

Instituto de Ciencias del Seguro

# **El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje**

(El seguro de responsabilidad civil  
de los árbitros y de las instituciones arbitrales)

Pilar Perales Viscasillas

FUNDACIÓN **MAPFRE**

© FUNDACIÓN MAPFRE

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o de FUNDACIÓN MAPFRE

FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2013, FUNDACIÓN MAPFRE  
Paseo de Recoletos 23  
28004 Madrid (España)

[www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro)  
[publicaciones.ics@fundacionmapfre.org](mailto:publicaciones.ics@fundacionmapfre.org)

ISBN: 978-84-9844-419-3  
Depósito Legal: M-31303-2013

## PRESENTACIÓN

Desde 1975, FUNDACIÓN MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales, así como acciones destinadas a la mejora de las condiciones económicas y sociales de las personas y sectores menos favorecidos de la sociedad. En este marco, el Instituto de Ciencias del Seguro de FUNDACIÓN MAPFRE promueve y desarrolla actividades educativas y de investigación en los campos del seguro y de la gerencia de riesgos.

En el área educativa, su actuación abarca la formación académica de postgrado y especialización, desarrollada en colaboración con la Universidad Pontificia de Salamanca, así como cursos y seminarios para profesionales, impartidos en España e Iberoamérica. Estas tareas se extienden hacia otros ámbitos geográficos mediante la colaboración con instituciones españolas e internacionales, así como a través de un programa de formación a través de Internet.

El Instituto promueve ayudas a la investigación en las áreas científicas del riesgo y del seguro y mantiene un Centro de Documentación especializado en seguros y gerencia de riesgos, que da soporte a sus actividades.

Asimismo, el Instituto promueve y elabora informes periódicos y publica libros sobre el seguro y la gerencia de riesgos, con objeto de contribuir a un mejor conocimiento de dichas materias. En algunos casos estas obras sirven como referencia para quienes se inician en el estudio o la práctica del seguro, y en otros, como fuentes de información para profundizar en materias específicas.

Dentro de estas actividades se encuadra la publicación de este libro, resultado de la “Ayuda a la Investigación Riesgo y Seguro” que FUNDACIÓN MAPFRE concedió a su autora Pilar Perales Viscasillas en la convocatoria de 2011. El trabajo fue tutorizado por Eduardo Pavelek Zamora, exdirector de área de Responsabilidad Civil de MAPFRE RE.

Desde hace unos años, Internet es el medio por el que se desarrollan mayoritariamente nuestras actividades, ofreciendo a los usuarios de todo el mundo la posibilidad de acceder a las mismas de una manera rápida y eficaz mediante soportes Web de última generación a través de

[www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro)

**Pilar Perales Viscasillas.** Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid y anteriormente en la Universidad de La Rioja. Consejera Académica de Baker & McKenzie, Madrid. Árbitro nacional e internacional. Delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL); Miembro del CISG-AC (*Advisory Council on the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) y *Rapporteur* de la Opinión nº4 del Consejo. Asimismo, participó como observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la tercera edición de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales del Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Miembro del *Chartered Institute of Arbitrators* (London) (MCI Arb) y de la *International Academy of Commercial and Consumer Law* (IACCL). Co-directora del Moot Madrid ([www.mootmadrid.es](http://www.mootmadrid.es)). Vocal adscrita a la Comisión General de Codificación, sección II Derecho Mercantil.

A Luis, Jimena y Paula Inés,  
por su infinita paciencia

## NOTA DE LA AUTORA

Este trabajo se debe a la concesión de una Ayuda a la Investigación en Seguros de la FUNDACIÓN MAPFRE correspondiente a la convocatoria 2011, donde en el que la profesora Susana Pérez Escalona de la Universidad de La Rioja y la autora de la presente monografía presentaron un proyecto de investigación sobre el Seguro de Responsabilidad Civil (SRC) en el arbitraje; proyecto que fue posteriormente ampliado para incluir el SRC en la mediación y que ha sido objeto de estudio por mi compañera y amiga la prof.<sup>a</sup> Pérez Escalona.

El tutor del presente trabajo ha sido Juan Eduardo Pavelek Zamora, ex Director del área de Responsabilidad Civil de MAPFRE RE, quien amable y generosamente, ha puesto su amplio conocimiento profesional en materia de seguros a mi disposición sin olvidar toda la ayuda material prestada, imprescindible en un trabajo que pretende también analizar la vertiente práctica del seguro de responsabilidad civil en el arbitraje. Por ello las primeras palabras de agradecimiento deben ser para la FUNDACIÓN MAPFRE y para el Sr. Pavelek.

El trabajo de análisis jurídico que hemos intentado reflejar en esta obra necesariamente debía pasar por un examen, al menos en la medida de nuestras posibilidades, de la realidad práctica en la que se desenvuelve el mercado de seguros. Ello no habría sido posible de no haber sido por la generosidad personal e institucional ya resaltada, así como la de los centros arbitrales más importantes de España que generosamente han facilitado a la autora las pólizas contratadas para su análisis. Especial agradecimiento, por ello, al Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Prof. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y a la Letrada Jefe de la Corte, Elena Gutiérrez García de Cortázar; al Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, Jesús de Alfonso; al Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, Juan Serrada y al Secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Toledo, Javier Messia de la Cerda Ballesteros.

Asimismo, la autora desea reconocer públicamente la colaboración desinteresada y la información proporcionada por otras personas e instituciones internacionales. Gran parte del apartado 4.3 del Capítulo I ha sido posible gracias a la información facilitada a nivel institucional por Yanett Quiroz, Secretario General de CANACO (México); Rider Vera, Secretario Arbitral del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (Perú), quien amablemente se comunicó con las restantes instituciones peruanas de arbitraje; William K. Slate (antiguo Presidente de la AAA/ICDR) e India Johnson (actual Presidenta de la AAA/ICDR); Diana C. Droulers, Directora del Centro

de Arbitraje de la Cámara de Caracas y Presidenta de la International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI); y finalmente a Brooks Daly, Director Jurídico y Secretario General Adjunto de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA-PCA).

Como no podría ser de otra manera, la autora quiere reconocer la amistad y apoyo de los profesores del área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y muy particularmente los profesores Rafael Illescas Ortiz, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell. Con ellos colaboro habitualmente en labores académicas relacionadas con el arbitraje internacional, especialmente en relación con la competición jurídica internacional (Moot Madrid), y por lo tanto no puedo desvincular el presente trabajo de la activa colaboración que desarrollamos desde hace años en este campo. Por esta misma razón no puedo olvidarme de mis alumnos en la Universidad Carlos III de Madrid y particularmente de aquellos con quienes he establecido una relación más estrecha gracias a las competiciones FDI y FIA Moot.

Tampoco me olvido de los grandes profesionales del arbitraje que directa o indirectamente me han hecho reflexionar sobre algunas cuestiones que se abordan en el presente trabajo. Gracias sobre todo a los abogados de Baker & McKenzie, Alfonso Gómez-Acebo por sus atinadas observaciones, y a José Ramón Casado por sus estimulantes conversaciones.

Sobre todo, agradecimiento y disculpas a quienes desde hace años vienen sufriendo los quehaceres de la labor universitaria, mi marido, Luis, y mis hijas Jimena y Paula Inés quienes han soportado el proceso de redacción de esta monografía siempre con una sonrisa aunque ello implicara que no siempre pudiera prestarles la debida atención. Por ello también la dedicatoria de este libro les es justa y merecidamente debida.

**San Ramón, en el inicio del otoño,**  
15 octubre 2013

## ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CACC	Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas
CAM	Corte de Arbitraje de Madrid
CANACO	Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Constitución Española
CEA	Club Español del Arbitraje
CEPANI	Reglamento del Centro Belga para la Mediación y el Arbitraje
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIMA	Corte Civil y Mercantil de Arbitraje
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras
CP	Código Penal
CPA	Corte Permanente de Arbitraje de La Haya
CPI	Comisión de la Propiedad Intelectual

D&O	Directors & Officers
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
DIS	Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
EEUU	Estados Unidos de América
IBA	International Bar Association
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
ICC	International Chamber of Commerce
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
IFCAI	International Federation of Commercial Arbitration Institutions
JAC	Junta Arbitral de Consumo
JAT	Junta Arbitral de Transporte
LA	Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)
LADP	Ley de Arbitraje de Derecho Privado
LCIA	London Court of International Arbitration
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LM	Ley de Mediación
LMA	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LSC	Ley de Sociedades de Capital
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

RC	Responsabilidad Civil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RES	Revista Española de Seguros
SRC	Seguro de Responsabilidad Civil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TAB	Tribunal Arbitral de Barcelona
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TS	Tribunal Supremo
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
VIAC	Centro de Arbitraje Internacional de Viena

# ÍNDICE

## I

### FUNDAMENTOS, MODALIDADES Y OTRAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

I. INTRODUCCIÓN .....	19
II. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU REGULACIÓN EN LA LCS .....	28
III. FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DEL SRC EN EL ÁMBITO ARBITRAL .....	35
IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: SISTEMAS O MODELOS NORMATIVOS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL SRC .....	41
4.1. Los modelos normativos sobre responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales en las leyes y reglamentos arbitrales .....	41
4.2. Conclusiones en torno al derecho comparado .....	63
4.3. Los modelos normativos sobre exoneración de responsabilidad y su relación con el SRC .....	64
4.4. El modelo español: el tránsito de un modelo basado en la culpa a un modelo de exoneración limitada de responsabilidad .....	68
V. LA SINGULARIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO Y EL SRC OBLIGATORIO .....	72
VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE: LA RESPONSABILIDAD Y EL SRC OBLIGATORIO .....	80
VII. ACTOS PREPARATORIOS Y MODALIDAD ASEGURADORA .....	85
7.1. Actos preparatorios .....	85
7.2. Modalidad aseguradora .....	87
7.2.1. Una póliza específica para los árbitros y las instituciones arbitrales .....	87
7.2.2. Un seguro general para las instituciones arbitrales .....	88
7.2.3. La extensión de la cobertura en los SRC profesionales para los árbitros ...	89

## II

### LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR UN SRC.

#### ANÁLISIS DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTRATO DE SEGURO

I. INTRODUCCIÓN .....	95
II. SUJETOS OBLIGADOS A LA CONTRATACIÓN DE UN SRC: EL TOMADOR .....	96
2.1. La obligación legal de contratar un SRC: posibles interpretaciones .....	97
2.1.1. La obligación recae en los árbitros para los arbitrajes <i>ad hoc</i> y en las instituciones arbitrales para los arbitrajes administrados .....	97

