

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Dykinson, Madrid, 2014, 219 pp.

«La deuda histórica del arbitraje moderno» es el título de un libro que recoge el discurso leído en el acto de recepción como Académico de número por Antonio Fernández de Buján, el 20 de enero de 2014, así como la contestación al mismo realizada por Luis Díez-Picazo, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en una cuidada edición de la editorial Dykinson. El libro contribuirá de manera eficaz a divulgar el resultado de esta investigación, e interesará a especialistas de diversos campos del Derecho; no solo a estudiosos del mundo antiguo, sino también a civilistas, procesalistas y juristas en general, que sabrán extraer de las experiencias del Derecho romano un caudal de razonamiento en relación con la resolución de conflictos al margen de los cauces procesales.

El libro está construido sobre cuatro capítulos que sustentan el título de la disertación. El primero: De la mediación al arbitraje compromisorio o decisorio. El segundo: De la *fides* en los pactos a la *bona fides* y la *aequitas* en los arbitrajes y negocios *ius gentium*. El tercero: De los arbitrajes de naturaleza pública. El cuarto: Bases romanísticas del arbitraje actual: Análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitrajes

Aunque cada uno de estos capítulos puede leerse de manera independiente, juntos forman un todo que hacen de esta obra una monografía rigurosa sobre diversos temas estrechamente relacionados, de gran actualidad, que seguramente constituye un referente en la materia. El primero está dedicado a la terminología y tipos de arbitraje, lo que sirve a modo de introducción e incursión en el mundo antiguo. La abundante bibliografía en sus notas refiere un estudio exhaustivo sobre el que se da cuenta en el texto principal. Desde el arbitraje en Atenas, donde al parecer ya se encuentran datos en época homérica, pasando por los arcontes y Solón, el arbitraje público, el Tribunal de los cuarenta jueces, al procedimiento arbitral y el procedimiento de apelación, al arbitraje voluntario en el que el árbitro es elegido por las partes y el laudo dictado no es susceptible de apelación, a los arbitrajes de derecho privado en donde examina la función mediadora de la institución primitiva, el arbitraje de una persona justa, o *arbitrium boni viri*, el arbitraje no formal o arbitraje de *ius gentium*, y el arbitraje compromisorio.

El denominado arbitraje compromisorio según el pasaje de Celso (D. 4. 8. 3. 1) consiste en un acuerdo entre dos o más personas (entre las que existe una controversia) conforme al cual, los intervinientes deciden presentarse ante uno o varios árbitros elegidos por las partes o designados por el pretor, así como la colaboración en la instrucción del arbitraje y el cumplimiento de lo decidido por el árbitro. Sobre este tema, se ha expresado el autor en distintas ocasiones, tanto en su *Derecho Público romano* (16.^a ed., Cívitas Thomson Reuters, 2014, pp. 297-303), como en su *Derecho Privado romano* de más reciente edición (7.^a ed., Iustel, 2014, pp. 151-168), manuales de obligada referencia (donde les dedica un espacio relevante), en la monografía, *Hacia un Derecho administrativo y fiscal romano II* (Dykinson, 2013, pp. 17-37), y en otras publicaciones.

Formalizado el compromiso las partes acuerdan la elección de uno o varios árbitros a quienes se encarga el conocimiento y la decisión de la controversia, que deben aceptar el encargo, *acceptum*. Probablemente fueran los comerciantes y emprendedores de la época los que utilizaran el procedimien-

to del arbitraje, como más sencillo que el proceso oficial, para resolver sus controversias, e influyeran en el reconocimiento oficial de la fórmula arbitral recogida en el edicto *de receptis*, sancionado por el pretor en el siglo II de nuestra era: *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum sententiam dicere cogam* (O. Lenel, *El Edicto Perpetuo*, versión francesa, 1901, t. I tit. XI, pp. 146-147).

En época clásica no produciría efecto de cosa juzgada mientras que en época justiniana la exigibilidad de la ejecución del laudo arbitral pudo hacerse a través de una *actio in factum* como prevé C. 2. 55. 5. pr.

