; of right or equity; ordinary or special; conventional, testamentary or forced and traditional or "on-line". This classification is not exclusive.

On the other hand, arbitration is governed by the principles of voluntariness, obligation, equality, hearing, contradiction, freedom of form and confidentiality of information.

As we have advanced, arbitration is within the methods of alternative dispute resolution but it is not the only one, we also have negotiation, mediation and conciliation. These conflict resolution mechanisms have great similarities, we must know how to differentiate them and they are explained in detail in the study.

2. ARBITRATION: ROMANISTIC BACKGROUND

Once the institution of arbitration is presented, we go into its romanistic history. When we began to study the background of arbitration, we found a doctrinal discussion about whether arbitration is or not, the origin of the Roman private process, for this reason, before analyzing the Roman history, it was considered convenient to make a brief reference to this discussion.

However, regardless of the existing doctrinal discussion, what we do have certainty is that the development and expansion of arbitration took place in Roman Law.

Fernández de Buján considers reasonable to think that in the early days of the Roman communities, the decision on disputes arising between individuals was resolved by one or more arbitrators chosen by common agreement of the parties. He states that the Latin League was renewed in the year 493 a.C. by Spurio Casio through the Treaty of *foedus Cassianum*. This treaty contained regulatory provisions for litigation arising among the members of the different communities. This author states that it is in this treaty and in the *reciperatio*, where reference is already made to the appointment of the arbitrators.

We must emphasize that the first source in which arbitration appears is in the Law of the XII Tables (year 451-450 a.C.). This Law contained the regulatory norms of coexistence among Roman citizens. The Tab.IX.3 imposed on the

judges or arbitrators the capital punishment when they received money to favor one of the parties. The arbitration fulfilled in the first centuries of Rome an important paper, since it was one of the main instruments of resolution of the controversies.

In *legis actiones*, the oldest procedural system, the figure of the referee also appears. The process consisted of two phases. The first phase was called *in iure* and was held before a magistrate invested with *iurisdictio* and the second phase was *apud iudicem* carried out before the judge or arbitrator, depending on the chosen action, was selected by the parties and had the capacity to judge and dictate the sentence. The process of the *legis actiones* was used only by the Roman citizens and, to be able to go to the process, there were five actions of the Law. Explained all extensively in the study, we will focus exactly on one, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, because with it you could appoint a judge or a referee. There are authors who understand that in reality there was a reference to a single person and there are those who have tried to find a difference, to distinguish when they named an *iudex* or an *arbiter*.

However, in ancient Rome, the function of judging as a task that could be assumed by any citizen who did not require special legal knowledge was conceived, "so it is difficult to determine on what occasions the magistrate gave one or another figure for the decision of the litigation. Although it seems that the *arbiter* was the decisive figure in the divisive judgments. In the subsequent evolution *arbiter* would be a person with particular expertise or with weighted good judgment to which the parties submitted the knowledge of a dispute (*arbiter ex compromisso*), in the same way that the magistrate could also appoint an *arbiter* to decide a specific litigious issue"

Fernández de Buján makes a classification of the types of arbitration that existed in Rome, despite the risk involved in this schematization not contained in Roman sources. Thus, it distinguishes between: non-formal arbitration, *ius gentium* arbitration, legal arbitration and arbitration *ex compromisso*.

To the latest one, we will dedicate a whole section given its importance. This type of arbitration was also called *merum arbitrium* and the arbitrator received the name of *arbiter ex compromisso*. It was characterized by having a contractual nature, consisted of a pact, agreement or arrangement, technically called *compromissum*. It was done between two or more people, among whom there was a controversy. Through this agreement they agreed to submit to one or more arbitrators appointed by the parties or by the praetor and to comply with the decision of the arbitrator or arbitrators. This pact was reinforced through the *stipulatio poenae*, a penal stipulation, according to which, the non-acceptance of the referee's decision or the non-collaboration with the referee's instructions, involved the payment of a monetary penalty that the party that did not comply with what was ordered by the arbitrator to the other party that was in agreement with the decision. Moreover, if the *stipulatio* was not complied with, it could be enforced through the *actio ex stipulatu*.

The chosen arbitrator could or could not accept the assignment, but once the arbitrator had accepted it, through the *receptum arbitrii*, he was bound to perform his function and resolve the controversy by issuing the corresponding award, unless he could claim an excuse that prevented him from doing so to take charge of the case and be accepted by the praetor. If he did not fulfill his function or the praetor did not accept the excuse, he could impose a fine.

Like the *iudex*, the arbitrator could not issue a decision if, after examining and studying the case, the solution was not clear and he would take an oath of it.

Fernandez de Buján states that the arbitration *ex compromisso* could have as its object any litigious issue of those considered freely available by the parties, as established by the current LA and "exceptionally could not be subject to arbitration, crimes whose conviction is infamy, the matters on which there is a public action, for example a murder, questions relating to the freedom of a person and the alleged persecution through popular actions. "

From the classic era there is a progressive regulation of arbitration *ex compromisso*, giving more guarantees and legal security.

3. INTERNATIONAL ARBITRATION

The difference between domestic, international and foreign arbitration will be explained in more detail and we will go deeper into international arbitration.

The reason why we focus on international arbitration is because, although arbitration in domestic law has not been very successful, in international law is increasing. As a result of the use and advancement of technology, globalization and relationships between international companies, a mechanism has become necessary to resolve international conflicts quickly and effectively. The use of international arbitration increases every day, especially in the field of international trade.

