

# La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el Derecho Español



**JULIO GONZÁLEZ SORIA**

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España.  
Presidente de Honor de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.  
Presidente de la International Law Association (SE).



## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El concepto de arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como marco de la responsabilidad de los árbitros.
- III. Tipos de responsabilidad del árbitro.
  1. Responsabilidad penal.
  2. Responsabilidad disciplinaria.
  3. Responsabilidad extracontractual.
  4. Responsabilidad civil.
    - 4.1. Derivada del delito.
    - 4.2. Derivada del ordenamiento jurídico-civil.
- IV. Límites de la responsabilidad civil de los árbitros.
- V. Responsabilidades de la institución arbitral y sus límites.

AUTORES EXTRANJEROS

ARBITRAJE

ADVOCATUS 132

**RESUMEN:**

Paralelamente al incremento vertiginoso de los arbitrajes, han aumentado también los casos en los cuales algunos árbitros y, eventualmente, algunas instituciones arbitrales, se han visto involucradas en supuestos de responsabilidad frente a las partes del proceso. En el presente artículo, el autor aborda dicha problemática desde el ordenamiento jurídico español. Para ello, analiza los tipos de responsabilidad en los cuales puede incurrir un árbitro y sus respectivas limitaciones, haciendo extensivo dicho análisis a las instituciones arbitrales.

*Palabras clave:* Arbitraje, árbitros, institución arbitral y responsabilidad civil.

**ABSTRACT**

In parallel with the rapid increase of arbitrations, they have also increased the cases in which some arbitrators and eventually some arbitral institutions have been involved in cases of civil liability against the parties of the procedure. In this article, the author approaches to this problem by analyzing the Spanish legal system. It analyzes the types of liability which may incur an arbitrator and their respective limitations by extending the analysis to arbitral institutions.

*Keywords:* Arbitration, arbitrators, arbitral institution and civil liability.

**I. INTRODUCCIÓN**

La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales es, sin duda, un tema que cobra cada día más actualidad por lo que parece necesario dedicar al mismo la debida atención.

Por otra parte, esa responsabilidad se configura de manera muy diversa dependiendo del ordenamiento jurídico aplicable.

Por ello, en este trabajo nos limitaremos a analizar la cuestión a la luz del derecho español.

En primer lugar, hay que señalar que la Ley 60/2003 de Arbitraje de 23 de diciembre con la modificación introducida en la misma por la Ley 11/2011 de Reforma de la Ley de Arbitraje de 20 de mayo de 2011, contiene la regulación que transcribimos a continuación.

*Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.*

*1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia*

*de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.*

*Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas.*

*2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.*

En este artículo 21 se contempla, por una parte, la obligación que genera para los árbitros y, en su caso, para la institución arbitral, la aceptación del nombramiento de cumplir fielmente el encargo y se establece que su incumplimiento

genera responsabilidad por los daños y perjuicios que tal incumplimiento pudiera causar siempre y cuando que el mismo lo fuese por mala fe, temeridad o dolo (ordinal 1). Por otro, y como lógica contrapartida a esa obligación, el artículo 21, en su ordinal 2, establece el derecho de los árbitros y de las instituciones arbitrales a que su encargo sea remunerado e igualmente que puedan exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los gastos que pudieran producirse en el arbitraje, incluidos los correspondientes a los honorarios y gastos de los árbitros, exigencias que de no ser atendidas por las partes facultará a los árbitros para acordar la conclusión o suspensión de sus actuaciones.

La novedad introducida por la Ley de Reforma consiste en la inclusión de un segundo párrafo nuevo al apartado 1 del artículo 21 por lo que se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas.

## II. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MARCO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS

En lo que se refiere a la responsabilidad de los árbitros, esta hay que entenderla, lógicamente, desde el concepto del arbitraje existente en nuestro ordenamiento, en integración con nuestra Constitución, para lo que parece oportuno recordar, centrando así el tema, la jurisprudencia sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, y que vemos a continuación.

Así, en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 174/1995 (Pleno), de 23 noviembre (Repertorio del Tribunal Constitucional – RTC 1995, 174), se señala que:

*“Mediante el arbitraje, como dice el artículo 1 de la Ley 36/1988, 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. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988 (RTC 1988, 43), y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)” (SSTC 15/1989 [RTC 200 1989, 15], fundamento jurídico 9º, y 62/1991 [RTC 1991, 62], fundamento jurídico 5º). Desde este punto de vista tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la Constitución”.*

Por su parte, el Auto del Tribunal Constitucional N° 259/1993 (Sala Primera, Sección 1ª), de 20 julio (RTC 1993, 259), señala que: *“los ‘Jueces avenidores’, escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellas, según Las Partidas, o los ‘Jueces árbitros’ cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (artículo 280), no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo”.* La semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan solo material. Uno y otra –se ha dicho– son decisiones reflexivas de juriscultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese *ars* o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (artículos 1 y 9 de la Constitución Española – CE).

Sin embargo, las diferencias son también nitidas. Desde la perspectiva del objeto, *el arbitraje solo*

*llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el artículo 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del "Juez", titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, y del "árbitro", desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese "casi" está el *quid* de la cuestión.*

Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (artículo 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (artículo 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos Tribunal Supremo – TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987).

En tal sentido se ha pronunciado ya este Tribunal Constitucional, negando la posibilidad de

cobijar el arbitraje a la sombra del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley:

*"toda vez que fueron los recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial y sus posibles controversias. El hecho de que posteriormente ese inicial compromiso haya dado lugar a un laudo, con cuyo procedimiento de generación no están conformes los demandantes, no afecta en absoluto a su derecho a la jurisdicción, ya que su renuncia al Juez ordinario se produjo ya en el momento de concluir el compromiso de arbitraje, todo ello con independencia de que, como señala el Ministerio Fiscal, los demandantes han podido someter a enjuiciamiento judicial –ex artículo 45 de la Ley de 1988– el conjunto del procedimiento de arbitraje"*.

Una vez dicho esto resulta claro que son inadmisibles las quejas formuladas directamente respecto del árbitro y de su laudo, a los cuales no cabe reprochar la inexistencia de motivación cuando esta queda excluida en el arbitraje de equidad (artículo 32 de la Ley de Arbitraje) y al que, precisamente por no ser una Sentencia, no le es aplicable el artículo 120 CE, siendo renunciable en el ámbito del arbitraje comercial europeo y en el internacional (artículos 8 del Convenio de 1961 y 32 del Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas de 1976).

*"El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, en sede constitucional". Así lo dijimos en nuestra Sentencia – STC 43/1988 (RTC 1988, 43), vigente la anterior Ley de Arbitraje, aun cuando su doctrina siga siendo válida en la actualidad. Se trata de "un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria" con simplicidad de formas procesales y uso del arbitrio en el de equidad, sin necesidad de motivación jurídica,*

1. ATC 41/1993 [RTC 1993, 41 AUTO].

aunque sí, en todo caso, de *"dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias"*. Ahora bien, el recurso de nulidad no transfiere al Tribunal Supremo entonces, a la Audiencia Provincial hoy, ni les atribuye *"la jurisdicción originaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es Juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es un juicio externo"*<sup>2</sup>. En definitiva, y por todo ello, no es viable el amparo respecto del laudo arbitral.

En cambio lo es contra las resoluciones judiciales, unas necesarias y otras eventuales, que sirven para hacer posible el arbitraje, prevenir sus extralimitaciones y dotar de eficacia a la decisión. En una primera fase, resulta imprescindible el respaldo del Juez para propiciar el debido cumplimiento del contrato o cláusula contractual, intervención que termina con el nombramiento de árbitro. En este, bajo la advocación del "Juez ordinario" predeterminado se impugna el Auto de 7 de junio de 1991 en función del procedimiento utilizado para la designación, una vez fracasado el consenso de los interesados, que se hizo por insaculación – método correcto – entre una lista de cinco Abogados suministrada por el Colegio profesional y no entre los propuestos por las partes contratantes, como preconizan respectivamente las Leyes de Arbitraje de 1988 y de 1953. Tal planteamiento implica dos cuestiones, una ya anticipada, como es la imposibilidad de extender analógicamente el artículo 24 de la Constitución a la actividad arbitral, y otra, esta sí en el ámbito propiamente judicial, consistente en determinar la trascendencia constitucional de la selección por el Juez de la norma jurídica aplicable al caso concreto y su interpretación.

Sobre ambas operaciones hemos dicho ya, hasta el cansancio, que forman parte de la potestad

privativa de juzgar y ejecutar lo juzgado encomendada a los Jueces y Tribunales (artículo 117 CE), doctrina que hemos recordado recientemente con ocasión precisamente de otro arbitraje de equidad, en la que estaba en entredicho el mismo problema (Auto del Tribunal Constitucional – ATC 41/1993). Sin prejuzgar cuál sea la solución exacta, basta en este momento saber que pertenece al ámbito de la legalidad y no al de la constitucionalidad, siendo cualquiera de las dos alternativas igualmente razonable, por lo que resultan indiferentes a nuestro propósito.