Cabría destacar la originalidad del segundo capítulo por las consideraciones que el autor hace sobre el *pactum* en las XII Tablas, los pactos en el *ius gentium*, la sanción de los *pacta conventa* en el edicto del pretor; el paso de la *fides* primitiva como fundamento de los pactos, a la *bona fides* como regla de conducta y medida de responsabilidad en los negocios del *ius gentium*. Muy interesante su «casi ensayo» y abstracción sobre *bona fides* y *aequitas* como elementos de interpretación y aplicación de los *pacta conventa* reconocidos y protegidos por el derecho pretorio, así como el papel de la *bona fides* y la *aequitas* en el arbitraje de *ius gentium*, arbitraje compromisorio, en los *pacti conventi* y en los *iudicia bonae fidei*.

El capítulo tercero dedicado a los arbitrajes de naturaleza pública, parte de la premisa de que sería el arbitraje privado de índole comercial el antecedente y referencia de los posteriores tipos de arbitraje de impronta pública existentes en el mundo romano, como el internacional, el federal, el administrativo y el legal (este último como fórmula de naturaleza mixta de resolución de conflictos cuya referencia ya se encontraba en las XII Tablas). Pero mientras en el arbitraje privado serían los particulares intervinientes quienes acuerdan, *compromissum*, someter la controversia a la decisión de uno o varios árbitros, que aceptan, *receptum*, resolver mediante sentencia la controversia que se les planteaba, en los arbitrajes públicos, serían los entes públicos quienes en el ejercicio de su poder decidirían someter a la opinión de uno o varios árbitros la solución de sus diferencias.

Sobre el arbitraje administrativo se detiene el autor de manera especial pues la diversidad de materias que son objeto del mismo, su peculiar naturaleza jurídica considerando que se trata de una función propia de la comunidad política, y especialmente la posición de las partes contendientes en atención a la vinculación de ambas o de alguna de las partes a la administración pública romana, lo hacen muy diferente de los otros arbitrajes de derecho público. Por otra parte, son numerosas las inscripciones epigráficas y los textos literarios referidos a arbitrajes en controversias sobre aguas (Cicerón, *Ad Atticum* y *Verrinas*; Tácito, *Annales*). A su vez, la *lex Rupilia*, primera ley provincial (131 a.C.), vendría a ratificar la tradición arbitral siciliana heredada de Grecia para la resolución de conflictos entre ciudades, nombrando como árbitro a una tercera.

El caso más conocido de arbitraje administrativo es el de la *Tabula contrebensis*, primera contienda jurídica documentada en la península Ibérica que versa sobre límites territoriales y construcción de un acueducto. Sobre ella han trabajado de manera destacada los profesores Fatás, Murga, Beltrán, A. d'Ors, Torrent y el propio Fernández de Buján. Las obras respectivas sobre el tema están referidas en la nota 259 de *La deuda histórica del arbitraje moderno*, así como un extenso resumen del mismo en las páginas 113 a 122; quizá convendría recordar que recientemente se han conmemorado los 2100 años de la sentencia arbitral contenida en la *tabula*, con una escultura

de grandes proporciones que de manera altruista ha sido colocada en la localidad aragonesa de Alagón (enclave de una de las ciudades litigantes) para recuerdo del bronce. Pero hay otros casos de arbitraje administrativo detallados en las fuentes epigráficas y literarias que también son señalados por el autor, seleccionados con base en la obra de Ruggiero, *L'arbitrato pubblico*, que tratan sobre variados temas como deudas, límites territoriales, fronteras o tributos.

El capítulo cuarto se refiere a las bases romanísticas del arbitraje actual. Como señala el autor, se trata del análisis de las concordancias entre el Derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje. Aunque se supone que es el colofón de la obra, sin embargo podría ser leída de manera independiente, ya que podría constituir a su vez una monografía particular por su extensión y temática, que sin duda atraerá a juristas especializados en derecho actual tanto por su novedad como por su alcance práctico. Por otra parte, quizá sea ésta la parte que más interés vaya a suscitar en los momentos actuales en los que prima el gusto por los trabajos de derecho positivo en detrimento de los históricos; sin embargo el autor, en este capítulo, al utilizar una metodología comparatista, la microcomparación, esto es, el análisis de una figura concreta en varios ordenamientos (en este caso el derecho romano y el derecho actual) consigue aunar de manera armónica perspectiva histórica y análisis de la institución, criterio programático defendido incesantemente en todas sus obras.