2.1.2. La obligación recae en los árbitros mientras no se establezcan reglamentariamente los supuestos en los cuales las instituciones arbitrales tendrán dicha obligación .....	97
2.1.3. La obligación recae tanto en los árbitros como en las instituciones arbitrales para cubrir sus propias responsabilidades .....	98
2.1.4. La obligación recae tanto en los árbitros como en las instituciones arbitrales únicamente en el caso de arbitrajes institucionales .....	98
2.1.5. La obligación reside únicamente en los árbitros .....	98
2.1.6. Nuestra interpretación: la obligación reside en los árbitros en los arbitraje <i>ad hoc</i> y en las instituciones arbitrales a nombre de los árbitros en los arbitrajes institucionales .....	99
2.2. El seguro por cuenta propia: los árbitros como tomadores del seguro. Capacidad para ser árbitro .....	102
2.3. El seguro por cuenta ajena: las instituciones arbitrales en nombre de los árbitros .....	107
<b>III. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN ESPAÑA: LOS CENTROS ARBITRALES ....</b>	<b>111</b>
3.1. Corporaciones de Derecho Público: Cámaras de Comercio y Colegios profesionales .....	115
3.2. Entidades Públicas: sistemas arbitrales dependientes o integrantes de las Administraciones Públicas y los organismos reguladores .....	116
3.3. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro: asociaciones y fundaciones .....	121
<b>IV. LA DISTINCIÓN ENTRE EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE AD HOC A LOS EFECTOS DE DETERMINAR EL OBLIGADO LEGALMENTE A LA CONTRATACIÓN DEL SRC .....</b>	<b>122</b>
4.1. Elementos definitorios del arbitraje institucional .....	123
4.1.1. Instituciones o centros que sean o adopten una de las formas tipificadas en el art.14.1 LA y en cuyos estatutos o normas reguladoras prevean funciones arbitrales .....	123
4.1.2. Desarrollo de la función arbitral con carácter permanente.....	124
4.1.3. Existencia de un reglamento de arbitraje .....	124
4.1.4. La administración del arbitraje y la designación de los árbitros .....	127
4.2. Elementos definitorios del arbitraje <i>ad hoc</i> .....	129
<b>V. LAS INSTITUCIONES EXCEPTUADAS DE LA CONTRATACIÓN OBLIGATORIA DEL SRC A NOMBRE DE LOS ÁRBITROS .....</b>	<b>137</b>
5.1. Las entidades públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas: ¿instituciones arbitrales o árbitros? .....	139
5.1.1. La confusión entre la administración y la resolución de controversias mediante laudo: la Comisión de la Propiedad Intelectual y las Juntas Arbitrales de Transporte.....	140
5.1.2. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como institución administradora de arbitrajes .....	144
5.2. <i>Ratio legis</i> de la excepción legal .....	149
<b>VI. LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR UN SRC ÚNICAMENTE EN EL CASO DE ARBITRAJES CON SEDE EN ESPAÑA .....</b>	<b>152</b>
6.1. Arbitrajes con sede en España .....	152

6.2. Implicaciones legales en relación con el lugar del arbitraje .....	154
6.3. La determinación del lugar del arbitraje y su relación con la obligación legal de contratar un SRC .....	155
6.4. Arbitrajes administrados por instituciones que no tienen sede en España .....	157
<b>VII. EL ASEGURADO EN EL SRC OBLIGATORIO .....</b>	<b>158</b>
<b>VIII. EL SRC VOLUNTARIO: LA INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA COMO TOMADORA Y ASEGURADA .....</b>	<b>159</b>
<b>IX: OTROS POSIBLES ASEGURADOS.....</b>	<b>162</b>
9.1. El seguro de los árbitros por cuenta propia (arbitrajes <i>ad hoc</i> ): el secretario del tribunal arbitral y el personal dependiente del árbitro como asegurados .....	162
9.2. El seguro de los árbitros por cuenta ajena (arbitraje institucional): los representantes y los empleados de la institución administradora .....	164
<b>X. EL PERJUDICADO .....</b>	<b>168</b>

### III

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

<b>I. LA ACEPTACIÓN DEL ENCARGO POR LOS ÁRBITROS Y LAS INSTITUCIONES ARBITRALES .....</b>	<b>173</b>
1.1. La aceptación del encargo por el árbitro .....	176
1.2. La aceptación del encargo por la institución arbitral .....	176
1.3. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? .....	181
1.4. La responsabilidad conjunta .....	186
<b>II. EL CUMPLIMIENTO FIEL DEL ENCARGO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS .....</b>	<b>187</b>
2.1. Obligaciones relativas a la independencia e imparcialidad .....	188
2.2. Obligaciones relativas al procedimiento arbitral .....	193
2.3. Obligación de laudare .....	194
2.4. Incumplimiento del plazo para laudare .....	196
2.5. La responsabilidad de los árbitros: límites .....	198
2.5.1. La anulación del laudo: ¿requisito de procedibilidad? .....	198
2.5.2. La responsabilidad en el seno de tribunales arbitrales: la emisión de un voto particular .....	202
<b>III. EL CUMPLIMIENTO FIEL DEL ENCARGO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES .....</b>	<b>204</b>
3.1. La designación de los árbitros .....	207
3.2. Administración del arbitraje .....	210
<b>IV. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: MALA FE, TEMERIDAD O DOLO (Art. 21.1 LA) .....</b>	<b>215</b>
4.1. La responsabilidad de los profesionales en el ámbito jurídico. La responsabilidad de los jueces y magistrados .....	217
4.2. Los presupuestos de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA en comparación con el sistema general de responsabilidad por culpa .....	225
4.3. Las diversas interpretaciones del estándar de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA .....	232

4.3.1. La interpretación extensiva del art. 21.1 LA conforme a la que se acoge el sistema general de responsabilidad contractual y extracontractual del CC: la culpa o negligencia .....	233
4.3.2. La tesis intermedia: la distinción entre la actividad jurisdiccional (art. 21.1 LA) y la no jurisdiccional (régimen general del art.1101 CC)	
4.3.3. La restricción al máximo de la responsabilidad: el art. 21.1 LA como un supuesto de regulación exclusiva del régimen de responsabilidad sobre la base de la antijuridicidad dañina intencional .....	234
4.3.4. Nuestra interpretación: los criterios de imputación de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA .....	240
A) El dolo y la mala fe .....	241
B) La temeridad como equiparable a la culpa grave .....	245
4.4. Los criterios de imputación de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA y su relación con el SRC .....	250

#### IV

### ÁMBITO OBJETIVO DEL SEGURO. DELIMITACIÓN DEL RIESGO. LA RECLAMACIÓN DEL PERJUDICADO

<b>I. ÁMBITO OBJETIVO DEL CONTRATO DE SEGURO:</b>	
<b>LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO .....</b>	<b>261</b>
1.1. Cuestiones generales .....	261
1.2. La delimitación del riesgo en las pólizas: los perjuicios patrimoniales primarios o perjuicios económicos puros .....	263
<b>II. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL RIESGO: LAS EXCLUSIONES .....</b>	<b>267</b>
2.1. Las exclusiones de cobertura en los contratos de seguro .....	268
2.2. La responsabilidad del art. 21.1 LA y su relación con el contrato de seguro: la exclusión en las pólizas de la mala fe o dolo del asegurado .....	272
<b>III. LA DELIMITACIÓN TERRITORIAL DEL RIESGO .....</b>	<b>278</b>
<b>IV. LA DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL RIESGO .....</b>	<b>281</b>
4.1. Las cláusulas <i>claims made</i> .....	284
4.2. La delimitación temporal en las pólizas de responsabilidad civil en el ámbito arbitral .....	286
4.3. La cláusula de “unidad de siniestro” .....	292
<b>V. LA RECLAMACIÓN DEL PERJUDICADO .....</b>	<b>293</b>
5.1. Las reclamaciones contra los árbitros y las instituciones arbitrales: la defensa jurídica en el SRC .....	295
5.2. La acción directa en el ámbito arbitral y en el seguro obligatorio .....	302
5.3. La acción de resarcimiento en el ámbito arbitral y las acciones de repetición y subrogatoria en el seguro .....	309
Referencias bibliográficas .....	317
Jurisprudencia .....	337
Colección <i>Cuadernos de la Fundación</i> .	
Instituto de Ciencias del Seguro .....	341

## FUNDAMENTOS, MODALIDADES Y OTRAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

### I. INTRODUCCIÓN

La reforma operada en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje por virtud de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado<sup>1</sup> introduce novedosamente en nuestro ordenamiento jurídico, la exigencia para los árbitros, o las instituciones arbitrales en su nombre, de contratar un seguro de responsabilidad civil (en adelante, SRC) o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca (art. 21.1 2º inciso LA)<sup>2</sup>. A continuación el precepto indicado exceptúa 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.

La nueva exigencia legal del seguro, que es prácticamente única en el mundo pues en lo que nos consta no existen otras Leyes que exijan obligatoriamente un SRC arbitral, se incardina en el art. 21.1 LA dedicado a la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales y por ello está en íntima relación con la responsabilidad en que pudieran incurrir dichos operadores arbitrales.

El artículo 21.1 LA indica a estos efectos que:

---

<sup>1</sup> BOE, núm.121, 21 mayo 2011. Las modificaciones operadas entraron en vigor el día 10 junio 2011.

<sup>2</sup> Posteriormente se ha exigido también la contratación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil a los mediadores. Así el artículo 11.3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE, núm.162, 7 julio 2012) considera que: "El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga". No se exige obligatoriamente la contratación de un SRC a la institución de mediación aunque la Ley 5/2012 se encarga de establecer también su responsabilidad (veáse art.14). Ni tampoco se ha previsto que la obligada a la contratación del seguro sea la institución de mediación en nombre de los mediadores. En cuanto al desarrollo reglamentario, de momento, sólo está disponible un Borrador en relación con la mediación, faltando un proyecto de normativa en materia arbitral. Vid. Borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, elaborado por el Ministerio de Justicia, 31 julio 2012. En él se establece que en el formulario de solicitud de registro se hará constar la póliza del contrato de SRC profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que hubiera constituido, indicándose su dirección electrónica.