La misma respuesta negativa ha de darse al otro motivo esgrimido contra el nombramiento del árbitro, practicado en la comparecencia de 24 de enero de 1991, cuya subsistencia se mantiene no obstante la nulidad de las actuaciones a partir del 15 de esos mismos mes y año, decretada después de tal acto y antes del Auto de nombramiento. *"El Juez consideró aplicable, dadas las circunstancias, el principio de conservación que, procedente de lo Contencioso-Administrativo, ha recogido casi treinta años después la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial"*. *"La nulidad de un acto –dice su artículo 242.1– no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiere permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción a que dio lugar la nulidad"*. La circunstancia de que en la Sentencia impugnada se niegue la constancia de la adecuada protesta formulada en el acto, como así ocurrió, resulta irrelevante por no ser parte de la *ratio decidendi* y aducirse marginalmente a mayor abundamiento, como *obiter dictum*.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 3 de marzo de 1989 (Repertorio de Jurisprudencia – RJ 1989, 9882), expone que:

*"(...) la jurisdicción arbitral se basa en un contrato de derecho privado y va dirigida a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad*

2. STS de 13 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5785].

de las partes, una de las cuales son los recurrentes, es la única causa originadora del arbitraje; b) Concertado el contrato de derecho privado expresado y aceptado por los árbitros el encargo que se les hace, aquéllos pueden imponer su parecer a las partes y el laudo es obligatorio para ellas porque quisieron previamente que les obligara, por eso el artículo 18 de la Ley de Arbitrajes citada establece que el otorgamiento del compromiso obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación (artículos 1278 y 1258 del Código Civil, principalmente), por lo que la validez y el cumplimiento de lo resuelto por los árbitros no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, que es lo que intenta en definitiva este recurso”.

Por último, citaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 62/1991 (Pleno), de 22 marzo (RTC 1991, 62), en la que leemos que:

*“(...) siendo el arbitraje un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia”.*

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo reflejada en las sentencias señaladas delimita claramente el concepto de arbitraje, su encaje constitucional, sus relaciones y diferencias con la jurisdicción estatal y la con-

sideración y tratamiento que se da a los laudos y, precisamente por ello, hemos preferido reproducir *in extenso* las mismas ya que al abordar la cuestión de la responsabilidad de los árbitros, esta tiene, necesariamente, que ser considerada dentro del citado marco.

Hay que señalar que aunque, como es obvio, el citado cuerpo jurisprudencial está referido a la Ley de Arbitraje de 1988, es plenamente válido ya que la nueva Ley de 2003 y su reforma de 2011 no han introducido cambio sustancial alguno en los principios que, a estos efectos, son relevantes.

Establecido este marco, hay que referirse al artículo 16 Ley de Arbitraje/1988, como antecedente necesario para entender el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003, según el cual la aceptación obligaba a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación (arbitraje institucional):

*“a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hacían, en responsabilidad –tanto los árbitros como la institución arbitral– por los daños y perjuicios que causaran por dolo o culpa. Es más, en los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación, el perjudicado tenía acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistieran a aquella contra los árbitros”.*

Por tanto, y con la aceptación del encargo, el árbitro asumía la obligación del cumplimiento fiel del mandato de arbitrar la contienda e incurría en responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionaran por dolo o culpa<sup>3</sup>

Idéntica responsabilidad recaía sobre la institución administradora del arbitraje en cuanto que debía ser vigilante y garante de la función arbitral, teniendo el perjudicado acción direc-

3. A diferencia de lo que sucede en el arbitraje comercial internacional y en concreto en el que deriva del derecho anglosajón, en el que el principio del “árbitro responsable” no se encuentra reconocido y en cuyos ordenamientos el árbitro es inmune frente a las partes por falta de cumplimiento del mandato y solamente se conceden efectos anulatorios contra el laudo arbitral( por “wilful misconduct o abuso del poder del árbitro) aunque existe un extenso debate internacional sobre este enfoque de la responsabilidad profesional del árbitro.

ta contra tal institución (artículo 16.1 Ley de Arbitraje/1988)<sup>4</sup>.

La aceptación es la génesis de la responsabilidad del árbitro y supone la obligación de los árbitros (arbitraje *ad hoc*) o de la institución (arbitraje institucional) de cumplir fielmente el encargo de arbitrar (árbitros) o de administrar el arbitraje (Corporación o institución).

La fidelidad en el encargo de arbitrar se proyecta en las reglas de la deontología profesional y en la existencia de un código ético de actuación profesional sumamente importante en el arbitraje. Por consiguiente, el incumplimiento del encargo que ha de ser actuado de modo "fiel" origina responsabilidad, tanto por dolo como por culpa, en la terminología de la Ley de Arbitraje/1988, o por dolo, mala fe y temeridad en la de la Ley de Arbitraje/2003.

La exigencia de responsabilidad<sup>5</sup> es posible plantearla en su manifestación no solo judicial civil sino también penal que, en el caso del

arbitraje institucional, implica la posibilidad del perjudicado de ejercitar una acción directa –aunque no la penal– salvo que se ejercite individualmente contra la institución arbitral, con independencia de la que corresponda a la institución contra los árbitros.

Es importante reseñar que la exigencia de responsabilidad a los árbitros seguía y sigue en la Ley de Arbitraje/2003 en gran medida las pautas marcadas para la exigencia de responsabilidad a Jueces y Magistrados. Y es que el concepto jurídico de "responsabilidad" expresa, en términos generales, la idea de atribución a una persona del deber de indemnizar o reparar los daños causados a otra. Este concepto jurídico, que responde a principios inspiradores de carácter ético-social, descansa, tradicionalmente, en la noción de culpa, que actúa como reproche de imputación, aunque, modernamente, el título de "imputación" ha experimentado significativas derogaciones y atenuaciones, substituyéndose por el de los criterios de la responsabilidad objetiva.

4. Cuando el Proyecto de Ley de Arbitraje/1988 tuvo su entrada en el Congreso de los Diputados las previsiones, acerca de la responsabilidad del árbitro contenidas en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje eran las del artículo 17, en el que se indicaba lo siguiente: "1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Asociación o Corporación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o negligencia inexcusable. En los arbitrajes encomendados a una Asociación o Corporación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros". Las enmiendas que se presentaron en el Congreso de los Diputados al artículo 17 de la Ley de Arbitraje fueron las siguientes:

- a) Enmienda N° 74, de la agrupación parlamentaria del PDP, que propuso la supresión "en cuanto a la exigencia 'inexcusable' de la negligencia". Justificación: "Deberá responderse también en casos de negligencia simple".
- b) Enmienda N° 126, del grupo parlamentario socialista, que pretendía adicionar en el primer párrafo, después de "dolo", la palabra "culpa". Motivación: "Debe incluirse también en el supuesto de responsabilidad culposa".
- c) Enmienda N° 198, del grupo parlamentario de CP, que era de modificación. Donde dice "(...) por dolo o negligencia (...)" debe decir "(...) por dolo o culpa (...)". Justificación: "No parece conveniente la limitación de la responsabilidad a la derivada de negligencia inexcusable, debiendo equipararse a la responsabilidad del artículo 1902 CC exigible por 'dolo o culpa'".

En el Informe de la Ponencia se admitieron las Enmiendas N° 126 y 198, coincidentes en su texto y cuyo sentido es el mismo de la enmienda N° 74. En la tramitación del artículo 16.1 del Proyecto de Ley de Arbitraje en el Senado, se presentó la Enmienda N° 113, del grupo parlamentario socialista, que pretendía que en el artículo 16.1 del Proyecto se indicara: "Corporación o Asociación". Justificación: "Mayor claridad expositiva". La ponencia la admitió. Se trataba de alterar el orden de alusiones. Primero a la Corporación y luego a la Asociación.

5. En la Enmienda núm. 126 al artículo 17 del Proyecto de Ley de Arbitraje/1988 se aludía expresamente a la culpa. Asimismo se ha de tener en cuenta que cuando el Proyecto entró para su tramitación en el Congreso de los Diputados se aludía solo a "dolo o negligencia inexcusable (...)". El carácter "inexcusable" o no del dolo venía de ese modo tipificado en el Proyecto de Ley.

En el ámbito de las actividades profesionales concretadas en la prestación de servicios, los sujetos que las desarrollan incurren en responsabilidad, por tanto, cuando lesionan antijurídicamente a los sujetos destinatarios del servicio o a terceros al mismo, que sufren daños que estos terceros no tienen por qué soportar.

En principio, la responsabilidad, en este campo profesional, suele estar vinculada a la culpa, en sus diversas manifestaciones, pues es en el orden profesional donde se mantiene más claramente el principio tradicional de la culpa. Atendiendo a las varias fuentes de imputación, que guardan relación con la amplitud del círculo de los afectados por el daño y a su trascendencia social, cabe hablar de una responsabilidad penal, que nace del delito; de una responsabilidad disciplinaria, que pertenece al género sancionador de la anterior, reservada para funcionarios o profesiones colegiadas y que satisface las exigencias del decoro y buen hacer en la profesión, de conformidad con unas pautas de comportamiento, vigiladas y sancionadas, si se incumplen, por la Administración o por la Corporación; y, finalmente, de la responsabilidad civil, que sirve al fin de reparar directamente a la víctima del daño, mediante una indemnización de daños y perjuicios.

La responsabilidad civil, a su vez, como señala Almagro Nosete<sup>6</sup>, deriva de tres posibles fuentes. La que tiene su origen en el delito, del que surge acción civil para la reparación de los perjudicados y que se rige por el Código penal; la que proviene de la ejecución del contrato o responsabilidad contractual; y la producida por cualquier acción u omisión que cause daño a otro, es decir, la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Apuntado, pues, el elemental bagaje de los conceptos con que vamos a movernos, proyectaremos los mismos hacia los árbitros, considerados como aquellas personas que aceptan, solos o en

unión de otras, decidir, por encargo de los sujetos interesados, determinada cuestión litigiosa sometida a su resolución, para así analizar esta responsabilidad en el marco de la Ley 60/2003 (Ley de Arbitraje/2003) con la modificación de la Ley 11/2011, con referencias necesarias a la Ley 36/1988 (Ley de Arbitraje), y a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que completan la materia.