Del análisis de las concordancias examinadas entre el Derecho Romano justinianeo y la legislación actual en materia de arbitraje, el autor extrae la conclusión de que es posible deducir la base romanística del arbitraje actual, ya que existe una gran similitud entre numerosos textos romanos y las normas reguladoras de los distintos aspectos y soluciones previstas en la ley española de arbitraje y el arbitraje internacional (Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre, modificada por Ley 11/ 2011, de 20 de mayo).

Parte el autor de la afirmación de que en el Derecho romano hay un mayor grado de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del arbitraje, y un mayor reconocimiento de la discrecionalidad en la actuación arbitral que la existente en el arbitraje moderno que se caracteriza por el carácter imperativo de muchas de sus normas, que quedan fuera de la disponibilidad de las partes en aras de la seguridad jurídica y las garantías de los intervinientes. Mientras que se consideran materias no susceptibles de arbitraje en Derecho romano, con base en las fuentes, el conocimiento de los delitos públicos, así como aquellos delitos cuya condena suponga infamia, de las causas relativas a la libertad de las personas y de las actuaciones que sean objeto de persecución mediante acciones populares (D. 4.8.32.6 y 7), la actual Ley de Arbitraje señala que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1). Frente a la inexistencia, en un primer momento, de medios jurídicos que obligaran al árbitro al cumplimiento de su función, se pasó a la intervención pretoria, bien prohibiendo al árbitro que dictara sentencia o que ejecutase la ya dictada, bien obligándole a que la dictase o bien sancionándole mediante multa o embargo de bienes si se negase de forma injustificada a pronunciarse sobre el fondo del asunto (¿estaríamos ante una *missio in possessionem*?). El magistrado controlaría el cumplimiento de las condiciones de validez del *compromissum* y del *receptum*, mediante un examen somero (*causae cognitio*) de las circunstancias que se le planteasen: las condiciones de capacidad de las partes, de sus representantes, y del árbitro, el objeto del

compromiso, las materias que no podían ser sometidas al arbitraje, excusas para desempeñar dicha función etc. Se produciría un progresivo acercamiento del arbitraje al juicio (que seguiría siendo prevalente), respecto al que se comienza a considerar como una alternativa en la resolución de conflictos, y a la vez un progresivo alejamiento respecto a la mediación y transacción, figuras coetáneas del arbitraje para resolver los conflictos en los primeros tiempos, lo que se traduciría en un cambio sustancial de la propia naturaleza del arbitraje. Por otra parte, la previsión legal respecto a las funciones de apoyo y control del arbitraje se encuentra en los artículos 8 y 33 de la Ley de Arbitraje, así como el 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El autor señala que en este último capítulo se ha limitado a glosar algunos textos romanos en la materia y a destacar aquellos que mantienen su vigencia en el derecho actual. En su opinión, los textos clásicos expresan principios y reglas que han sido incorporados en los preceptos de las leyes de arbitraje de los distintos ordenamientos actuales, incluido el nuestro. Ciertamente, basándose en ellos realiza un pormenorizado análisis comparativo entre el antiguo derecho y el derecho actual sobre la forma y el contenido del compromiso arbitral, su conexión con la materia testamentaria en relación con la división de una herencia entre coherederos o legatarios, la controversia que suscita la posibilidad de someter la resolución del conflicto de manera paralela ante un juez o ante un árbitro e incluso la posibilidad de iniciar un proceso ordinario el que se sienta perjudicado por la sentencia arbitral, árbitros (capacidad; nombramiento, número y adopción de decisiones colegiadamente; excusas, motivos de abstención y recusación y nombramiento de árbitro sustituto; responsabilidad y provisión de fondos para atender a los gastos que se produzcan), realización de las actuaciones arbitrales (fecha de inicio, alegaciones de las partes, naturaleza de la controversia y pretensiones; lugar y comparencia de las partes), pronunciamiento del laudo o decisión arbitral y terminación de las actuaciones (conforme a derecho o a equidad; plazo, forma, contenido y notificación de la sentencia; extinción del compromiso; corrección, aclaración y complemento de la sentencia en caso de peticiones no resueltas), la anulación, ejecución de la sentencia arbitral, y consideraciones sobre sus efectos de cosa juzgada a partir de la etapa justinianea (su recepción en el Derecho de Partidas así como el derecho castellano por Ley de Enrique IV promulgada en Madrid en 1458 y la atenuación de su fuerza ejecutiva en la Constitución de 1812) que coincide básicamente con lo previsto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje: «*El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de febrero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*»; y el 44: «*La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título*».