*“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 aquélla 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”.*

Esta disposición gira en torno a tres elementos que están estrechamente relacionados y que serán analizados en este trabajo:

- La responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales y el criterio de imputación de la responsabilidad basado en el dolo, la mala fe y la temeridad. Se trata, como veremos, de un sistema unitario de responsabilidad que alcanza a los árbitros y a las instituciones arbitrales en relación con las obligaciones legales y contractuales que derivan de la aceptación del encargo.
- La acción directa del perjudicado frente al centro arbitral y, a su vez, la acción de resarcimiento de ésta frente a los árbitros.
- La exigencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

Lógicamente el precepto se refiere únicamente a la obligación del seguro respecto a la responsabilidad civil quedando excluidos otros tipos de responsabilidad, como la penal<sup>3</sup> o, en su caso, la posible responsabilidad disciplinaria del árbitro en el arbitraje institucional. En relación con la última, existen posturas discrepantes en la doctrina. Por un lado quienes consideran que la vinculación entre el árbitro y la institución administradora podría dar lugar a una responsabilidad disciplinaria y los que consideran que dicha vinculación no es suficiente título legitimador aunque podrían considerarse medidas de sanción indirecta como, por ejemplo, que la institución decida “vetar” al árbitro en relación con futuros nombramientos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Elena MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., pp.895-897 en relación con la responsabilidad penal del árbitro que renunciara a su cargo fruto de una actitud dolosa frente a una de la partes. También detalladamente sobre la responsabilidad penal, puede verse el estudio de José F. MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004, pp.201-206.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión con ulteriores referencias, véase, en la doctrina: Julio GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., pp.279 y ss; y MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.894. Dentro de las diversas “sanciones” que implementan los centros arbitrales destacan las indicadas en el estudio de campo realizado sobre la base de 22 respuestas de instituciones de todo el mundo: “The survey

El artículo 21.1 LA instaure así por mandato legal un seguro obligatorio de responsabilidad civil, que lógicamente se enmarca en los seguros de daños disciplinados en los artículos 73 a 76 Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (en adelante, LCS)<sup>5</sup>, que alcanza a los árbitros como sujetos obligados. Al mismo tiempo, como veremos, otros participantes en el procedimiento arbitral pueden ver alcanzada su responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados con ocasión de un arbitraje pero sin que se haya articulado una obligación legal de contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Es en este ámbito donde nuevamente puede tener entrada el seguro de responsabilidad civil aunque con un carácter voluntario.

El objetivo de este trabajo consiste en articular la estructura jurídica sobre la que se asienta el seguro de responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales, dejando fuera la posible contratación de una garantía equivalente<sup>6</sup>. No obstante

---

also discloses interesting information as to how Institutions enforce their quality control policies. About one third of the Institutions which participated in the survey (32%) do not officially provide any sanctions for the arbitrators' non-compliance with the Institutions' quality requirements. Most of the Institutions which do provide such sanctions allow for the replacement of an arbitrator in case of inadequate performance or for a refusal to re-appoint such arbitrator in a subsequent arbitration (55%). Only a small number of Institutions (23%) provide for reduction of arbitrators' fees in case of poor performance, a sanction which may be quite effective to ensure the maintenance of the required level of quality.

Less than one third of the Institutions (27%) included in the survey have in fact previously replaced an arbitrator for inadequate performance under their arbitration rules, predominantly due to delay in the Proceedings". Vid. Simone HOFBAUER/Michael BURKART/Lara BANDER/Mehtap TARI, Survey on Scrutiny of Arbitral Institutions. En *Arbitral Institutions Under Scrutiny*: ASA Special Series No. 40, JurisNet, LLC, 2013, pp.25-26.

<sup>5</sup> Se ubican dichos preceptos dentro del Título II de la LCS "Seguros contra daños", lo que contribuye a clarificar la cuestión en torno a la naturaleza jurídica de este seguro, existiendo por ello un gran concierto doctrinal en la materia, aunque existen diversas teorías que niegan que se trate de un seguro de daños. Sobre estas cuestiones puede verse María Ángeles CALZADA CONDE, *El Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil*. Madrid: Montecorvo, 1983, pp.79-94.

<sup>6</sup> Por garantía equivalente podría entenderse, por ejemplo, una depósito, póliza de caución, una garantía bancaria o aval a primer requerimiento, que es típicamente la que suele prestarse como equivalente al seguro. Vid. En general en relación con los seguros obligatorios: Eduardo PAVELEK, *Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento*. Cuadernos de la Fundación Mapfre, nº7. Madrid: Mapfre, 1992, p.7 y pp.8-9 diferenciando entre el SRC y el seguro de caución. Se ha mencionado específicamente en relación con el SRC obligatorio de los árbitros que pueden utilizarse como referencia las figuras que se mencionan en el art.529.3 LEC (Sergio GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.748); dicho precepto se refiere al dinero en efectivo y al aval a primer requerimiento.

Asimismo, en el ámbito de la administración concursal, donde legalmente se exige también un SRC o garantía equivalente, se ha señalado la inviabilidad de la garantía equivalente frente a la técnica aseguradora y ello por razones de coste, de la insuficiente disponibilidad de estos instrumentos con los que hacer frente a la exigencia legal, atendiendo a que el seguro permite transferir los costes al asegurador no sólo los indemnizatorios sino también otros relacionados como la asistencia jurídica y gestión del propio siniestro, y por último atendiendo a razones de temporalidad en cuanto a la vigencia del seguro o la garantía que no se compadece con los usos bancarios. Así acertadamente: Eduardo PAVELEK, *La garantía financiera obligatoria de los administradores concursales*, en *RC Circulación y Seguro*, 2013 (manuscrito cedido por el autor y actualmente en prensa), pp.1-2. Pues bien, resulta evidente que las anteriores razones pueden también aplicarse en el caso de la garantía equivalente impuesta por la Ley de Arbitraje, aunque la última de las razones expresadas no se

aun no siendo obligatoria la contratación de un seguro en todos los casos, en nuestra opinión, el auge de la técnica aseguradora, que despliega su influencia en ámbitos tan diversos como el jurídico, empresarial, familiar, etc, augura que los árbitros y las instituciones arbitrales se inclinarán por la contratación de un seguro que cubra sus eventuales responsabilidades civiles<sup>7</sup>.

La exigencia legal del seguro obligatorio que, sin duda, va a propiciar el auge del seguro en el campo de la responsabilidad civil arbitral contrasta con la escasa doctrina en esta área específica de la responsabilidad civil o del seguro. Idéntica consideración puede hacerse en relación con la jurisprudencia que es prácticamente nula en materia de responsabilidad civil de los árbitros o instituciones arbitrales.

Por si todo lo anterior no oscureciera suficientemente el panorama objeto de este estudio, deben añadirse otros factores que incrementan los problemas a los que se enfrenta el investigador en este campo. Así, por un lado, la falta de la proyectada regulación del seguro arbitral, lo que no impide desde luego considerar que la norma es de inmediata aplicación, si bien en relación con la cuantía asegurada deberán aplicarse, de momento, criterios flexibles y adecuados según los casos<sup>8</sup>, debiendo notarse que los límites cuantitativos que operan en las pólizas analizadas podrían no ser suficientes para arbitrajes comerciales<sup>9</sup>. Y, por otra parte, la exigua práctica de las compañías de seguro en relación con este campo específico, sin que se cuente

---

puede aplicar a falta de desarrollo reglamentario en esta materia. Señalan también la inviabilidad de la garantía financiera en el ámbito del SRC de la administración concursal: Gregorio y Ana DE LA MORENA, El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 2013, nº18, p.366 atendiendo sobre todo a razones de coste.

<sup>7</sup> No resulta de aplicación el artículo 636 del Código Penal (CP) puesto que, como veremos, el SRC obligatorio no se configura como condición o requisito para aceptar un arbitraje. Dicho precepto castiga a “Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses. No se considerará comprendida entre las actividades a las que se refiere el párrafo anterior la conducción de vehículos a motor y ciclomotores”.

<sup>8</sup> Se advierte en relación con la prima que una suma excesivamente elevada y desproporcionada sería desincentivadora para los árbitros y las instituciones arbitrales extranjeras: José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, Capacidad, Incompatibilidad con la función de mediador y SRC de los árbitros. En La Reforma de la Ley de Arbitraje de 2011. Director: Juan Damián Moreno. Madrid: La Ley, 2011, p.122.

<sup>9</sup> Así por ejemplo y en relación con los arbitrajes *ad hoc*, la póliza de RC del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que cubre también la actividad arbitral difícilmente proporciona una cobertura adecuada. Contrasta con las sumas mínimas aseguradas en relación con los administradores concursales que van desde 300.000 euros hasta 4 millones (art.8 del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales (BOE, nº241, 6 octubre 2012). Incluso véase la normativa proyectada en materia del seguro en la mediación donde el art.26 del Borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, elaborado por el Ministerio de Justicia, 31 julio 2012, se indica que dicha suma “será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga. En todo caso, la suma asegurada de la póliza de responsabilidad civil del mediador será como mínimo de 150.000 euros”.

con el sustento de las pólizas utilizadas en otros países, pues tampoco en el resto del mundo existe práctica aseguradora específica, lo que ha propiciado que las pocas pólizas que actualmente existen en el mercado español y que aseguran a los árbitros sean pólizas de SRC profesional de abogados que han tenido que ser ampliadas para incluir los servicios de arbitraje y mediación<sup>10</sup>.

Ello trae consigo, al menos, un doble problema: la inadecuación en algunos puntos de dicho seguro profesional al campo arbitral y el dato de que dichos seguros de por sí son en algunos puntos de su articulado una traducción literal de cláusulas anglosajonas por lo que algunas de ellas resultan extrañas a nuestro modo de concebir el Derecho y no se adecuan a las especificidades de nuestro ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

Sea como fuere, un ulterior elemento de reflexión puede realizarse en relación con la obligación legal de contratación de un seguro para los árbitros y que reside en los efectos, unas veces positivos y otros adversos, que esta obligación puede provocar entre los sujetos implicados en un arbitraje. Se podría pensar, por una parte, que esta obligación provocará una relajación en el cumplimiento por los árbitros de sus deberes arbitrales pues siempre existirá un seguro que cubrirá la posible responsabilidad por los daños que se puedan ocasionar.

También desde la perspectiva de los árbitros, esta exigencia legal y consecuencia de ello el miedo a posibles demandas de responsabilidad civil, sobre todo porque como veremos se introducen dudas en torno a los criterios de imputación de la responsabilidad por daño, podría provocar un efecto disuasorio en punto a la aceptación de arbitrajes, lo que, a su vez, podría llevar a una considerable disminución del elenco de profesionales dispuestos a asumir las tareas arbitrales<sup>12</sup>.

Se trata, sin embargo, de argumentos no sólo no contrastados con datos empíricos sino que además la realidad demuestra justamente lo contrario, ya que una gran mayoría de árbitros tanto en el plano nacional como en el internacional son al mismo tiempo abogados en ejercicio a los que se les aplican los estándares generales de responsabilidad contractual y pese a ello ejercitan su profesión.

---

<sup>10</sup> Por ello, no puede estarse de acuerdo con quienes han considerado que la exigencia de contratación de un SRC será superflua cuando el árbitro ostente una condición o desempeñe una profesión para cuyo ejercicio venga siendo requisito necesario el SRC: GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.748.