No obstante, antes de ello, resulta preciso señalar que el árbitro puede salvar su responsabilidad, en determinados casos, por medio del sistema del voto disidente de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que se puede aplicar perfectamente al árbitro en el caso de que se trate de un Colegio arbitral. Si el árbitro, en su voto particular previsto en el artículo 37.3 de la Ley de Arbitraje/2003, explica las razones de su disintimiento y da cuenta del error cometido por los otros en cuanto a una actuación que se reprocha a título de mala fe, temeridad o dolo, evidentemente este árbitro quedaría exento o eximido de responsabilidad.

Como antes apuntábamos, el artículo 21.1 Ley de Arbitraje/2003 se corresponde en gran medida con el artículo 16.1 Ley de Arbitraje/1988, que tenía el siguiente tenor literal:

*«1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».*

La principal diferencia entre el artículo 16 Ley de Arbitraje/1988 y el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 estriba en que en el primero la responsabilidad se centra en el dolo y la culpa,

6. ALMAGRO NOSETE, José. *La responsabilidad de los árbitros*. Transcripción de la conferencia celebrada el 11 noviembre 1996 en la Jornada sobre el Régimen Jurídico de los Árbitros Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona.

mientras que en la segunda la responsabilidad deriva de la mala fe, la temeridad y el dolo. Ciertamente esta distinción conceptual se aleja de la fórmula clásica e introduce confusión entre los difusos límites del dolo y la mala fe. Pero su mayor problema viene dado por pretender sustituir la culpa, ya sea lata o específica, por la temeridad, no quedando claro cuáles son los límites y características necesarias para que la misma pueda ser apreciada en su relación con la negligencia profesional, cuestión esta a la que nos referiremos más adelante.

### III. TIPOS DE RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO

#### 1. Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal de los árbitros se ciñe a los delitos que específicamente mencionan a los árbitros, que son: el cohecho (artículo 422, del Código Penal) y las negociaciones prohibidas (artículo 439)<sup>7</sup> Ninguna de ambas tipologías son exclusivas de los árbitros, pero en los dos delitos referidos, la condición de árbitro se menciona expresamente. El vigente Código Penal, tras redefinir el delito de "cohecho"<sup>8</sup>, configura una modalidad en el artículo 423, que es la relativa a los árbitros o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

El legislador, como se ve, sigue la línea de la importancia pública de la función que realiza el árbitro para asimilarlo a la autoridad o funcionario público, lo que acredita, una vez más, en línea también con lo que antes se apuntaba jurisprudencialmente sobre la naturaleza de la relación entre los árbitros y las partes, que no basta la consideración contractual para situar al fenómeno arbitral y hay que ir más allá de sus orígenes contractuales, por cuanto que su naturaleza típicamente procesal habla del carácter público de la institución arbitral y, por ello, de la función pública que realiza el árbitro.

Incurren asimismo en responsabilidad penal los árbitros respecto de los bienes litigiosos cuando, por razón de su función en los asuntos en que intervengan, se aprovechen de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, sea directamente o por persona interpuesta. Se encuadra, en estos casos, la conducta del árbitro dentro de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función, a tenor del artículo 439 del Código Penal, que les resulta aplicable en virtud del artículo 440. En cambio, el delito judicial por antonomasia, que es la prevaricación, ni siquiera en la modalidad que pueden cometer los funcionarios de la Administración,

7. Artículo 423. Extensión de la responsabilidad a jurados, árbitros y peritos.-

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Artículo 439. Aprovechamiento de funciones para facilitar la participación.-

La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Artículo 440. Extensión a sujetos intervinientes en la valoración de bienes.-

Los peritos, árbitros y contadores partideros que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.

8. El cohecho se define como la conducta delictiva que se caracteriza por la actuación de la autoridad o funcionario público que, en provecho propio, solicita o recibe dádiva o promesa con las modalidades de ejecución, que pueden ser distintas: "ejecutar un delito, ejecutar un acto injusto o realizar una abstención que no sea debida, siempre en el ejercicio de su cargo".

lo pueden perpetrar los árbitros, ya que en este sentido no están equiparados a los Jueces. Tampoco pueden incurrir en delitos de retardo malicioso de administración de justicia, por la peculiaridad del arbitraje en cuanto al plazo, a diferencia de lo que ocurre con la lentitud secular de nuestra administración de justicia. Ni se eleva tampoco a categoría de delito la rehusación a fallar, que es otra modalidad delictiva típica de la administración de justicia. Así pues, tales conductas no tipificadas no dan lugar a la imposición de una pena pero aunque no estén tipificadas penalmente, pueden ser origen y causa de responsabilidad civil.

## 2. Responsabilidad disciplinaria.

Los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria, en el sentido clásico, teniendo el carácter no funcional del árbitro en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una responsabilidad paradisciplinaria, en relación con el arbitraje institucional o corporativo<sup>9</sup>, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad.

Finalmente, en relación a "la responsabilidad disciplinaria", se pueden contemplar, por extensión, dos prohibiciones legales que tienen naturaleza de sanciones disciplinarias previstas anticipadamente. Se trata de sanciones que estaban previstas de modo normativo en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje/1988: *"No pueden ser designados árbitros quienes hubieren incumplido su encargo, dentro del plazo establecido o su prórroga, o aquellos árbitros que hayan incurrido*

*en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de funciones arbitrales"*.

La Ley de Arbitraje/2003 no ha reproducido la citada redacción y su artículo 13 se limita a señalar que: *"Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro"*.

Es por ello que la Enmienda N° 43 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) y la Enmienda N° 60 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) pretendiera incorporar un nuevo apartado 2 al citado artículo 13 con el contenido siguiente, que seguía el camino trazado por la Ley de Arbitraje:

*«1. (...) para que actúe como árbitro. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3. Tampoco podrán ser designados árbitros en el supuesto del artículo 14.1 quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales».*

En consecuencia la Ley de Arbitraje/2003 no solo no ha incluido expresamente la imposibilidad del nombramiento como árbitros a aquellos *"quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en*

9. Si bien hay que señalar que aunque la infidelidad en el incumplimiento por el árbitro de su misión afecta a la responsabilidad directa de la institución arbitral respecto del perjudicado por esa infidelidad que, igualmente, contamina la gestión y administración del arbitraje por parte de la institución arbitral, esa contaminación no justifica la existencia de una auténtica responsabilidad disciplinaria. Aunque no es menos cierto que las instituciones arbitrales pueden plantear límites no exactamente disciplinarios pero sí relativos a la exigencia de cierta disciplina en el modo en que han de actuar los árbitros que nombren y designen, como sucede en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.

el desempeño de anteriores funciones arbitrales”, sino que ha rechazado expresamente una enmienda que así lo proponía.

El Legislador se ha inclinado por deferir por completo a la Legislación específica que regule la actividad de los profesionales que puedan ser árbitros la capacidad para ello, lo que si bien como norma general es acertado, exige la cautela de incluir determinadas prevenciones en la Ley de Arbitraje/2003 que establezcan unas garantías mínimas para convertirse en árbitro en el caso de que la legislación profesional no las hubiera contemplado, pues no hemos de olvidar que mucha de la citada regulación no se haya en absoluto coordinada con el hecho arbitral.

Por otra parte, en el caso de una sentencia judicial que hubiera declarado la responsabilidad del potencial árbitro en el desempeño de anteriores funciones arbitrales, resulta clara que la prohibición para volver a ser árbitro, en la Ley de Arbitraje/2003, no proviene de que haya recaído la citada sentencia, sino de que esta, en su parte dispositiva, fije claramente esa imposibilidad, delimitándola, si bien también sería discutible la apoyatura legal de tal limitación de los derechos civiles del potencial árbitro.

En conclusión, a nuestro juicio, la Ley de Arbitraje/2003 difícilmente deja margen para la aplicabilidad espontánea de las dos sanciones disciplinarias recogidas en el antiguo artículo 14 Ley de Arbitraje/1988, que solamente podrán prosperar si las mismas son recogidas en la legislación específica que regule la actividad profesional del potencial árbitro o en la decisión judicial que hubiera patentizado su responsabilidad en el desempeño de anteriores funciones arbitrales.

### 3. Responsabilidad extracontractual.

Según el tenor del artículo 16 Ley de Arbitraje/1988 y ahora del artículo 21 Ley de Arbitraje/2003, no existiría responsabilidad extracontractual de los árbitros, porque los citados artículos se refieren a una responsabilidad que alude a un contrato previo en referencia a lo que Almagro Nosete ha venido en llamar una sujeción legal, dado el carácter procesal de la

institución; pero el artículo 16 Ley de Arbitraje/1988 y ahora el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 no hacen referencia en absoluto a los posibles terceros que puedan verse perjudicados o dañados por el laudo arbitral. Y, sin embargo, si esto ocurriera, entraría en juego el artículo 1902 y los artículos correlativos del Código Civil, sin necesidad de que lo diga el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003.

Esa responsabilidad extracontractual es muy difícil que se produzca aparentemente en relación con un quehacer de los árbitros, que es un quehacer meramente declarativo, puesto que los árbitros no tienen funciones de ejecución, y las funciones de ejecución le corresponden al juez, aunque no debemos olvidar que los Jueces tienen que cumplir en sus propios términos las decisiones arbitrales, y que no cabe una adaptación o un acomodo del laudo arbitral a lo que entienda el Juez que debe de ser ejecutado, sino que tiene que cumplir fielmente el laudo, y si el laudo perjudica a un tercero por algún error cometido (por ejemplo, en una finca que está mal identificada o cualquier cosa de este tipo que dé lugar a actos de ejecución indebida), esos actos de ejecución indebida podrán imputarse a los árbitros a título de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

En conclusión, cabe decir que la redacción del artículo 21 no ha venido a aclarar este tema como tampoco a impedir la interpretación anteriormente comentada coincidente con la del artículo 16 Ley de Arbitraje, puesto que la ya citada redacción del artículo habla exclusivamente de la responsabilidad del árbitro derivada del contrato mixto atípico de mandato.