Finaliza el autor la obra con una reflexión. Consciente de que la profundidad de un estudio histórico sobre una figura de naturaleza interdisciplinar de la importancia del arbitraje, genera inevitablemente lagunas y controversias en los temas abordados, manteniendo una postura prudente de adhesión a la reforma pero con matices, confía en dedicar a la materia una especial atención en su labor investigadora en los próximos años. Y así, reproduciendo fielmente sus palabras, cabe decir que a quienes conozcan la ley de arbitraje española de 2003, las soluciones romanas a las distintas cuestiones planteadas a lo largo del libro les resultarán conocidas, mientras que a quienes no estén familiarizados con el texto legal, reformado en 2011, el genio

jurídico romano les resultará patente en este sector del Ordenamiento, pues se trata de una institución de clara impronta romana.

En definitiva, muy interesante la nueva monografía que nos regala el autor, fruto de sus investigaciones más recientes, sobre un tema que, como la jurisdicción voluntaria o el estudio del derecho administrativo y fiscal romano, le preocupa de forma permanente. Por lo sugerente de la problemática detectada y las posibles soluciones dadas ya en nuestro derecho antiguo, el libro contiene un valioso material aplicable a las necesidades detectadas en el tráfico jurídico también en el momento actual; en definitiva, el arbitraje como fórmula más adecuada de resolución de conflictos.

M.^a Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS
Profesora de Derecho Romano
Universidad de Zaragoza

GARCÍA CARACUEL, Manuel: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, 521 pp.

La presente obra constituye, sin duda, la aportación más relevante de la doctrina española al estudio de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales como hecho limitativo o justificante del incumplimiento contractual. Conviene adelantar que contiene un estudio de Derecho comparado, opción que enriquece el análisis y permite aquilatar las propuestas legislativas y la propia evolución de esta cuestión en el Derecho español. Huelga, por otra parte, señalar la trascendencia del objeto de estudio, más allá de la preocupación renacida acerca de los remedios que puede proporcionar en un escenario de crisis. Ya antes de la crisis, la cuestión del *hardship* era señalada como el problema más arduo que suscitaba el régimen de los contratos internacionales, de suyo más sensible que los contratos internos a la alteración de múltiples circunstancias en un escenario más endeble.

La parte primera del estudio es, en realidad, una introducción histórica de la evolución doctrinal, legal y jurisprudencial del principio *rebus sic stantibus*, como excepción al principio básico de obligatoriedad o santidad del contrato (*pacta sunt servanda*), en que se señalan los hitos y claves en la evolución de la institución. Hablamos de meros atisbos en el Derecho romano, entre canonistas y postglosadores, de la incidencia fundamental de la escolástica iusnaturalista española del Siglo de Oro, reconocida magistralmente por Gordley, de su evolución en la primera codificación y, sobre todo, en los precedentes jurisprudenciales desde mitad del siglo XIX, que aún siguen siendo ilustrativos y determinantes de las concepciones vigentes.

Pero sin duda el corazón del trabajo se desgrana en la parte segunda, en que se analiza la institución en los principales sistemas jurídicos de referencia: formulación de los supuestos, delimitación de figuras, efectos sobre los remedios contractuales, la resolución del contrato, la adaptación, la renegociación, etc. Frente a la opción de un estudio comparativo por problemas o cuestiones jurídicas, el autor, con buen criterio, opta por un análisis sucesivo del cambio de circunstancias en los sistemas jurídicos de referencia. Quienes hayan profundizado en el Derecho comparado sobre esta cuestión deberán