<sup>11</sup> Estos problemas se dan también en otros ámbitos como en el de las pólizas de seguro de D&O (*Directors & Officers*), como ha sido destacado por la doctrina mercantilista de forma unánime. Vid. Por todos: Ramón MORRAL SOLDEVILLA, Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles. RES, 2003, nº115, p.313.

<sup>12</sup> Nótese que el árbitro no es un profesional en el sentido estricto del término puesto que, como tal, la profesión de árbitro no existe, sin perjuicio de que existan profesionales del Derecho que prácticamente sólo desempeñan funciones arbitrales. Nos referiremos, pues, al árbitro como profesional en sentido amplio, y más concretamente como prestador de un servicio especializado relacionado con la labor de juzgar un conflicto o controversia entre partes mediante la emisión de un laudo. Todo ello hace que podamos incardinar al seguro obligatorio en el campo del arbitraje dentro del SRC profesional a los efectos de este estudio.

Enlazando lo anterior con el sistema privilegiado de responsabilidad de los árbitros, la doctrina se ha encargado de establecer las razones de política legislativa detrás de una regla basada en la inmunidad o cuasi inmunidad como la del art. 21.1 LA y que sintéticamente reside en que los árbitros al ejercer sus funciones deben poder hacerlo con total libertad e independencia sin posibles injerencias de las partes que pueden utilizar una posible reclamación de responsabilidad, incluso frívolamente, para presionar al tribunal arbitral<sup>13</sup>.

Se trataría de preservar la integridad del procedimiento arbitral para evitar que árbitros diligentes se vean intimidados ante la posibilidad de reclamaciones de responsabilidad de partes descontentas con el resultado del arbitraje<sup>14</sup>, lo que perjudicaría también a

---

<sup>13</sup> Vid. Mayores detalles: Jeff WAINCYMER, Part II. The Process of an arbitration. Chapter 5: selection, challenge and change of arbitrators. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012, pp.349-353; y Peter B. RUTLEDGE, Towards a contractual approach for arbitral immunity, Ga.L.Rev, 2004, nº39, pp.169-178 comentado los argumentos doctrinales a favor de la inmunidad aunque crítico con ellos. Dichos argumentos desde la perspectiva de política jurídica son: asegurar la independencia de los árbitros; evitar una litigación vejatoria; fomentar el mercado de árbitros; evitar la litigación colateral; y dotar de coherencia al principio del apoyo al arbitraje por parte de los poderes públicos. A ellos se une el argumento llamado funcional y que reside en la analogía entre los árbitros y los jueces por razón de la función jurisdiccional que los primeros realizan (id., David J. BRANSON/Richard E. WALLACE, Immunity of Arbitrators under United States Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.81 y ss; y RUTLEDGE, pp.166-169; aunque se ha cuestionado dicha función análoga: Christian HAUSMANINGER, Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform. Journal of International Arbitration, 1990, vol.7, nº4, pp.15-18, destacando que las diferencias entre los árbitros y los jueces deben llevar a que no se extienda indiscriminadamente el principio de la inmunidad judicial). Vid. También considerando el argumento funcional: comentario 1 a la sección 14 a) del *Revised Uniform Arbitration Act* (EEUU).

Nótese que una demanda frívola de responsabilidad podría ser sancionada como ya ha sucedido en la jurisprudencia francesa, véase: Eric ROBINE, The liability of arbitrators and arbitral institutions in international arbitration under French Law. Arbitration International, 1989, vol.5, nº4, pp.331-332.

Incluso se argumenta que por regla general las costas del proceso de responsabilidad civil contra el árbitro deberían imputarse al demandante que la presenta y pierde: HAUSMANINGER, p.34, citando el caso *Forum Insurance Company v. First Horizon Insurance Company*, 1989 WL 65041.

<sup>14</sup> Lo expone claramente la jurisprudencia en EEUU, por ejemplo en un caso contra la Cámara de Comercio Internacional: *United States District Court, S.D. New York. GLOBAL GOLD MINING, LLC, Petitioner, v. Peter M. ROBINSON, et al., Respondents*. No. 07 Civ. 10492(GEL), 6 febrero 2008, disponible en: Westlaw, 533 F.Supp.2d 442: "Such immunity "is essential to protect the decision-maker from undue influence and protect the decision-making process from reprisals by dissatisfied litigants." *Austern v. Chicago Bd. Of Options Exch., Inc.*, 898 F.2d 882, 886 (2d Cir.1990), quoting *Corey v. New York Stock Exch.*, 691 F.2d 1205, 1211 (6th Cir.1982); see also *Pfannenstiel v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, 477 F.3d 1155, 1158 (10th Cir.2007), quoting *New England Cleaning Servs., Inc. v. American Arbitration Ass'n*, 199 F.3d 542, 545 (1st Cir.1999). In order to protect the decision-making process, courts should be wary of "claim[s] [which], regardless of [their] nominal title, effectively seek to challenge [a] decisional act" made during the arbitration process. *Pfannenstiel*, 477 F.3d at 1159. That rationale extends equally to claims against arbitral administrative institutions, when they perform "functions that are integrally related to the arbitral process." *Austern*, 898 F.2d at 886. Nor does that rationale apply only to suits for damages. If administrative institutions such as the ICC or the ICC Court can be required to defend their decisions in the national courts of any country in the world, the expenses of defending such potentially far-flung suits could constrain their judgment, and

los elementos ventajosos del mismo: la celeridad, la inexistencia de apelación y la existencia de un amplio elenco de candidatos<sup>15</sup>. Incluso en las posiciones más alarmistas se dice que un sistema basado en la responsabilidad contractual podría llevar a la muerte del arbitraje<sup>16</sup>. A mayor abundamiento se ha entendido que la cuasi-inmunidad de los árbitros se ve compensada por la existencia de medios punitivos extra judiciales y “blandos” frente al árbitro poco diligente.

Se trata, sin duda, de argumentos de cierto peso, pero a nuestro juicio resultan también válidos otros razonamientos que pueden esgrimirse en sentido contrario sin que ello implique la sustitución de los criterios generales de imputación de la responsabilidad presentes en nuestro sistema jurídico<sup>17</sup>.

Incluso se ha mantenido que la forma de evitar la llamada “litigación vejatoria”, que es uno de los argumentos a favor de la inmunidad de los árbitros, reside en el establecimiento de un mercado de SRC<sup>18</sup>.

En el fondo del problema están nuevamente los diversos criterios de imputación legal: si se opta por una sistema de total inmunidad para los árbitros y las instituciones arbitrales, el riesgo de posibles daños recae íntegramente en las partes, mientras que si se opta por un sistema general de responsabilidad civil, el riesgo lo habrán de soportar los árbitros, que habrán de contratar un SRC con los problemas que, se dice, ello puede generar: desde la inexistencia de un mercado de seguro hasta los derivados de la

---

increase the costs of arbitration procedures, every bit as much as potential liability for damages. The real parties in interest to litigate the question of arbitrability are the parties seeking and resisting arbitration, not the arbitrators or arbitral administrators, whose role is solely to render neutral judgment. Any action to ask this or another court “whether or not there is a binding arbitration agreement” must be brought as a motion to compel arbitration against the party resisting arbitration”.

<sup>15</sup> Estas son las razones principales por las cuales se aboga que los árbitros gocen de inmunidad al estilo de los jueces: así Susan D. FRANCK, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*. New York Law School Journal of International and Comparative Law, 2000, n°20, pp.10-11, considerando que se reduciría el número de profesionales dispuestos a aceptar arbitrajes si no existiera inmunidad. De hecho la autora propone el siguiente modelo de artículo para ser incluido en las legislaciones (id., p.23):

“Proposed Statute: Qualified Immunity for International Arbitrators:

Generally, International Arbitrators shall be immune from civil liability to parties to the arbitration agreement for anything done or omitted to be done in their capacity as arbitrators, except as qualified in section (2). Exceptions. (a) An arbitrator shall be liable if she/he unjustifiably fails to render an arbitral award. (b) An arbitrator shall be liable for bad faith conduct done in his/her capacity as an arbitrator. Bad faith conduct may involve an intentional act that is based upon, but not limited to, fraud or corruption”.

<sup>16</sup> A la desaparición del arbitraje se refiere este sector de la doctrina, véase: Thomas CLAY, *L` arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p.707.

<sup>17</sup> De acuerdo también: Karl PÖRNBACHER/Inken KNIEF, *Liability of Arbitrators –Judicial Immunity versus Contractual Liability*. CYArb, 2012, n°2, p.222.

<sup>18</sup> Vid. RUTLEDGE, pp.172-173; y siguiendo a este autor: Emmanuela TRULI, *Liability v. Quasi-Judicial Immunity of the Arbitrator: The Case Against Absolute Arbitral Immunity*. *The American Review of International Arbitration*, 2006, vol.17, n°3, p.395.

negociación de cláusulas de exoneración<sup>19</sup>, por lo que finalmente la conclusión que se impone es que los árbitros trasladarán el precio del seguro a las partes; se llega así a idénticos resultados con independencia de si se sigue un sistema de exoneración total de responsabilidad o uno basado en la culpa, con la diferencia que en el sistema basado en la culpa aumentará la litigiosidad en relación con la responsabilidad civil, y a consecuencia de ello se incrementará la carga judicial y disminuirá el interés de los árbitros por realizar arbitrajes<sup>20</sup>.

Sin embargo, lo anterior pierde de vista otros fundamentos que han sido privilegiados por el legislador a la hora de imponer el SRC obligatorio y que son tan dignos de protección como los anteriores. La exigencia del seguro, desde la perspectiva de los usuarios, puede ser un elemento beneficioso y atractivo de cara a una mayor utilización de este medio de resolución de disputas, haciendo de España la tan deseada sede internacional que pretende nuestro legislador. Éstos pudieran ser los fundamentos a los que se refiere el legislador de la Ley 11/2011 en su Exposición de Motivos al indicar que con la exigencia del SRC se incrementa tanto la seguridad jurídica como la eficacia de los procedimientos arbitrales. Exigencias de profesionalidad para los árbitros y las instituciones que supone un paso decidido para mejorar los servicios y aumentar la calidad en el mundo arbitral por medio de la obligatoriedad del SRC<sup>21</sup>.

El seguro debe verse también como un elemento beneficioso para los árbitros y si bien la existencia de posibles demandas es un riesgo que estará siempre presente, se contará con el respaldo de un seguro que cubra eventuales responsabilidades de los árbitros o de las instituciones, así como los gastos de defensa. De esta forma, ligar la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones a la esfera contractual en cuanto a los criterios de imputación se refiere<sup>22</sup> sin establecer, como sucede ahora mayo-

---

<sup>19</sup> La relación entre el seguro y los diversos sistemas de responsabilidad ha sido expuesta por: HAUSMANINGER, pp.20-22.