## 4. Responsabilidad civil.

### 4.1. Derivada del delito.

En consonancia con las figuras delictivas apuntadas u otras que cometan los árbitros, ha de indicarse que esta materia se rige especialmente por el Código Penal. Tanto los autores como los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y sub-

sidiariamente por las correspondientes a los demás responsables, con un amplio abanico en cuanto a la responsabilidad, que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios.

Más dudosa es la aplicación en supuestos de arbitraje institucional de la norma que para los responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente, como establece el número 4 del artículo 120 del Código Penal. Se trata de la responsabilidad por dependencia, por representación o por gestión en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Esta responsabilidad civil subsidiaria, que deriva de delito y que afectaría a la institución o corporación, es más dudosa y habría que ver, caso por caso, y teniendo muy presente cuál es la actividad de la institución arbitral para, ocurrido algún delito de esta naturaleza, saber hasta dónde llegaría esa vinculación, en cuanto a la responsabilidad civil y subsidiaria.

#### 4.2. Derivada del ordenamiento jurídico-civil.

El fundamento de esta responsabilidad civil, en su origen, no es otro que el contractual, pues se vincula al cumplimiento del encargo o encomienda, que muestra el contenido esencial del arbitraje, siendo esa la constante tanto en la Ley de Arbitraje/1988 como en la Ley de Arbitraje/2003. Como antes señalábamos, el paralelo de esta responsabilidad, *mutatis mutandis*, y no obstante diferencias, se haya en la responsabilidad civil de jueces y magistrados, doctrina que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14), de 14 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5079), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 15 de diciembre de 1995, en un caso en que los recurrentes de la sentencia, recaída en la primera instancia, persiguen la declaración judicial de la responsabilidad contractual en que habrían incurrido los demandados en su condición de árbitros al emitir un laudo de equidad, que señala lo siguiente:

*"Pese a que la citada Ley de Arbitrajes no contenía una norma expresa definidora del régimen de responsabilidad civil exigible a*

*los árbitros más allá de lo dispuesto en su artículo 25 ('la aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerles a que cumplan con su encargo, bajo pena de responder de los daños y perjuicios'), en consonancia con su función alternativa del proceso judicial y el prestigio que debe rodear toda función de heterotutela de conflictos intersubjetivos –pese a que criminalmente razones de tipicidad impedirían reputarles sujetos activos del delito de prevaricación aunque sí de cohecho–, ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de 'dación y recepción del arbitraje' que los árbitros responden a tenor de lo dispuesto en los artículos 1091 y 1101 del Código Civil; aunque en ningún caso tal responsabilidad incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, del propio modo que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por negligencia o ignorancia inexcusable de los mismos 'en ningún caso alterarán la sentencia firme que haya recaído en el pleito o causa en que se haya ocasionado el agravio' (Cfr. artículos 903 y 917 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Para que aquella responsabilidad sea exigible debe acreditarse la actuación dolosa o gravemente culposa del árbitro, el daño o perjuicio de cualquier orden padecido por los comprometidos y la relación de causalidad entre la falta y el daño, **bien entendido que tratándose del arbitraje de equidad el parámetro decisivo de los árbitros por expreso deseo de los comprometidos es su 'leal saber y entender'**".*

El artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los jueces y magistrados responden civilmente por los daños y perjuicios que causaren, cuando en el cumplimiento de sus funciones incurrieren en dolo o culpa. El binomio dolo/culpa de la Ley Orgánica del Poder Judicial que desplazó a la fórmula anterior de la ignorancia o negligencia inexcusable fue también, curiosamente, el que imperó en el debate parlamentario de la Ley Arbitral de 1988, puesto que el precedente equivalente del proyecto que

se discutió aludía al dolo o negligencia inexcusable, como antes señalábamos<sup>10</sup>.

El Proyecto de Ley de Arbitraje/1988 aludía a la negligencia inexcusable, o dolo y, sin embargo, si los jueces respondían por dolo/culpa, se pensó que los árbitros también debían responder por dolo/culpa, fórmula que, en principio, parece que incluye la culpa leve y la culpa simple en los supuestos de responsabilidad.

La doctrina viene admitiendo que la responsabilidad del árbitro en el derecho continental –haciendo exclusión de Inglaterra, aun cuando también últimas resoluciones han ido ajustando esa jurisprudencia a lo que es ya práctica de la Europa continental– se extiende a la culpa, pero a la culpa grave, nunca a la culpa leve o a la culpa simple. Esa interpretación parecía chocar con el texto de nuestra Ley de 1988, que se refería a la culpa, pero hemos de tomar en consideración que la interpretación jurisprudencial, de acuerdo con lo que son las pautas de interpretación en el derecho europeo, considera restrictivamente todo lo que reduce ese poder de juzgar con amplitud de criterios que siempre debe tener la persona a la que se ha encomendado esa misión. Así que en estos términos está planteado el problema con interesantes decisiones judiciales, algunas muy importantes del Tribunal de *Grand Instance* de París, que ha introducido como elemento matizador de la responsabilidad del árbitro la libertad del poder juzgar o, si se nos permite la

expresión, el “derecho a equivocarse de buena fe” del árbitro.

La conducta dolosa, temeraria o de mala fe del árbitro puede proyectarse en el buen orden del procedimiento o en la coherencia de la decisión. Es decir, o afecta al *iter* preprocedimental, al procedimental o se produce en el laudo. Esta distinción entre actuaciones indebidas *in negotio*, *in procedendo* o *in iudicando* no es caprichosa, puesto que debe ser puesta en estrecha relación con el resultado esperado de la actuación del árbitro –cuyo contrato de mandato mixto atípico es finalista, no simplemente de obra–, es decir, el laudo, que llegará a buen puerto siempre que no sea anulado por la Audiencia Provincial a través del ejercicio de la acción de impugnación del laudo que el artículo 41 Ley de Arbitraje/2003 pone a disposición de las partes, como antes lo hacía el artículo 45 Ley de Arbitraje.

Por ello, en coherencia con nuestro convencimiento de que la intervención jurisdiccional en el arbitraje debe ser lo más limitada posible, defendemos que si no se interpone la acción de impugnación del laudo, por quien esté capacitado para ello, sería difícilmente justificable para ese presunto agraviado exigir daños y perjuicios a los árbitros. Esta afirmación tiene su parangón en el orden de la responsabilidad civil judicial, en el artículo 403.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala que:

*“No se admitirán las demandas de responsabilidad contra los jueces y magistrados por*

10. El ordenamiento jurídico español siempre, teóricamente, tuvo el mejor sistema de responsabilidad judicial de Europa, porque en Europa ha existido normalmente, y todavía pervive en muchos códigos, una inmunidad judicial para la responsabilidad por culpa, criterio que se proyectó también en los árbitros. Solo responden los jueces por dolo o colusión, o sea, por un pacto para dañar a terceros, realizado con alguna de las partes. Así lo tenemos en el código italiano, en Francia, y en muchos países de nuestro entorno. La responsabilidad de los jueces por culpa está limitada, lo que implica una cuasi inmunidad judicial y, sin embargo, en España, desde la famosa Ley Provisional, y desde una de las primeras Constituciones, siempre ha habido responsabilidad por ignorancia o negligencia inexcusable. Y cuando llega la Ley Orgánica actual se extiende a la culpa. Materialmente y desde la perspectiva teórica, la responsabilidad del juez en España ha sido más amplia que en otros países de nuestro entorno. Si nos centramos en los árbitros vemos que, como antes señalábamos, en Inglaterra tienen también inmunidad de responsabilidad civil y responden solo por dolo que se acerca a la negligencia inexcusable, a la culpa grave, pero sin aproximarlo a la culpa simple, porque se piensa que la culpa simple, igual que se pensaba del juez, puede ya entrar en lo que se llama la libertad de juzgar y, en cierto modo, aun cuando esto parezca un contrasentido, en cierto derecho a equivocarse; por ejemplo, si el árbitro no siguiera la opinión mayoritaria de la doctrina o no siguiera un criterio jurisprudencial determinado. Hay culpa leve cuando se trata de un criterio personal del árbitro, que cree que es la interpretación ajustada.

*los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios”.*

Este artículo sigue lo dispuesto en el artículo 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que instituye que: *“la demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo”.*

Por lo tanto, se presenta como un presupuesto prácticamente ineludible para poder exigir la posible responsabilidad de los árbitros la existencia de la anulación total o parcial del laudo, motivada por circunstancias imputables a los árbitros, que a tenor de los citados artículos 45 Ley de Arbitraje/1988 y 41 Ley de Arbitraje/2003 solo puede producirse por causas tasadas, que proyectan una clara naturaleza jurídica negocial-procesal, pudiendo clasificarse en dos grandes grupos listados de motivos. En el primero, se hallan los errores *in negotio* como los afectantes al convenio arbitral o la vulneración de aspectos relativos a su ámbito temporal o a su ámbito objetivo; y en el segundo grupo se ubican errores *in procedendo*, justificados en la no aplicación de las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley Arbitral, que se entremezclan con los errores *in iudicando*,

entre los que incluiríamos la incongruencia y la vulneración del orden público.