If there is an international conflict and the companies involved go to the Courts of Justice, it can take too many years until they resolve it, taking into account that the laws of each country must be examined and after passing judgment, the parties can appeal, extending the process. On the other hand, if the arbitration is resolved, the dispute is resolved more quickly, the parties decide which law to apply, the number of arbitrators and the maximum time to resolve the dispute, which is why it has had incredible success.

International arbitration is a type of arbitration with the same purpose, characteristics, principles and functions that we have already seen. For arbitration to be considered international, some of the circumstances regulated in Article 3 LA must occur.

We have seen that arbitration has very ancient origins, fundamentally Romanistic antecedents. In our opinion, we consider it right to think that international arbitration is the evolution of arbitration in Roman Law, exactly the *ius gentium* and arbitration.

Leaving aside the origin, the majority doctrine accepts that the new era of international arbitration, as it is conceived today, comes to life by virtue of the "Tratado Jay" created in 1794. This treaty is important because it agreed to settle by arbitration certain important controversies. Little by little the international practice of 1794 was expanding and the number of international arbitrations was increasing.

Nowadays arbitration is used more and more frequently at an international level, but despite the multitude of advantages that arbitration poses, there is a serious drawback and it is the exponential increase in the expenses involved in initiating and carrying out an arbitration procedure. "It is therefore not strange at all that, since relatively recent times, we have begun to observe the emergence and rapid development of third-party financing of arbitration litigation." The financing by third parties of international arbitration is a financing system in which a third party, which is usually a specialized company, provides a party, which intends to initiate an international arbitration, the necessary funds to meet the legal costs of that litigation, to change of a retribution. This remuneration is usually variable and consists of an amount of the funds disbursed or, generally in a percentage of the result obtained, which usually ranges from one third to two thirds of the total of the possible pecuniary sentence. In the case where the arbitration is lost, the financier also loses its investment.

One of the main characteristics is that the third party financier has no interest in the substance of the conflict, but invests his money with the expectation of obtaining a benefit at the end of the arbitration. "Some authors value this practice in a highly negative way, warning about its existence and not hesitating to label them to third party financiers as" speculators of injustice ". However, the great advantage is that it allows arbitration to people or companies that otherwise could not pay the cost involved. Knowing all the advantages of arbitration and its main disadvantage, we still have to resolve a question and that is why arbitration is so expensive? surely if this disadvantage get sorted

out, not only financing and speculation by third parties would end, but arbitration would be used more frequently in domestic law, being able to resolve everyday issues more frequently.

What we propose is a greater intervention of the State in the arbitration, so that it puts limits to the costs, regulating as it does in the judicial system. We propose that you limit the costs, arbitration expenses, fees and expenses of the arbitrators, ensuring greater access to citizens to this method of conflict resolution.

CONCLUSIONS

After the study, the following conclusions have been reached:

FIRST. There is a doctrinal discussion about whether or not arbitration is the origin of the private process, but it is difficult to determine. Regardless of this discussion, from what we do have certainty is that the development and expansion of arbitration took place in the Roman Law.

SECOND. The first source where arbitration appears is in the Law of the XII Tables and in the *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (the action of the Law by petition of judge or referee). There are those who have tried to differentiate when going to the *arbiter* or *iudex*, but it is not proven when the Magistrate gave to one or another figure the decision of the litigation.

THIRD. The arbitration evolved from its beginnings to the arbitration *ex compromisso*. on which we have focused since it is the contract that gives life to the arbitration institution that we currently have, it is its first element, its obligatory antecedent.

QUARTER. The arbitration is a heterocompositive method way of solution of conflicts in which the principle of the autonomy of the will of the parts is present in all the arbitral procedure. To emphasize that this principle was present in Roman Law, the parties could choose what type of arbitration they wanted. It is the main feature that has accompanied the arbitration throughout its evolution. Thanks to this principle, the parties and the arbitrator can model the course of the procedure, for this reason there is great flexibility since there is the

opportunity to agree on the conditions, being able to choose the type of arbitration, the number of arbitrators, the deadlines...

FIFTH. The firmness of the arbitral decision is one of the great differences with the judicial system. There is no possibility of recourse on the merits of the case. The resolution is firm, that is, it has the effects of *res judicata* and is irretrievable. It can be challenged through the annulment and review action but these actions are not of a recourse nature and the reasons are assessed. Thanks to the firmness of the arbitral award, the interposition of resources is avoided as a dilatory means.

SIXTH. One of the great advantages of the arbitration procedure is its effectiveness, since the parties that come to arbitration do so voluntarily.

SEVENTH. The arbitration procedure gives a quicker solution to disputes if we compare it with the judicial process. The parties can agree on a special term, but as a general rule, the maximum period of resolution of the dispute is six months.

EIGHTH. Although the arbitration in the Internal Law has not been a great success, in the International Law it is increasing. A mechanism that resolves international conflicts quickly and effectively has become necessary and the use of international arbitration increases every day, especially in the field of international trade.

NINTH. Despite the multitude of advantages raised by arbitration, there is a serious inconvenient and it is the exponential increase in the expenses involved in initiating and carrying out an arbitration procedure. It is therefore not at all strange that, since relatively recent times, we have begun to observe the emergence and rapid development of third party financing of arbitration litigation.

FINAL. Knowing all the advantages of arbitration and its main disadvantage, we still have to resolve a question and that is, why is arbitration so expensive? Surely if this disadvantage was resolved, not only financing and speculation by third parties would end, but arbitration would be used with more frequency in domestic law, being able to resolve everyday issues more frequently. What we propose is a greater intervention of the State in the arbitration, so that it puts limits to the costs, regulating as it does in the judicial system. We propose that it

limits the costs, the expenses of arbitration and the fees and expenses of the arbitrators, ensuring greater access to citizens to this method of conflict resolution.