<sup>20</sup> Los argumentos en HAUSMANINGER, p.21, cuya conclusión es clara pero errónea desde nuestro punto de vista: "The fear of unpleasant civil liability suits also explains why arbitrators are, under current U.S. law, probably not prepared to waive their judicial granted immunity in Exchange for a liability insurance system".

<sup>21</sup> En este punto merece la pena recomendar al lector la lectura de la situación del arbitraje administrado en España desde su implantación y hasta la actualidad, finalizando el autor con la necesidad de una redefinición del sector en el que no deberían descartarse fusiones entre instituciones arbitrales y descartando, pues, la creación de más Cortes: Jesús DE ALFONSO, El mercado de las instituciones arbitrales en España: una estructura necesitada de reforma. Arbitraje, 2013, vol.VI, nº1, p.26.

<sup>22</sup> No se trata pues de mantener que debe abandonarse la regulación legal en favor únicamente de la contractual como sí hacen algunos autores (RUTLEDGE, p.156: "Arbitrators, in cases of voluntary submission of disputes, should not be entitled to any form of legal immunity. Instead, any limit on or waiver of the arbitrator's liability should come in the form of a contractual release – either adopted in the parties' arbitration agreement or negotiated between the parties and the arbitrator"; id., pp.191 y ss, desarrollando el modelo contractual que defiende).

Antes al contrario, a nuestro juicio, la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones debe regularse a nivel legal en las leyes de arbitraje, pero sin otorgar privilegios a dichos operadores como sucede contrariamente de forma mayoritaria en el panorama actual de las leyes de arbitraje, al tiempo que se

ritariamente en las legislaciones arbitrales, un estatus privilegiado para los árbitros fomentaría un comportamiento diligente y cuidadoso en la prestación del servicio arbitral<sup>23</sup>. Así se ha considerado acertadamente que la responsabilidad por culpa ayuda a extremar el rigor en el desempeño de las tareas arbitrales, lo que podría perderse si existiera una inmunidad de los árbitros; de ahí claramente la conveniencia de contratar un SRC<sup>24</sup>. Se trataría, además, de un potencial instrumento de negociación de los honorarios de los árbitros, pudiendo éstos ser diferentes dependiendo de los acuerdos en materia de responsabilidad que se alcancen entre las partes y los árbitros<sup>25</sup>.

No incidiremos más en los múltiples argumentos y aristas que presenta esta cuestión, por otra parte de difícil solución pues depende en gran medida de la inclinación que se tenga acerca del arbitraje y su naturaleza, que no es novedosa o específica del arbitraje<sup>26</sup>, sino que se ha dado con cierta intensidad también en otros ámbitos, aunque pueden existir ciertas diferencias cuando se ha planteado la exigencia o conveniencia de los SRC y que además requiere acudir a su análisis desde otras perspectivas no estrictamente relacionadas con el ámbito jurídico como la económica<sup>27</sup>.

---

acompañe dicho régimen de responsabilidad con una buena cobertura mediante un contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil. Dejar en manos del mercado esta cuestión, como propone el citado autor, no es algo nuevo (*infra*, apartado IV), resultando a nuestro juicio peor el remedio que la enfermedad, ya que la experiencia demuestra que de ese modo se llegó a un modelo basado en la total exoneración de responsabilidad en detrimento de los usuarios del arbitraje lo que precisamente propició la necesidad de intervención legislativa; ejemplo paradigmático en esta materia es el desarrollo de los reglamentos y legislación arbitral en el derecho inglés.

<sup>23</sup> En este sentido: PÖRNBACHER/KNIEF, p.221.

<sup>24</sup> David ARIAS, Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. David Arias (coordinador). Thomson-Aranzadi, 2005, pp.225-226, considerando además que los árbitros, como todo profesional, deberían contar con un SRC, e indicando que la norma sobre responsabilidad del art. 21 LA puede ser un elemento poco atractivo para elegir España como sede de arbitrajes internacionales. También considerando la posible contratación de un SRC voluntario por las instituciones a favor de los árbitros antes de la reforma del art. 21: Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, Artículo 21. Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje. Director: Vicente Guilarte Gutiérrez. Valladolid: Lex Nova, 2004, p.386. En un plano internacional: PÖRNBACHER/KNIEF, p.222.

<sup>25</sup> Lo mantienen PÖRNBACHER/KNIEF, p.221, siguiendo a la doctrina estadounidense (*id.*, p.220).

<sup>26</sup> Recientemente se ha reproducido intensamente la cuestión al hilo de la modificación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010) al introducir una nueva norma sobre la responsabilidad de los árbitros y los centros arbitrales. Referencias a las discusiones en: A/CN.9/646, n°38-45, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), e *infra* apartado 4.1.

<sup>27</sup> Me remito a la doctrina mercantilista que ha tratado el tema en relación con los administradores sociales y la perspectiva desde el Análisis Económico del Derecho. Vid. Aurora CAMPINS VARGAS, Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Altos Cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro. RDM, 2003, n°249, pp.984 y ss con ulteriores referencias.

La discusión se reproduce también en el ámbito del poder judicial. Vid: M<sup>a</sup> Luisa ATIENZA NAVARRO, La responsabilidad civil del juez. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, pp.20-30, girando en torno a la independencia de los jueces y su relación con la responsabilidad, de tal modo que existen básicamente dos formas de enfocar la cuestión: independencia y responsabilidad no son conceptos antagónicos sino armónicos, de ahí que la imputación de responsabilidad al juez no cuestiona su independencia; o la posición que entiende que

No obstante, señalar a nuestro juicio un factor que mitigaría en cierto modo la polémica en torno a la responsabilidad de los árbitros si al menos se llegara a un mínimo común: deberían quedar fuera del juicio de responsabilidad los supuestos en los que el árbitro ejercita su libertad de enjuiciamiento o de criterio, lo que ampararía el derecho a equivocarse<sup>28</sup>. Nos parece que precisamente ésta es la posición seguida por la STS 22 junio 2009 (JUR 4703) al considerar la responsabilidad civil de los árbitros:

“Desde el punto de vista negativo, la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta, la aceptación de la posibilidad de error que lleva consigo el convenio arbitral si en él no se establece un sistema de revisión de la decisión arbitral y el carácter del árbitro como persona no dedicada profesionalmente al ejercicio de la potestad jurisdiccional”<sup>29</sup>.

## II. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU REGULACIÓN EN LA LCS

Dentro del marco del presente trabajo resulta obligado realizar unas breves y generales consideraciones sobre el SRC en la LCS.

La exigencia obligatoria de un seguro a los árbitros como una modalidad de seguro de responsabilidad civil que nace en el siglo XXI implica necesariamente recurrir a la normativa general del SRC, que nace en el siglo XIX aunque su verdadero éxito y

---

la independencia resultaría perjudicada si se pudiera imputar la responsabilidad personal al juez, de ahí que se hable de una total exoneración. Vid. Asimismo: Luis SANZ ACOSTA, Responsabilidad Civil Judicial. En La responsabilidad personal del juez. AAVV. Thomson-Civitas, 2008, pp.104-108.

<sup>28</sup> En este sentido: Bernardo CREMADES, El arbitraje en el siglo XXI. Diario La Ley, 1990, tomo 4, p.1184. La Ley 16495/2001, p.3; id., La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1990, p.15; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, p.4223; MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.898; GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, pp.284-285 refiriéndose al “derecho a equivocarse de buena fe” del árbitro; Fernando DE TRAZGENIES, Responsabilidad de los árbitros. En Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Vol.18 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Director Jorge Luis Collante González. Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp.928-930, abogando porque sólo se responda en los casos más graves de dolo o culpa inexcusable (en este sentido: Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO, Arbitraje. Editorial Porrúa: México, 2011, pp.476-479). También se refiere al derecho del árbitro a equivocarse: Jesús OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.938 considerando, además, que el art.41.1 LA parece acoger, aunque limitadamente, el fundamento de la inmunidad de los árbitros que caracteriza a las legislaciones del *Common Law*.

<sup>29</sup> En el caso en cuestión se trataba de un arbitraje en equidad. Sin embargo, los criterios deberían ser más estrictos en los arbitrajes de Derecho pues los árbitros son profesionales que conocen o deberían conocer los principios y fundamentos esenciales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico tanto sustantivo o material como procedimental.

desarrollo se produce a lo largo del siglo XX, particularmente en su segunda mitad<sup>30</sup>; razón por la cual no se hallaba regulado en el Código de Comercio vigente (1885) y su incorporación normativa se produjo directamente en la LCS en 1980 específicamente en los artículos 73-76 LCS. Sin embargo, el SRC aunque conceptualizado como un seguro de daños, presenta características especiales que no son abordadas en el articulado de la LCS, lo que ha propiciado que las aseguradoras hayan desarrollado convencionalmente un conjunto de cláusulas que incorporadas al contrato perfilan las inconcreciones y carencias de la normativa de la LCS<sup>31</sup>.

Su razón histórica reside en la necesidad de proteger a las víctimas frente a los riesgos<sup>32</sup> de la industrialización y mecanización lo que dio paso a un seguro voluntario de responsabilidad civil, al amparo del principio de libertad contractual y posteriormente de un seguro obligatorio en determinados ramos como los laborales, de automóvil<sup>33</sup>, profesionales sanitarios<sup>34</sup>, de caza, etc.

El SRC obligatorio arbitral es, sin embargo, un seguro que no responde en sus fundamentos a otros SRC obligatorios como los recién indicados sino que responde más en su fundamentación a otros seguros de responsabilidad civil profesional o de prestadores

---

<sup>30</sup> El lector interesado encontrará suficientes referencias históricas en Ricardo ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa*. Madrid: Montecorvo, 1977, pp.144-156; y CALZADA CONDE, *El seguro voluntario*, pp.23.

<sup>31</sup> Así se pronuncia Eduardo PAVELEK, *La suma asegurada en el seguro de responsabilidad civil*. Derecho de Daños. Coordinador: Mariano J. Herrador Guardia. Pamplona: Aranzadi, 2013, apartado 1 (en prensa).

<sup>32</sup> Como indica claramente el maestro Joaquín GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*. Madrid, 1973, p.13: "El seguro es el antídoto o el anticuerpo del riesgo".

<sup>33</sup> Como se fundamentaba en la Exposición de Motivos de la Ley sobre Uso y Circulación del Automóvil de 24 diciembre 1962 la imposición obligatoria del seguro reside en el incremento de la utilización de vehículos automóviles y el número de víctimas y daños que ello provoca. Sobre el Seguro obligatorio de automóviles y las disfunciones que creó su introducción: María José MORILLAS JARILLO, *El Seguro del Automóvil: El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*. Barcelona: Bosch, 1992, pp.86 y ss.