Estas reflexiones encuentran acomodo en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>11</sup> y así vemos, en el contexto de la Ley de Arbitraje pero claramente aplicables a la Ley de Arbitraje/2003, que los motivos para proceder a la anulación del laudo arbitral son taxativos pues, únicamente cabe que el recurrente alegue alguno de los concretos motivos de anulación que se describen en el artículo 45 de la citada Ley. Carácter taxativo que viene resaltado por el adverbio “solo” que figura en el párrafo inicial del citado precepto y que se explica por el deseo del Legislador de incentivar el arbitraje, considerado como una alternativa accesible y eficaz a la acción judicial, en consonancia con lo que al respecto establecen otras leyes de nuestro entorno cultural y convenios internacionales sobre la materia, por lo que la impugnación del laudo pronunciado no puede basarse en cualquier causa a la que, a criterio del recurrente, quepa anudar consecuencias invalidatorias de lo actuado parajurisdiccionalmente, sino que habrá de descansar de modo necesario en alguno de los “casos” que taxativamente enumera el citado artículo 45 de la Ley de Arbitraje, ahora el 41 de la Ley de Arbitraje/2003.

Es importante destacar que en la Ley de Arbitraje/2003, al igual que sucedió en la Ley de Arbitraje, los motivos de anulación del laudo arbitral son de aplicación tanto al arbitraje de derecho como el de equidad, a diferencia de la LADP/1953, que distinguía en la motivación del recurso según lo fuera de casación o de nulidad<sup>12</sup>.

11. Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial – SAP de Valencia de 24 de marzo de 1994; la SAP de Valencia de 22 de junio de 1994 y la SAP de Madrid de 24 de mayo de 1995.

12. La SAP de Barcelona del 10 de marzo de 1992 (AC 1992, 520) pone de relieve esta circunstancia al señalar que *“(…) a diferencia de la anterior legislación constituida por la Ley del 22 de diciembre de 1953, reguladora de los arbitrajes de derecho privado, que establecía que contra el fallo que dictasen los árbitros de un arbitraje de derecho procedía el recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma ante la Sala primera del Tribunal Supremo (artículo 28), mientras que contra el fallo de los árbitros de equidad solo cabía el recurso de nulidad ante la misma Sala y por las siguientes causas: a) haberse resuelto cuestiones no sometidas a su decisión, o, aunque lo hubieran sido, no fueran de índole civil o se trate de cuestiones sobre las que las partes no puedan comprometerse (artículo 30). Era además doctrina jurisprudencial reiterada la que entendía que no cabía*

Según nuestro criterio, la redacción del artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 ha venido a desterrar la posibilidad de exigir a los árbitros responsabilidad por culpa leve, quedando la misma limitada a la mala fe, la temeridad y el dolo, y debiendo estar directamente relacionadas con las causas tasadas de impugnación del laudo y servir de base para el efectivo ejercicio de la acción por parte de quien quiera reclamar la responsabilidad de los árbitros. Es decir, que tal y como preveía la Ley de Arbitraje, el árbitro responderá por posibles acciones dolosas, puesto que la mala fe debe ser asimilada al dolo; pero también por temeridad en su actuación como árbitro, que debe ser puesta en relación con la negligencia profesional. Lo que resulta preciso, por lo tanto, es delimitar el alcance de estos conceptos jurídicos a tenor de la jurisprudencia recaída sobre los mismos.

A estos efectos nos parece muy útil señalar, en primer lugar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 14 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5079), que sirve como resumen de una corriente jurisprudencial ya consolidada, que afirma que: *“el árbitro contrae su propia responsabilidad cuando decide la controversia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje, no pudiendo ser examinada, según antes se ha expuesto, la conformidad con el derecho de la decisión tomada ni tampoco la valoración de las pruebas realizadas por el árbitro (...)”*.

A partir de esta premisa, que no hace sino reconocer el “derecho a equivocarse de buena fe” del árbitro, impidiendo que se deriven responsabilidades de un laudo erróneo, debemos continuar

nuestra análisis de cómo se deben entender los términos “dolo o culpa” en la terminología de la Ley de Arbitraje, y “mala fe, temeridad o dolo”, en la de la Ley de Arbitraje/2003, en relación con la responsabilidad de los árbitros derivada de su actuación como tales. A este fin, nos parece interesante analizar, por ser muy ilustrativa, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 25 de abril de 2003, que resolvía un recurso de apelación presentado frente a una sentencia de un Juzgado de Primera Instancia, fallaba una reclamación de responsabilidad instada por una de las partes del arbitraje contra los árbitros<sup>13</sup>.

En ese caso, una de las partes del arbitraje ejerció, como dice la Sentencia:

*“acción de responsabilidad civil contra los tres árbitros que dirimieron, en arbitraje de equidad, la controversia (...) haciendo efectiva la obligación indemnizatoria generada por el incumplimiento culpable del encargo contractual, en consideración al régimen configurado por el artículo 16 de la Ley de Arbitraje (La aceptación obliga a los árbitros (...) a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa). La reclamación se asienta en el reproche de culpa por ciertos errores in procedendo que determinaron la anulación del laudo por Sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1997, y que la demanda erige como fuente de responsabilidad, en el marco contractual, en cuanto evidencian una actuación negligente en el cumplimiento del encargo”*.

*la admisión de otras causas, dejando a salvo la viabilidad de atacar el laudo en el juicio declarativo ordinario, cuando a ello hubiere lugar (por vicio en el procedimiento arbitral, sentencia del 17 de enero de 1946 y 21 de enero de 1961)”*.

13. No podemos dejar de reseñar que estamos en total desacuerdo con el procedimiento seguido para exigir las responsabilidades a los árbitros, dentro de un juicio separado a la impugnación del laudo, en una instancia diferente e inferior a la que debe conocer del mismo, cuando resulta un presupuesto imprescindible –aunque no suficiente– para que sean exigibles responsabilidades, que el recurso de la anulación prospere. Entendemos que el Legislador de 2003 ha repetido el error de 1988 al no exigir que las responsabilidades de los árbitros se sustancien dentro de la impugnación del laudo, conociendo de las mismas, en única instancia, la Audiencia Provincial, siendo parte adherida del proceso de anulación el árbitro.

La parte demandante, como explica la sentencia, defiende el argumento de que:

*"La frustración del fin del arbitraje, determinado por su anulación, motiva la presente reclamación por un actuar negligente en el buen orden procedimental (no ya por error in iudicando), identificado con los vicios advertidos por la Sentencia de esta Sala, de modo que, en la tesis de la demanda, la falta de citación de las partes a la práctica de pruebas y el pronunciamiento afectante a tercera persona que no fue parte revelan una culpa lata o grave de los árbitros, evitables con un mínimo grado de diligencia, exigible en todo caso a árbitros jurisperitos<sup>14</sup>".*

La sentencia de primera instancia apreció la responsabilidad de los tres árbitros por la primera infracción procedimental que se ha indicado, si bien atenuó la obligación resarcitoria en atención a que tan solo afectó al derecho de una de las partes (quien no fue citada a las pruebas). Como hemos señalado, la decisión fue apelada, tanto por la parte demandante, en petición de una condena que comprendiera la totalidad de los gastos soportados por razón del arbitraje, como por los demandados, los árbitros demandados, que abogaron por su absolución.

En su fundamento cuarto, la sentencia de referencia, en relación con la Ley de Arbitraje de 1988, destaca que: *"1) La gestión parlamentaria del artículo 16 de la vigente Ley de Arbitraje muestra la superación de un régimen de responsabilidad civil asentado en el dolo o negligencia inexcusable (tal era la propuesta del Proyecto de Ley) para terminar aceptando como criterio de imputación el dolo o culpa, como fundamento de una responsabilidad civil cuya fuente, de acuerdo con los antecedentes legislativos y doctrina dominante, es el contrato"*.

En este sentido, el artículo 25 de la precedente Ley de Arbitraje (se refiere a la de 1953) fue norma decisiva para que:

*"La doctrina subsumiera el encargo arbitral en el contenido propio del contrato de mandato, naturaleza que trasladaba la responsabilidad del árbitro al esquema propio de la nuda del contrato" (artículos 1089, 1091 y 1101 CC).*

*La perfecta equiparación, no obstante, ha sido objeto de matizaciones determinadas por la especial naturaleza del encargo arbitral, que atribuye facultades no ya de gestión sino decisorias de una controversia que afecta a los intereses de los mandantes, y que obligan al árbitro a situarse en un plano superior que desvirtúa la mera actuación en defensa del interés del dominus (propia del mandato) para emitir un juicio que vinculará a las partes, en posición neutral, independiente e imparcial, previa calificación de hechos, actos y conductas, con absoluta independencia de instrucciones o indicaciones del conferente del encargo.*

*En todo caso, el acomodo de la función arbitral en el molde propio del mandato pasará por admitir en el ámbito típico de su contenido objetivo y obligacional funciones tan diversas de la mera actuación de gestión como es la decisoria, con desvinculación del interés económico o jurídico, perceptible o expresado, del conferente del encargo, que ya no será una sola parte, sino dos sujetos enfrentados por una controversia. Aceptada esa pluralidad o diversidad objetiva sin desvirtuar el esquema causal típico del mandato, será apreciable, según los casos, en función de la naturaleza del encargo, la analogía con otras figuras contractuales o, incluso, con funciones propias de instituciones estatales, que actúan dotadas de imperium o de potestad coercitiva.*

*De ahí que no sea desviado reconocer que el encargo en que consiste la función arbitral, definida por la Ley y en cuya ejecución han de*

14. Resulta importante destacar que incluso los reclamantes tuvieron claro que los daños y perjuicios derivados de la actuación de los árbitros debían limitarse a los gastos directos del arbitraje: *"El daño reclamado se ha limitado, ya en esta instancia, a los gastos que han tenido que soportar los actores por razón del procedimiento arbitral (honorarios de los árbitros más otros gastos)"*.

observarse pautas y deberes que participan de la materia de orden público, presenta analogía o se aproxima a la función jurisdiccional, sin dejar de advertir sustanciales diferencias.

Desde esta concepción, si el título de imputación de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados es, también, el dolo o la culpa (artículo 411 Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ), se antoja injustificado un tratamiento del régimen de responsabilidad civil arbitral prescindiendo de la inteligencia que la jurisprudencia predica respecto del régimen de responsabilidad civil judicial”.

Continúa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona señalando que:

*“Las Sentencias – STS de 10 mayo 2000 y de 13 septiembre 2000 compendian la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados (con cita de las STS de 5 octubre 1990, 6 febrero 1998, 17 diciembre 1996), que se limita al caso en que se haya procedido con infracción manifiesta de Ley o faltando a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, y caso de haber producido perjuicios estimables en metálico, cuya realización encuentre su causa directa e inmediata en una actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado, lo que nos reconduce mutatis mutandi con lo previsto en el artículo 1902. Es decir que la exigencia de esta responsabilidad ha de descansar forzosamente en esa actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado, que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, pero ha de ser calificada como de manifiesta para que sea cohonorable con la ‘voluntad negligente o la ignorancia inexcusable’ a que alude el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de otra suerte solo podría conceptuarse como simple ‘error judicial’ o ‘deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia’ (...).”*

Estas reflexiones llevan a concluir a la Audiencia Provincial que:

*“(...) Partiendo de lo anterior, no estimamos una manifiesta o clara negligencia por el he-*

*cho de omitir la citación formal y fehaciente de una de las partes a la práctica de la diligencia de declaración de las otras (la ausencia de citación tan solo afectó a estas diligencias de prueba, no a las restantes) teniendo en cuenta que el propio Letrado de la parte de cuya citación personal se prescindió, integraba el órgano arbitral, lo que, de un lado, rebaja la intensidad del reproche (en esa práctica confusoria que las partes aceptaron, el Letrado, si bien árbitro, no podía prescindir de su cualidad de defensor de la parte, y asistió a la prueba) y, de otro, relajaba las formalidades en los actos de comunicación a las partes, precisamente por la intervención de sus Letrados en el procedimiento arbitral. El grado de negligencia en la concreta actuación in procedendo no alcanza, por ello, la categoría de acto sancionable en cuanto generador de la responsabilidad arbitral”.*

En el fundamento sexto se completa esta argumentación, exponiendo que:

*“Con independencia de lo anterior, el laudo hubiera sido objeto de anulación parcial (así lo mantuvo la Sentencia de esta Sala), conforme previene el artículo 45.4 Ley de Arbitraje, en los extremos afectantes al tercero que no fue parte en el proceso, al haberse desconocido por el árbitro con poder decisorio una regla básica en nuestro ordenamiento, de imperativa observancia también en el arbitraje de equidad, cual es la proscripción de la condena de quien no ha sido parte ni oído. No obstante, con reconocer que la extralimitación, que al tiempo vulnera tan esencial principio comporta un grado de culpa relevante, no cabe anudar a tal actuación la pretendida consecuencia resarcitoria. Para ello hubiera sido preciso demostrar que la anulación de aquel pronunciamiento determinaba la frustración del fin del arbitraje, desvaneciendo la expectativa global de las partes de resolución sustancial de su controversia a medio del laudo. Y este resultado no puede deducirse sin más”.*

Vemos, pues, que la sentencia que venimos comentando, puntualiza, como otras anteriores que cita, que una anulación parcial del laudo

que no afecte a la *litis* principal del arbitraje no afecta al fin del mismo, por lo que, a pesar de que concurra esta, se puede afirmar que los árbitros han “*satisfecho el fin del encargo, cual era el de proporcionar pronta solución, basada en equidad, al conflicto sometido a la decisión de los árbitros*”.

Otro supuesto generador de posible responsabilidad es aquel en que los árbitros laudan extemporáneamente, es decir, fuera del plazo

previsto, siendo la causa de anulación del laudo el no haberse dictado en dicho plazo.

En estos casos se dará el presupuesto de una “acción culposa” al estimarse la concurrencia de la “negligencia profesional” sobre la que se apoyaría la pretensión indemnizativa pudiendo el juzgador aplicar por analogía el artículo 1103 del Código Civil para moderar las consecuencias de la acción reprochada, si considerase que concurrieron circunstancias excepcionales ajenas al artículo<sup>15</sup>.

15. A estos efectos es ilustrativa la SAP de León de 15 de noviembre de 2003 que transcribimos parcialmente a continuación: “la demanda (...) *incurrió en responsabilidad profesional con ocasión del ejercicio del cargo de Árbitro (...) después de declararse formalizado arbitraje de equidad (...)*. La recurrente concreta la responsabilidad (...) en el hecho de que dictó el Laudo que le fue encomendado fuera del plazo de 6 meses previsto en el artículo 30.1 de la Ley de Arbitraje, y, por dicho motivo, ese Laudo fue anulado en la Sentencia dictada por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, de fecha 6 de marzo de 2001 (JUR 2001, 169886). Se alega, igualmente, que los Árbitros deben conocer las exigencias que les impone la Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 16.1 se prevé expresamente la responsabilidad de los mismos cuando incurran en dolo o culpa. Por todo ello, mantiene la recurrente su pretensión de que se le abone, por doña (...), el importe de las costas que ha tenido que hacer frente en el procedimiento judicial de formalización de arbitraje, incluidas las del recurso en el que se anuló el Laudo dictado (...) el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 obliga a los Árbitros a dictar el Laudo en el plazo de 6 meses desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia, salvo que las partes dispusieren otra cosa, siendo causa de anulación de los laudos el no haberse dictado en dicho plazo (artículo 45.3). Del mismo modo, el artículo 16.1 de la Ley prevé que ‘la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa’. Con estos presupuestos, tenemos que tener en cuenta que doña (...) aceptó su cargo de Árbitro el 16 de febrero de 1999, y el Laudo, propiamente dicho, fue dictado con fecha de 6 de julio de 2000, por lo tanto, transcurrido con exceso el plazo en que debía ser dictado el mismo, por lo que, efectivamente, se daría el presupuesto de una acción culposa, para estimar la concurrencia de la negligencia profesional sobre la que se apoya la pretensión indemnizatoria ejercitada al amparo del artículo 1902 del Código Civil, puesto que, además, el hecho de dictarse el Laudo fuera de plazo provocó que el mismo fuera anulado, y ECORSA tuvo que abonar unas costas con ocasión de la formalización del arbitraje que instó para la resolución de un conflicto, sin que haya podido tener lugar la solución del mismo”. “No obstante, no podemos dejar de tener en cuenta una serie de circunstancias que se dieron tras dictarse el Auto de 11 de febrero de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León, con el que se tenía por formulado el arbitraje solicitado, y después de que doña (...) aceptara el cargo el 16 de febrero de 1999. Concretamente, el día 20 de agosto de 1999, doña (...) entregó una propuesta de Laudo fechada el 16 de agosto de 1999, así calificada por ella misma con un escrito que remitió al Juzgado con fecha de 4 de octubre de 1999, con la que se concedía ‘un plazo de 15 días para efectuar las alegaciones que las partes estimen oportunas, pasado el cual y tras revisar las mismas se procederá a la protocolización notarial de este laudo’. De este modo, sin que conste que hubiera motivo justificado, ni indicación de las partes para que se superase el plazo legal para dictar el laudo, y sin que se hubiera prorrogado dicho plazo, puesto que ello hubiera requerido que las partes notificaran a la Árbitro su acuerdo en tal sentido antes de que finalizara el plazo de seis meses inicial, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje, lo cierto es que, antes del día 20 de agosto de 1999, doña (...) debía haber entregado el laudo que resolviera el conflicto, y no lo hizo. Pero, con posterioridad a hacerse dicha propuesta de laudo, tanto a instancia de don (...) como a instancia de ECORSA, se pidió que la Árbitro tuviera en cuenta una serie de consideraciones, solicitándose determinadas correcciones, aportándose documentos, etc., aunque el Juzgado dictó la Providencia de 23 de septiembre de 1999, en la que se declaró la firmeza del Laudo, dado que había transcurrido el plazo para ser dictado el mismo. Esta providencia fue recurrida a instancia de don (...), y ECORSA vino a adherirse al recurso, interesando ambas partes hacer alegaciones respecto a la propuesta de laudo presentada, dictando el Juzgado el Auto de 4 de octubre de 1999, por el que se concedió a las partes un plazo de 15 días para que hicieran las alegaciones que tuvieran por convenientes, tras lo cual la Árbitro dictó el Laudo de 6 de julio de 2000, que fue anulado. Con todo ello, nos encontramos que, aunque en un primer momento doña (...) no entregó el Laudo en el plazo previsto en la Ley, y que ella propició que las partes hicieran alegaciones escritas que dieran lugar

Nuestro Alto Tribunal también se ha pronunciado con claridad sobre la responsabilidad de los árbitros, y así en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de abril de 1999 (RJ 2000, 4178)<sup>16</sup> vemos cómo no solamente acota la responsabilidad de los árbitros en los casos de laudos extemporáneos, sino cómo también declara aplicable a la responsabilidad de los árbitros la tesis de la *Widerrecht lichen*, que exige como requisito insoslayable la existencia de una situación de "antijuridicidad dañina intencional", que debe servirnos de criterio a la hora de evaluar todas las posibles situaciones en las que se quieran exigir responsabilidades a los árbitros, como equiparación de la responsabilidad que se exige a los Jueces y Magistrados cuando han infringido manifiestamente, por voluntad negligente o por ignorancia inexcusable, una ley sustantiva o procesal, siempre que esté sancionada su infracción por la nulidad de la actuación o trámite correspondiente.