<sup>34</sup> El artículo 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, BOE, núm. 280, 22 noviembre 2003 (Cobertura de responsabilidad) señala que: "Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector. En el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación".

Vid. También: art.36 Real Decreto 29/2000 de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud. BOE, núm. 21, 25 enero 2000, que exige que: "El personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el presente Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos".

de servicios, como el recientemente instaurado para los administradores concursales, compartiendo alguno de los problemas jurídicos que se dan en el campo de los SRC profesionales.

Sin embargo, el SRC obligatorio para los árbitros se aparta de las categorías tradicionales en que se agrupan los SRC obligatorios sin que pueda ser incorporado en ninguna de ellas. La doctrina clasifica a dichos seguros en: a) seguros obligatorios típicos que están basados en una régimen especial de responsabilidad civil objetiva (automóvil, caza, etc); y b) seguros de “obligatoria suscripción” para aquellas “actividades” clasificadas para cuyo ejercicio se requiere la obtención de un carnet, la concesión de una autorización, la inscripción en un registro, la admisión en una asociación, etc<sup>35</sup>.

No se trata de proteger a la víctima frente a los riesgos de la sociedad industrial y del maquinismo, ni tampoco de un instrumento en pro de la solidaridad o justicia social<sup>36</sup> sino de potenciar, por una parte, a España como sede de arbitrajes internacionales otorgando garantías a los potenciales usuarios, y de otra fortalecer el uso cada vez mayor del arbitraje, llamando nuevamente la atención a sus potenciales usuarios acerca de las garantías que se ofrecen. Como indicó en su día el maestro URÍA la mejor protección que se puede otorgar a los perjudicados por un daño estriba en la imposición obligatoria de un seguro<sup>37</sup>, lo que no quiere decir que se desnaturalice el mismo pues sigue siendo un SRC en el que el interés que se protege es el del responsable del daño. Como se ha señalado también muy acertadamente, la finalidad del SRC es mantener indemne el patrimonio del asegurado de las consecuencias económicas ligadas a su eventual responsabilidad civil<sup>38</sup>, sin perjuicio también de que la imposición obligatoria del seguro deba buscar su fundamentación en la ampliación del campo de la RC y su evolución dirigido a la protección del perjudicado<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> PAVELEK, Los seguros, p.2.

<sup>36</sup> La función de solidaridad de los SRC ha sido destacada por la doctrina en relación con los seguros obligatorios. Vid. Por ejemplo: Gabriel A. STIGLITZ, Daños y perjuicios. Buenos Aires: La Rocca, 1987, pp.85 y ss; Francisco SOTO NIETO, El Seguro Obligatorio y el Seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias. Boletín núms.1788-189, p.9 (disponible en [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)) *con particular atención en el seguro de automóvil*; y Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 75. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, p.1373, aunque acertadamente considerando que no necesariamente debe verse dicha función en todos los casos de seguros obligatorios.

<sup>37</sup> Rodrigo URÍA, Problemas fundamentales del seguro automovilístico de la responsabilidad civil. Actas del Coloquio sobre el seguro obligatorio de automóviles. Bilbao, 1963, p.23.

<sup>38</sup> M<sup>a</sup> Ángeles CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2005, p.21.

<sup>39</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 75, p.1374. Id., CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, pp.121-123. Se afirma así que la filosofía que inspira la creación de los SRC obligatorios es “la creación de patrimonios responsables que puedan afrontar desde teóricas posiciones de seguridad y solvencia la reparación de los daños causados por determinadas profesiones o actividades reputadas como peligrosas, susceptibles de producir daños de especial gravedad y/o con una cierta frecuencia” (Claudio I. LÓPEZ-

Al mismo tiempo, y aunque el SRC profesional no responda en sus fundamentos al origen de la institución, lo cierto es que el SRC ha sido capaz de adaptarse y moldearse en función de los avances experimentados por la sociedad en su conjunto: un incremento, intensificación y masificación de los servicios prestados por los profesionales, una mayor cultura de los usuarios de los servicios profesionales y la concienciación de que los profesionales no son una “casta intocable” y que no siempre actúan con la diligencia que le es requerida, ha elevado el número de demandas de responsabilidad civil frente a los mismos. Ello ha provocado que incluso en aquellos ramos profesionales donde el seguro es voluntario, los profesionales, representados por sus respectivos colegios, han establecido la obligatoriedad o cuando menos la conveniencia de la contratación de un SRC.

Utilizando la definición clásica en este ámbito<sup>40</sup> podemos considerar que el seguro de responsabilidad civil de los árbitros e instituciones arbitrales es un contrato por el cual el asegurador se compromete a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de una deuda de responsabilidad civil (art.73 LCS)<sup>41</sup>, esto es, cubre la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados por el árbitro o por los centros de arbitraje en el desarrollo de su función arbitral<sup>42</sup>. De tal forma que el SRC de árbitros y de

---

COBO, El Seguro de Responsabilidad Civil. Fundamentos y Modalidades. Madrid: Nacional de Reaseguros, S.A., 1988, p.110).

<sup>40</sup> El SRC ha sido definido por GARRIGUES, p.427 como “el seguro contra el riesgo de quedar gravado el patrimonio por una obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil del tomador del seguro”; y por CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, p.18 como: “el seguro por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, al pago a los terceros de las indemnizaciones a que venga obligado el asegurado como civilmente responsable de los daños ocasionados a aquellos, relativos a la específica responsabilidad prevista en el contrato y, con carácter general, derivados de un hecho ocurrido durante la vigencia del mismo, así como a asumir la dirección jurídica de la defensa frente a la reclamación de los terceros, los gastos que ello ocasione y el depósito de las correspondientes fianzas”.

<sup>41</sup> Precepto que establece la noción del SRC en nuestro ordenamiento en su primer inciso: “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”. El art.592-44 del Proyecto de Código Mercantil (2013) elaborado por la Sección II de la Comisión General de Codificación establece la siguiente definición: “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato y producido durante su vigencia de cuyas consecuencias el asegurado sea civilmente responsable”. Indica la Exposición de Motivos VI-150 del proyectado Código Mercantil que entre las modificaciones destacan las relacionadas con el SRC y particularmente “la introducción de novedades absolutamente necesarias que afectan a la acción directa”, lo cual no extraña porque el vigente precepto de la LCS (art.76) ha sido considerado por la doctrina como “confuso y poco afortunado” (Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/ Aranzadi, 2005, p.1389).

<sup>42</sup> La definición más próxima la encontramos en relación con el mediador. El art.24 (Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil del mediador) establece que: “Todo mediador deberá contar con

instituciones arbitrales les cubrirá de los posibles daños patrimoniales que puedan surgir cuando como consecuencia de su actuación/omisión en un arbitraje resulten obligados al resarcimiento de los daños causados<sup>43</sup>. La obligación de resarcir los daños viene precedida de la reclamación que un tercero realiza en vía judicial/arbitral o extrajudicial; reclamación que genera unos gastos de defensa que también se enmarcan dentro del riesgo a indemnizar por el asegurador en este tipo de seguro (art.74 LCS).

El riesgo en el seguro que aquí contemplamos, como en cualquier otro, es un elemento esencial del mismo (art.4 LCS). El riesgo consiste en el posible daño que puede provocarse por la acción u omisión dolosa o culposa del árbitro<sup>44</sup> si consideramos la responsabilidad como extracontractual o por el incumplimiento total o defectuoso de la conducta que es debida si consideramos que la relación es contractual. En todo caso, el SRC tiene como finalidad la indemnidad patrimonial del tomador o del asegurado, en nuestro caso, el árbitro, que incurrirá en responsabilidad civil y en obligación de resarcir. De ahí que siguiendo a la más autorizada doctrina el siniestro no puede equipararse al daño, ya que éste se produce con posterioridad al siniestro. El riesgo cubierto será, por lo tanto, el que derive de la actuación de administrar el arbitraje por parte de las instituciones o de la encomienda arbitral en el caso de los árbitros. La LCS exige en su art.8.3 que la póliza del contrato contenga, como mínimo, la indicación relativa a “la naturaleza del riesgo cubierto”, por lo que en definitiva se exige precisión en torno al riesgo que se cubre. No obstante, en el ámbito del SRC es posible realizar descripciones de tipo más genérico en atención al principio de universalidad por lo que quedarían cubiertos los riesgos que de forma genérica pueda sufrir el interés asegurado.

---

un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”. Vid. Art.24 del Borrador de Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, elaborado por el Ministerio de Justicia, 31 julio 2012. Por su parte el art.25 del citado texto proyectado se refiere a la cobertura del SRC señalando que: “El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente del mediador comprenderá la cobertura de los daños y perjuicios por sus actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de las partes y que supongan una infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, así como los derivados de error profesional o la pérdida o extravío de expedientes o documentos de las partes”.

<sup>43</sup> De esta forma se considera que el SRC es un seguro de deuda. Efectivamente ésta es una de las funciones principales que asume este tipo de seguro, lo que no implica que no pueda compartir otras funciones como la liberatoria, la preventiva del daño o la de protección del perjudicado. Por la tesis del SRC como un seguro de deuda se inclinan, entre otros, José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, La acción directa contra el asegurador en el proceso civil. Madrid: Estudios Trivium, 1996, pp.30-33, considerando que esa es la función principal, si bien los efectos del mismo se despliegan frente a terceros, y por ello conceptúa el SRC como “un contrato en beneficio del responsable, con una eficacia respecto de terceros”.

<sup>44</sup> No entramos en las diversas tesis que se manejan en la doctrina jurídica en torno al siniestro. No obstante sobre esta cuestión volveremos sintéticamente: *infra* capítulo IV, apartado 2.2.

En relación con la Ley de Arbitraje y la exigencia de contratación de un seguro resalta lógicamente el que se trate de un seguro obligatorio<sup>45</sup> de daños<sup>46</sup>, aunque el daño en el SRC dista del daño que se produce en otros tipos de seguros, como el de incendio, robo, etc, lo que ha llevado a que la doctrina se plantee la adecuación de las normas de la LCS sobre el seguro de daños al SRC. Particular problemática se desprende de la definición o conceptualización del daño en el SRC. Sea como fuere, el SRC se conceptualiza también como un seguro de patrimonio pues el interés asegurado<sup>47</sup> alcanza al

---

<sup>45</sup> La LCS parte de la voluntariedad del contrato de seguro. El art.75 LCS se refiere también a la posible exigencia de un SRC obligatorio para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. El precepto continúa indicando que: “La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente”. Además de ello, numerosas normas tanto a nivel estatal como autonómico exigen para determinadas actividades o profesiones la contratación de seguros obligatorios, por lo que puede decirse que se ha utilizado poco la vía del art.75 (SÁNCHEZ CALERO, Artículo 75, p.1378). Por su parte, y atendiendo a lo anterior, de forma más correcta el art.592-46 del Proyecto de Código Mercantil (2013) se refiere a los seguros obligatorios con la siguiente redacción: “1. En los supuestos que una disposición legal imponga la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de una determinada actividad o profesión deberá fijar los límites de la suma asegurada. 2. Las disposiciones específicas establecidas, en su caso, respecto a la regulación de cada seguro obligatorio, prevalecerán sobre lo dispuesto en este Código que se aplicará con carácter subsidiario”.

<sup>46</sup> El SRC ha sido calificado como un seguro contra daños *peculiar*. GARRIGUES, p.428. Debe resaltarse en la definición legal el carácter indemnizatorio, que es un principio básico en los seguros de daños. Vid. Pablo GIRGADO PERANDONES, El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado. Granada: Comares, 2005, espec., pp.147 y ss, con un detallado estudio sobre el mismo.

CALZADA CONDE, El seguro voluntario, pp.210-212 considera que bajo la definición del art.73 LCS y en concreto en relación con la prestación a que el asegurador se obliga (cubrir el riesgo) cabe tanto la prestación indemnizatoria como la relativa a la evitación del daño (función preventiva, lo que le lleva a conceptualizar el SRC como un seguro preventivo del daño de responsabilidad civil), siendo ésta la que considera más aceptable aunque sin dejar de reconocer que su finalidad es la misma que los seguros de daños y, en consecuencia, se somete también al principio indemnitario (id., p.219). Id., El Seguro de responsabilidad, pp.14-17, acentuando la función del SRC como seguro preventivo del daño del asegurado.

Por otra parte, la función disuasoria juega un importante papel en la redefinición del sistema de responsabilidad civil. Véase: Adolfo DI MAJO, La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente. En Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011, p.3; y Francesco D. BUSNELLI, La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile. En Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011, pp.37 y ss. Particularmente en el ámbito de la responsabilidad civil profesional como lo destaca: Massimo FRANZONI, L'Antigiuridicità del comportamento. En Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011. p.90. Entre nosotros últimamente considerando forzada la tesis de la función disuasoria o preventiva en el derecho español: Juan Miguel OSSORIO SERRANO, Lecciones de Derecho de Daños. Madrid: La Ley, 2011, pp.24-25.

<sup>47</sup> Definido mayoritariamente como la relación entre el asegurado y su patrimonio presente y futuro: CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.42-46. En el caso del seguro arbitral no resulta fácil valorar el interés por su propia indeterminación y de los daños que se puedan ocasionar. De ahí que será la suma asegurada pactada en la póliza la que determine el importe que el asegurador se obliga a cubrir y que

patrimonio del asegurado en su conjunto, presente y futuro y no a un bien singular y concreto. Asimismo, se ha considerado que el SRC es un seguro concreto de necesidad por oposición a los seguros de indemnización presunta o de abstracta cobertura puesto que cubre el daño efectivamente producido<sup>48</sup>.

Además de las disposiciones legales (artículos 73 a 76 LCS), el SRC se rige por las condiciones pactadas por las partes. La póliza<sup>49</sup> es el documento que recoge los términos generales, particulares o especiales del contrato de seguro y, por lo tanto, el instrumento que recogerá las obligaciones y deberes de las partes en cumplimiento de la obligación legal impuesta a los árbitros y a las instituciones administradoras. No entraremos en los detalles específicos de las pólizas de responsabilidad civil en cuanto a su estructura, formalización y perfección en la medida en que en el ámbito del tipo de seguro que estamos analizando se siguen las reglas generales, aunque sí incidiremos en todo aquello que suponga una especialidad frente a los principios generales, como sucede por ejemplo en relación con las exclusiones del riesgo pactadas en la póliza, así como el cumplimiento de los ámbitos territorial y temporal de aplicación del contrato de seguro.

En este punto se ha de tener presente que las condiciones pactadas variarán en función de si el seguro se realiza con los árbitros individualmente considerados o con las instituciones arbitrales en nombre de los árbitros pues el poder de negociación podría resultar diferente. En relación con lo anterior, debe determinarse si estamos en presencia de un seguro de grandes riesgos, pues éstos pueden sustraerse de las normas imperativas de la LCS. Es difícil que un árbitro alcance los umbrales previstos en la LCS (art.107.2 LCS) y que permite incluir al seguro dentro de los calificados como grandes riesgos, aunque podría suceder en el caso de algunas instituciones administradoras,

---

no necesariamente podría cubrir el total del daño que pueda sufrir el asegurado. Sea como fuere el interés asegurado en el SRC de los árbitros se concreta de forma teórica en el patrimonio presente y futuro del árbitro, aunque el seguro sea por cuenta de la institución arbitral en el caso de arbitrajes administrados, y en el caso del SRC de las instituciones arbitrales el interés asegurado es también su patrimonio presente y futuro.

<sup>En</sup> relación con el interés asegurado, elemento esencial del contrato, se discute por la doctrina si ha de identificarse con el objeto o con la causa del contrato. Vid. Sucintamente: Manuel BROSETA PONT/Fernando MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, 2011, 18ª ed., pp.373-374, que se inclinan por considerar que el interés y el riesgo son la causa del contrato de seguro, considerando que el objeto viene configurado por las obligaciones de las partes. Frente, como apuntan los autores, a la doctrina clásica que entiende que ya que el riesgo es el objeto (Vivante) o lo es el interés asegurado (Garrigues y Uría).

<sup>48</sup> MORRAL SOLDEVILLA, p.318.

<sup>49</sup> Las propias pólizas suelen proporcionar una definición. Se entiende por póliza “Este documento junto con las condiciones generales, condiciones particulares, así como la correspondiente solicitud de seguro”. En otra de las examinadas se define como: “El documento que contiene las condiciones reguladoras del seguro. Forman parte integrante de la póliza: La Ley de Contrato de Seguro, como Condiciones Generales, las presentes Condiciones Especiales, las Particulares, que individualizan el riesgo y los Suplementos que se emitan a la misma”.

Sobre las diversas funciones y la naturaleza jurídica de la póliza, puede verse: Abel B. VEIGA COPO, Condiciones en el contrato de seguro. Granada: Comares, 2008, 2ª ed., pp.76 y ss.

particularmente si se trata de Administraciones Públicas, que voluntariamente contraen el seguro por cuenta de sus árbitros<sup>50</sup>. No obstante y aunque se pueda dar la circunstancia de que un concreto tomador supere los umbrales previstos en la LCS para los seguros por grandes riesgos se ha de recordar que existen determinadas normas de obligado cumplimiento como la relativa al contenido mínimo de la póliza (art.8 LCS).

Como particularidad en este ámbito resalta, que además de la acción directa frente a la institución arbitral que proclama la Ley de Arbitraje (art. 21.1 LA), la LCS consagra la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora (art.76 LCS). La acción directa en el SRC constituye uno de los elementos fundamentales del mismo, habiéndose generalizado el derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador en todo el contrato de SRC<sup>51</sup>.

### III. FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DEL SRC EN EL ÁMBITO ARBITRAL

En claro contraste con otros ámbitos de los profesionales donde el auge del SRC viene dado por un endurecimiento legal del régimen de responsabilidad, como sucede por ejemplo en relación con los administradores de las sociedades de capital<sup>52</sup>, o los administradores concursales donde en éste último caso también recientemente se les requiere la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente<sup>53</sup>, la exigencia normativa de un seguro de responsabilidad civil para los

---

<sup>50</sup> Curiosamente en la póliza contratada por una conocida institución española de arbitraje sólo el seguro de segunda capa es el que se somete al régimen de grandes riesgos. En este caso, debe tenerse en cuenta que estricto sensu el tomador es una Cámara de Comercio y no la Corte de Arbitraje en sí misma, por lo que previsiblemente se habrán tomado en cuenta los umbrales en función del balance, el importe neto del volumen de negocios y el número de empleados de la propia Cámara.

Se refiere al SRC de las Administraciones Públicas como un seguro de grandes riesgos por regla general: Alejandro HUERGO LORA, *El Seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, p.98.

Los seguros por capas se utilizan, como indica PAVELEK, *La suma asegurada*, apartado 13, en los SRC de grandes grupos industriales, del sector de la construcción, en el seguro D&O, en los programas internacionales y en general en los riesgos que requieren elevadas sumas aseguradas y consiste en suscribir varias pólizas con la misma o diferentes entidades por tramos o capas.

<sup>51</sup> Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, p.1291, y Artículo 76, p.1400. *Infra* apartado V, y capítulo IV, apartado 5.2.

<sup>52</sup> Vid. Poniendo en relación la expansión del SRC con el agravamiento legal de la responsabilidad civil de los administradores desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 al Texto Refundido de 1989, y sobre todo después de ésta. Por todos en la doctrina mercantilista con ulteriores citas: Antonio RONCERO SÁNCHEZ, *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo)*. Pamplona: Aranzadi, 2002, pp.19-35. El autor incluso propone que se trate de un seguro obligatorio por esa correspondencia con el agravamiento de la responsabilidad (id., pp.61-62).

<sup>53</sup> Vid. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE, nº245, 11 octubre 2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2012 (art.29).

Sobre el seguro en este ámbito véase considerando el acierto del legislador: Vicente MAGRO SERVET,

árbitros no se acompaña de una agravación en su responsabilidad. No obstante lo indicado, se ha de observar que no existe una correspondencia automática entre la imposición de un seguro obligatorio y un severo régimen de responsabilidad<sup>54</sup>, el cual podría, incluso, llegar a una responsabilidad de tipo objetivo, pero sí que es cierto que la expansión de los SRC obligatorios incide directamente tanto en el incremento de los supuestos de responsabilidad como en su estructura<sup>55</sup>.

Antes al contrario, el estándar de responsabilidad de los árbitros no ha variado un ápice desde la aprobación de la Ley de Arbitraje en 2003. Sin embargo, la reforma de mayo de 2011 en la Ley de Arbitraje ha venido a exigir a los árbitros la contratación de un SRC, lo que obliga a preguntarse acerca de los fundamentos por los cuales se instaura en este campo un seguro obligatorio cuando además, como veremos, no se exige el mismo a las instituciones arbitrales.