Esta misma tesis es recogida y desarrollada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª), de 6 marzo de 2002 (JUR 2002, 219970), en la que después de analizar la posible incongruencia alegada y ratificar que en ningún caso es posible en el recurso entrar a conocer sobre el fondo del asunto decidido por los árbitros, recuerda la doctrina jurisprudencial que considera que es esencia del arbitraje de equidad el ser personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal "saber y entender" del árbitro, quien en el procedimiento no tendrá que someterse a fórmulas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo, debiendo no obstante los árbitros dar a las partes adecuada ocasión de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias dirimiendo después el conflicto según su leal saber y entender. Sin que ello quiera decir, obviamente, que la amplia libertad de que dispone el árbitro de equidad para resolver el conflicto que le ha sido planteado se constituya en justificación y

*a las incidencias a las que se ha hecho referencia, no podemos ignorar que en dichas incidencias también tuvo participación ECORSA, asistida por Letrado, solicitando rectificaciones y ampliaciones de la propuesta de laudo, y asumiendo, en cierta manera, la extemporaneidad del Laudo que definitivamente fue dictado y las consecuencias de la misma". "De este modo, considera esta Sala que, aun habiendo incurrido en responsabilidad la Arbitro, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley de Arbitraje, cabe aplicar por analogía el artículo 1.103 del Código Civil, para moderar en gran medida las consecuencias de la acción reprochada, por las razones expuestas, considerándose ponderadamente que la indemnización que doña (...) debe abonar a ECORSA es de un importe de 1.500 euros, revocándose en esta medida la Sentencia apelada".*

16. La sentencia señala que "(...) antes de entrar en el área de la actuación culpable de dichos árbitros, hay que manifestar que el fundamento de dicho artículo 16, e incluso de toda la Ley de Arbitraje, es conseguir un laudo que signifique una pronta y económica solución de una concreta contienda, hasta tal punto que el mismo se debe dictar en el plazo que las partes determinen, obviando, al menos teóricamente, la carestía y la dilación que por desgracia conlleva un determinado procedimiento judicial, como afirma la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9578); por ello el fracaso que se refleja en la presente litis, del procedimiento arbitral en el que tenían que dictar laudo los árbitros mencionados, puede llevar, como así ha ocurrido con fundamento, en principio -se dice en principio-, a la parte recurrente a exigir responsabilidad por culpa o negligencia a los mismos. Pero, ahora bien, para exigir tal responsabilidad es preciso demostrar ineludiblemente la existencia de los parámetros necesarios para configurar el tipo de la culpabilidad, en la actividad de los árbitros en cuestión. Y, desde luego del factual de la sentencia recurrida se infiere que la actuación omisiva de los árbitros, o sea, el retraso en emitir el laudo, no se debió a una posición intelectual de los mismos con dicha intencionalidad, sino a imponderables que se pueden imputar a verdaderas situaciones ajenas a su voluntad, como fue el que las partes sometidas al arbitraje iniciaron tratos con intención de solucionar la cuestión a debatir con propuesta de transacción incluida, lo que unido a la petición de alguna prueba, como era la aportación de la determinación del importe del carbón vendido, y la unión a los autos de las actas firmadas por todos los trabajadores especificando las primas satisfechas por la empresa; hizo lógico tal retardo. Por tanto, en el presente caso existe un retraso en la emisión de un laudo por parte de unos árbitros que han aceptado el cargo, lo que puede significar una posición omisiva, pero lo que se puede afirmar y así se proclama de una manera paladina, es que la misma no supone una situación de antijuridicidad dañina intencional, requisito indispensable que exige la moderna doctrina basada en la tesis germánica de la *Widerrecht lichen*, para que pueda surgir una responsabilidad por culpa e imputable a los tantas veces mencionados árbitros".

razón de impunidad de actuaciones manifiestamente antijurídicas, contrarias a equidad, y perjudiciales para una de las partes, pero precisamente por la esencia de este juicio que ha quedado dicho, de ser "personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal saber y entender del árbitro", la exigencia de responsabilidad por culpa imputable a dichos árbitros vendrá enlazada a una situación de antijuridicidad patente, manifiesta y apreciable por cualquiera, matizando aún más el Tribunal Supremo, como ya hemos señalado, en la sentencia ya citada de 26 de abril de 1999 (RJ 2000, 4178) al requerir, como requisito indispensable siguiendo la moderna doctrina basada en la tesis germánica de la "*Widerrecht lichen*", una situación de antijuridicidad dañina intencional.

En conclusión, vemos cómo la jurisprudencia en materia de responsabilidad arbitral recaída en aplicación del artículo 16 Ley de Arbitraje/1988, interpretativa de la "culpa y el dolo", ha consolidado la necesidad de la existencia de una situación de antijuridicidad dañina intencional, incluso en relación con la negligencia profesional entendida como acción culposa. La Ley de Arbitraje/2003, en su artículo 21, al hablar de "mala fe, temeridad o dolo", a nuestro juicio de manera imprecisa y poco afortunada, no puede olvidar el acervo jurisprudencial, lo que nos obliga a aplicar la hermenéutica para relacionar la temeridad y la mala fe, junto con la negligencia, con la responsabilidad de los árbitros, en este

contexto comentado. En este sentido, puesto que el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 parece utilizar la mala fe y la temeridad, tal y como hacía el Legislador en los diversos apartados del artículo 523 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, tomaremos como referencia la doctrina jurisprudencial interpretativa del citado artículo de la Ley ritaria.

De este modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), de 18 enero de 2001<sup>17</sup>, nos brinda la distinción entre los términos negligencia y mala fe, puntualizando que el primero se sitúa en el terreno de la culpa, mientras que el segundo hace referencia a una conducta claramente dolosa, con lo que dentro del artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 mala fe y dolo deben ser entendidos como dos manifestaciones de una misma situación antijurídica, dañina e intencional.

Esta misma distinción entre negligencia y mala fe la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 15 febrero 2003<sup>18</sup>, que nos lleva a concluir que la negligencia profesional queda situada en el ámbito de la culpa, con unas consecuencias indemnizatorias mucho más limitadas que las derivadas de la mala fe y el dolo.

El Tribunal Supremo ha señalado claramente, en reiterada jurisprudencia<sup>19</sup> que la mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la

17. En la citada sentencia, el recurrente muestra su disconformidad con el Fallo dictado al considerar "el error de instancia en la apreciación de ausencia de mala fe, cuando ya en el escrito de formulación de la demanda se solicitaba la expresa condena en costas a la demandada, en el supuesto de allanamiento, fundamentado en su temeridad y mala fe". La sentencia recuerda que "la presunción de buena fe es regla general, mientras que la mala fe constituye supuesto de excepción, que debe razonar el Juez debidamente y, en el presente caso, no se aprecia con la debida claridad (...)"; así como puntualiza que "negligencia y mala fe son términos distintos, pues el primero se sitúa en el terreno de la culpa, mientras que el segundo hace referencia a una conducta claramente dolosa, no apreciándose tras el examen de los antecedentes que constan en autos la mala fe alegada por el recurrente".

18. En dicha Sentencia se afirma que «Si bien el artículo 1103 CC (Código Civil), antes mencionado, permite al juez moderar, esto es, reducir, la responsabilidad procedente de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, de acuerdo con un criterio de equidad, (...) si el incumplimiento fue doloso, no hay ninguna duda de que el acreedor, además de la pena pactada, podrá reclamar por vía ordinaria (arts. 1101 y 55. CC) todos los demás daños sufridos».

19. SSTs 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7477); 5 de julio de 1985 (RJ 1985, 3642); 29 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5915); 22 de junio de 1995 (RJ 1995, 4978); 25 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6440); 12 de junio de 1987 (RJ 1987, 4294); 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 631); 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7234), entre otras.

valoración de conductas a través de unos determinados hechos.

En cuanto a que debe entenderse por dolo, apoyándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>20</sup>, puede señalarse que definido el dolo en el artículo 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no solo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado y en este sentido se pronuncia unánime la jurisprudencia del Alto Tribunal<sup>21</sup>, que afirma que partiendo de que el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita, como hemos dicho antes, a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes:

- Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas;
- Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia;

- Que sea grave si se trata de anular el contrato; y
- Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

En conclusión, la actitud dolosa del árbitro debe plasmarse en una "insidia directa o inductora del error" en una o ambas partes litigantes o en su reticencia cuando "calla o no advierte cuando tenía el deber de informar, que exige la buena fe", y para su concurrencia es precisa una maquinación engañosa o una conducta insidiosa del árbitro, que tanto puede consistir en una conducta activa cuanto omisiva (reticencia en la omisión de hechos). Esta actuación del árbitro puede producirse en la fase de nombramiento y aceptación del arbitraje, y debe estar "dirigida a provocar la declaración negocial, que determine a la voluntad de la otra parte a realizar el negocio, que de otro modo, no hubiese realizado"; o bien durante el procedimiento arbitral, vulnerando conscientemente los principios fundamentales que lo rigen.

La citada actuación solo justifica la responsabilidad por dolo del árbitro cuando la "voluntad (de una parte o ambas partes litigantes) quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento, a causa del engaño o coacción u otra insidiosa influencia"; cuando este "sea grave, es decir, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto negocial, o sobre las condiciones que hubieran motivado su celebración, si se trata de anular el contrato", es decir, que recaiga en el convenio arbitral y en el procedimiento arbitral; y que "no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes", lo que debe entenderse en el sentido de que una actitud dolosa de quien exija la responsabilidad del árbitro hace imposible que prospere tal acción resarcitoria.

20. SSTS 13 julio 1981 [RJ 1981, 3077]; 27 enero 1988 [RJ 1988, 151]; 29 marzo 1994 [RJ 1994, 2304]; 18 marzo y 9 septiembre 1996), entre otras.

21. SSTS de 22 enero 1988 y 29 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2304).

Como conclusión, hemos de reiterar lo ya señalado, en el sentido de que a las previsiones contenidas en el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003, en materia de responsabilidad arbitral, les es plenamente aplicable la jurisprudencia recaída en la aplicación del artículo 16 Ley de Arbitraje, interpretativa de la "culpa y el dolo" y que ha consolidado, como ya hemos dicho, la necesidad de probar, como requisito indispensable, la existencia de una situación de antijuridicidad dañina intencional.

#### IV. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS

Como hemos señalado, el artículo 21 Ley de Arbitraje/2003 nos dice que: "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo".

Esta redacción, muy similar a la de Ley de Arbitraje/1988, delimita claramente la responsabilidad de los árbitros a una responsabilidad por daños y perjuicios generada por su actuación exigible por las partes. Por lo tanto, debemos acudir necesariamente a la configuración jurídica que la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha moldeado al respecto, afirmando que el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar<sup>22</sup>, por lo que no puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados de contrato ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización<sup>23</sup> y que en el caso de la respon-

sabilidad de los árbitros deberá realizarse dentro de los estrechos términos que la concurrencia de la mala fe, la temeridad y el dolo imponen. Es decir, la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuya a uno de los contratantes –por cuanto ello implica el resarcimiento de un daño o perjuicio sufrido y no obtener la ventaja que el cumplimiento del contrato hubiera reportado–, sino que para que nazca y sea exigible es necesario que se demuestre y conozca la realidad de haberse producido aquéllos sin que pueda derivarse de supuestos tan solo posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre<sup>24</sup> sin que el incumplimiento, pueda ser aprovechado por el reclamante para obtener ganancias o ventajas meramente contingentes, o la satisfacción de expectativas insuficientemente contrastadas<sup>25</sup>.

Por lo tanto, como conclusión, podemos afirmar que los daños y perjuicios que se exijan al árbitro como derivados de una actuación de mala fe, temeraria o dolosa, deberán ser necesariamente acreditados por quien los solicite, demostrando la directa relación entre tal actuación y los mismos justificando igualmente su cuantía y proporcionalidad.

#### V. RESPONSABILIDADES DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL Y SUS LÍMITES

La institución arbitral, ya sea esta una Corporación de Derecho Público o una Asociación sin ánimo de lucro, se halla sujeta a responsabilidad, que en la Ley de Arbitraje/ 2003 se tipifica como civil por los daños y perjuicios que cause en la

22. SSTS de 22 enero 1988 y 29 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2304).

23. SSTS de 2 de febrero y 6 de mayo de 1960, 6 de octubre de 1961 (RJ 1961, 3592) y 11 de marzo de 1967, 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 6988), 6 de abril de 1995 (RJ 1995, 3416), 22 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7236), 13 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3842) y 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4056).

24. SSTS, Sala primera, de 15 de octubre de 1915, 21 de octubre de 1925, 25 de noviembre de 1926, 3 de febrero de 1928, 11 de diciembre de 1932, 13 de julio de 1945, 13 de febrero de 1950 (RJ 1950, 344), 17 de febrero de 1951 (RJ 1951, 992), 30 de noviembre de 1961 (RJ 1961, 4444), 16 de enero de 1962 (RJ 1962, 41), 28 de octubre de 1963 (RJ 1963, 4226), 6 de julio de 1983 (RJ 1983, 4073), 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4761), entre otras.

25. Especialmente SSTS, Sala Primera, 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), y 29 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5916).

gestión y administración del arbitraje cuando intervenga mala fe, temeridad o dolo (artículo 21 Ley de Arbitraje/2003).

La Ley 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de Reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje, ha introducido como apartado 3 del artículo 14 de la Ley la exigencia de que 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.

Podría objetarse que el citado mandato expreso parecería innecesario ya que es evidente que esas obligaciones son inherentes a las propias funciones de las instituciones arbitrales. Y además su grado de cumplimiento tendrá una repercusión directísima en su prestigio y por consiguiente en su grado de elección por los usuarios del arbitraje. Quizás pueda explicarse dicha modificación en el deseo del legislador de establecer una norma de carácter imperativo que dé pie a la exigencia que se ha incluido, como ya hemos dicho, en la Reforma como un segundo párrafo nuevo al apartado 1 del artículo 21 por el que se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca, con la excepción de las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas y al que nos referimos más adelante.

La exigencia de la responsabilidad civil a la institución arbitral supone tener en cuenta las siguientes previsiones:

- a) La Ley de Arbitraje/2003 solo prevé la exigencia de responsabilidad civil a la institución arbitral.
- b) La exigencia de responsabilidad afecta tanto a la institución arbitral pública como privada (esta última asociación sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se contemple la realización de funciones arbitrales).
- c) La exigencia de responsabilidad a la institución arbitral posee un momento *a quo*

indudable, que se cifra a partir del momento en que la institución arbitral acepta los servicios de gestión y administración del arbitraje.

Por otro lado, es muy importante señalar que en el caso de exigencia de responsabilidad civil al árbitro nombrado por la institución arbitral, esta cubre tanto el dolo como la mala fe y la temeridad, a través de un tipo de responsabilidad que el artículo 21.1 Ley de Arbitraje/2003 tipifica como de directa, que el perjudicado puede exigir directamente a la institución arbitral. Conjuntamente con esa responsabilidad directa se tipifica la que en vía de regreso ostenta la propia institución arbitral y que puede ejercitar contra el árbitro o árbitros, sobre la base de una doble justificación:

- a) De una parte, porque la institución es la que nombra al árbitro o árbitros que realizan el arbitraje.
- b) De otro lado, porque ese árbitro o árbitros asumen frente a la institución arbitral una obligación de cumplir fielmente su encargo.

La exigencia de responsabilidad, en el caso de arbitraje institucional, se sigue contra los árbitros, pero no solo mediante su ejercicio por el propio perjudicado, sino por la propia institución arbitral. De ahí que esa exigencia contra los árbitros, en ese tipo de arbitraje, se profile como un plus singular y específico derivado del derecho a resarcimiento que se reconoce a la institución arbitral. El verdadero alcance y efectividad del artículo 21.1 Ley de Arbitraje/2003 (como en su momento lo fue del artículo 16.1 Ley de Arbitraje), solo podrá medirse jurisprudencialmente y a través de la praxis arbitral, puesto que son múltiples las cuestiones que pueden surgir y que en el contexto de una institución arbitral suponen dos tipos de obligaciones. De un lado, la de aplicar su propio Reglamento de Arbitraje y, de otro, la de llevar acabo la gestión y administración del arbitraje, posibilitando, en su caso, el desarrollo de la instancia arbitral con respeto a las garantías que deben aplicarse a la misma.

Igualmente, pueden incurrir en responsabilidad si hay ilegalidad en el nombramiento de los ár-

bitros, destacando las siguientes posibilidades:

- a) La designación de árbitros que en el momento de la aceptación del encargo no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, careciendo de capacidad suficiente.
- b) La designación de árbitros para resolver un arbitraje de derecho que no sean juristas, salvo acuerdo de las partes.
- c) La inobservancia por la institución administradora del arbitraje de sus normas reglamentarias para la designación de árbitros.
- d) La designación de árbitro o Colegio arbitral, por parte de las Corporaciones y Asociaciones, que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio.
- e) La designación de un número de árbitros que no sea impar o contraviniendo el Reglamento que rija el procedimiento del arbitraje institucional.
- f) En aplicación de lo previsto en el nuevo citado apartado 3 del artículo 14, cabría también responsabilidad en los casos en que un árbitro hubiera dado muestras inequívocas de su falta de independencia y la institución no hubiera tomado las medidas necesarias.

En cuanto a los límites de esa responsabilidad, son aplicables los comentarios y criterios que hemos expuesto en el apartado anterior al referirnos a la responsabilidad civil de los árbitros.

Finalmente, parece necesario referirnos a la novedad que hemos señalado de la Ley 11/2011 de Reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje con la inclusión como un segundo párrafo nuevo al apartado 1 del artículo 21 por la que se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de res-

pensabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca, exceptuando de dicho requisito a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.

El legislador ha justificado esta exigencia en que esta regla es un imperativo de la Directiva europea de Servicios y supone un cambio general en la regulación de prestación de servicios. La idea es que el usuario esté cubierto ante las posibles negligencias de aquellos que los prestan como fórmula que garantice la indemnidad frente a los daños causados. Nos encontramos, por tanto, con una reforma con vistas al arbitraje interno que se expande hacia el arbitraje internacional. No obstante esta obligación no puede suponer una desventaja competitiva frente a otros ordenamientos aumentando los costes o planteando trabas al ejercicio del arbitraje.

El comentario obvio a esta novedad es que tiene que ser desarrollado, como señala la propia Ley, por el correspondiente Reglamento por lo que parece un poco prematuro y quizás temerario opinar a fondo sobre la misma hasta no conocer el mismo.

No obstante, creemos necesario recomendar al legislador el mayor cuidado y delicadeza en el tema al definir en el Reglamento las cuantías y las alternativas del seguro, ya que puede afectar muy negativamente a los esfuerzos que vienen desarrollándose por parte de todos para consolidar a España como sede de arbitrajes internacionales administrados por Cortes internacionales que, evidentemente preferirían que no se celebrasen los arbitrajes en España para no poder verse obligadas a contratar un seguro en esas circunstancias al ser aplicable la ley procesal del foro. Y sin olvidar, por otra parte, el riesgo de que el seguro requerido pudiera encarecer el coste del procedimiento arbitral.