La inquietud que provoca el tener que responder a esta cuestión surge en cuanto se examina la Exposición de Motivos de la reforma de 2011 que lo justifica en términos muy generales que, nada o muy poco, ayudan a entender el sentir de la modificación legal. Según la Exposición de Motivos (II) de la Ley 11/2011 se busca así incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de los procedimientos arbitrales. Por otra parte, esta novedad no encuentra sustento, como una gran mayoría de los preceptos de la LA, en la Ley Modelo de Arbitraje (LMA) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) sobre arbitraje comercial internacional de 1985 o en su modificación operada en 2006, por lo que no puede encontrar su fundamentación en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

---

La exigencia del seguro de responsabilidad civil en el administrador concursal. La Ley nº4366, 2012, citando como motivos para la reforma no sólo la Directiva de servicios sino también otras razones como el incremento de los concursos y su cuantía y por el hecho de que el administrador concursal desarrolla su labor con un carácter limitado en el tiempo y con una obligación de tomar decisiones definitivas. Nótese que estas razones se dan también en relación con la labor del árbitro. Sin embargo otros autores han considerado que “nos encontramos con un nuevo seguro que pasa a enriquecer la prolífica lista de los seguros obligatorios del país que ocupa el primer lugar del ranking en esta materia que merecería aparecer en “El Libro Guinness””: PAVELEK, La garantía financiera, pp.1-2, si bien más adelante parece encontrar la razón de ser del seguro de los administradores concursales en la oportunidad política y la conveniencia de establecer un filtro de entrada. Por su parte, Iñigo VILLORIA RIVERA, ¿Es conveniente el seguro del administrador concursal?, La Cara y la Cruz, 12 de Noviembre de 2012, encuentra la fundamentación en el objetivo de protección del tercero perjudicado, compartiendo como indica el autor la razón de ser con el SRC instaurado en el ámbito de la mediación y del arbitraje. Sin embargo, no estamos de acuerdo en la analogía que realiza para fundamentar el SRC de la administración concursal entre el administrador concursal, como auxiliar del juez, y el mediador o el árbitro en el sentido de que ejercen funciones causi-jurisdiccionales.

<sup>54</sup> PAVELEK, Los seguros, p.25: “La tendencia a la objetivación de responsabilidad desencadena casi automáticamente un seguro obligatorio” (subrayado nuestro).

<sup>55</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1296; y Artículo 75, pp.1374-1375, destacando como la obligatoriedad, salvo algunos supuestos especiales, fue acompañada de una alteración del régimen de la responsabilidad civil y su seguro.

La búsqueda de los motivos habilitantes de la reforma se complica con otro problema que se enlaza con el estándar de responsabilidad civil adoptado desde la aprobación de la Ley de Arbitraje en el art. 21. Los árbitros no responden siguiendo el sistema general de nuestro ordenamiento en el que como es conocido la responsabilidad es subjetiva o por culpa sino que, en una primera aproximación basada en la literalidad de la norma, únicamente responden en los casos más graves de mala fe, temeridad o dolo. Se aparta así el legislador de su antecedente inmediato bajo la LA (1988) que establecía como título de imputación el dolo o la culpa (art.16)<sup>56</sup>, así como del estándar general de responsabilidad aplicado también a otros profesionales, complicando el análisis del contrato de seguro en este campo.

La fundamentación del SRC obligatorio puede encontrarse en la teoría general del contrato de seguro y por ello reside siempre en la protección de los terceros perjudicados garantizándoles un patrimonio responsable, aunque el expediente utilizado para ello, el SRC, busque la protección del responsable<sup>57</sup>.

La imposición obligatoria del seguro puede verse también en relación con la política del legislador, tanto español como comunitario, dirigida a fomentar los llamados medios alternativos de resolución de disputas (ADR, *Alternative Dispute Resolutions*, como

---

<sup>56</sup> El artículo 16 LA (1988) indicaba que: “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 aquella contra los árbitros”.

Como señala acertadamente L. Fernando REGLERO CAMPOS, Lección 1ª. Conceptos Generales y elementos de delimitación. En Lecciones de Responsabilidad Civil. Coordinadores: José Manuel Busto Lago y L.Fernando Reglero Campos. Thomson/Aranzadi, 2013, 2ª ed., p.42: “la responsabilidad descansa sobre un determinado *título de imputación*”.

Interesante destacar la tramitación parlamentaria del art.16 LA ya que el Proyecto de Ley que se discutió en el Congreso establecía la responsabilidad por “dolo o negligencia inexcusable” pero tras las diversas enmiendas presentadas dirigidas a que también se respondiera por negligencia leve, el precepto fue objeto de modificación. Vid. Con mayores detalles: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, nota 2, p.275. Precisamente comentando la norma proyectada del art16 LA (1988), el profesor CREMADES, Immunity of Arbitrators under Spanish Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd’s of London Press Ltd (LLP), 1990, p.79 concluía indicando que en este punto que el derecho español se aproxima a los ordenamientos anglosajones pues el árbitro sólo excepcionalmente será responsable: responsabilidad penal, dolo o negligencia o ignorancia inexcusable. Por lo que, a su juicio, a la postre el derecho comparado muestra que las soluciones son similares en relación con la responsabilidad de los árbitros (id. La responsabilidad, pp.15-16). Sin embargo, tal y como estamos analizando en este trabajo no existen criterios internacionalmente aceptados ni en relación con los títulos de imputación de responsabilidad, ni con las conductas que serán constitutivas de dicha responsabilidad. En este sentido, también: Jennifer YAPP, The liability of arbitral institutions. Asian Dispute Resolution, 2011, p.116.

<sup>57</sup> CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, pp.22-23, aunque va más allá al considerar que no es misión del SRC proteger al tercero. Sin embargo, convendría matizar, a nuestro juicio, dicha opinión en el sentido de entender que o bien dicha protección del tercero se añade a la finalidad de mantener indemne al perjudicado o que, al menos, de forma indirecta sí que persigue dicho objetivo, como lo demuestran entre otros el régimen de la acción directa del art.76 LCS.

habitualmente se les designa utilizando su acrónimo en inglés), y particularmente la mediación y el arbitraje. No extraña, en consecuencia, que se exija también un SRC obligatorio a los mediadores conforme a la nueva regulación legal de la mediación. A ello puede añadirse la apertura de profesionales que podrán realizar tareas arbitrales llevada a cabo precisamente por la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo de 2011, por un lado, junto con la apuesta también decidida de que los mediadores no necesariamente deban tener formación jurídica aunque sí específica en mediación.

Intentando configurar el complejo puzzle de los posibles motivos determinantes de la obligatoriedad del SRC para árbitros, se ha de mencionar la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de diciembre 2006 relativa a los servicios en el mercado interior<sup>58</sup>, que establece de manera general la obligación en la contratación de un seguro o garantía equivalente en relación con la prestación de determinados servicios<sup>59</sup>, aunque no exige que se haga por Ley sino que puede estar establecida en los códigos deontológicos y por supuesto sin que se pueda exigir que las empresas de seguros proporcionen dicha cobertura<sup>60</sup>. El art.23 (Seguros y garantías de responsabilidad profesional) de la Directiva 2006/123 establece en su párrafo 1º que:

“Los Estados miembros podrán hacer lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad<sup>61</sup>”.

La Directiva de Servicios, sin embargo, no se aplica (art.2 i) a: las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> DO L 376/36, 27.12.2006.

<sup>59</sup> Enlaza la exigencia del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los árbitros con la Directiva de Servicios: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.300. Y con la Ley 17/2009: REVILLA, Capacidad, p.119.

<sup>60</sup> Vid. Considerando 99 Directiva 2006/123.

<sup>61</sup> Es probablemente el riesgo para la seguridad financiera el que más apropiadamente se acomoda al arbitraje. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el art.23.5 de la Directiva entiende por:

- «riesgo directo y concreto», un riesgo que surge directamente de la prestación del servicio;
- «salud o seguridad», en relación con un destinatario o un tercero, la prevención del fallecimiento o de lesiones personales graves;
- «seguridad financiera», en relación con un destinatario, la prevención de pérdidas importantes de dinero o de valor de sus bienes;
- «seguro de responsabilidad profesional», el seguro contratado por un prestador en relación con las responsabilidades potenciales hacia los destinatarios y, en su caso, hacia terceros, derivados de la prestación del servicio.

<sup>62</sup> Actual art.51: “Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”.

La transposición en España de la Directiva ha tenido como resultado que el legislador haya establecido que la obligación de suscripción de un SRC deba estar establecido legalmente. Así el art. 21.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, indica que:

Artículo 21. Seguros y garantías de responsabilidad profesional.

“1. Se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de Ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario.

La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto”.

De conformidad con las exclusiones el art.2 i) deja fuera de su ámbito de aplicación: “Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios<sup>63</sup>, registradores de la propiedad y mercantiles”.

Por último, nótese la definición que se da en el art.3.1 de “*Servicio*”: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>64</sup>.

A tenor de lo anterior pueden extraerse, a nuestro juicio, diversas conclusiones.

En primer lugar, la exigencia obligatoria del seguro a los árbitros está basada, al menos en parte ya que también se halla la respuesta en la necesidad de incrementar la seguridad jurídica y la eficacia de los procedimientos arbitrales, en la legislación comunitaria en materia de prestación de servicios y su ulterior transposición en la normativa española. El legislador español, a diferencia de otros legisladores europeos,

---

<sup>63</sup> En España, la Orden del Ministerio de Justicia de 16 de noviembre 1982 exige a los notarios el aseguramiento obligatorio a través de la Junta de Decanos.

<sup>64</sup> Artículo 50 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

Actividades de carácter industrial;

Actividades de carácter mercantil;

Actividades artesanales;

Actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.

ha considerado que los árbitros se ven directamente afectados por dicha normativa y por ello exige un SRC o garantía equivalente.

Lo anterior implica, en segundo término, que el legislador español conceptúa el servicio que prestan los árbitros como una actividad propia de las profesiones liberales, sin que haya considerado su asimilación a las funciones que ejercitan las autoridades públicas, singularmente los jueces y magistrados, excluidos de la Directiva de Servicios y de la Ley española. En otras palabras, parece decantarse el legislador por la naturaleza contractual y no jurisdiccional del servicio que prestan los árbitros; cuestión que tiene una incidencia importante en la responsabilidad de los árbitros.

En tercer lugar, la contradicción patente en que incurre el legislador en dos aspectos distintos de la nueva regulación obligatoria del SRC.

La primera se refiere al sujeto obligado a la contratación del seguro que son los árbitros, pero no las instituciones arbitrales, cuando éstas deberían quedar sujetas también a dicha obligación puesto que los servicios que prestan afectan asimismo a la seguridad financiera de los destinatarios que es posiblemente el motivo determinante bajo el cual se construye la obligación del seguro para los árbitros según la Directiva y la Ley de servicios<sup>65</sup>, y cuando, además, por el contrario, sí se les exige que contraten un SRC a nombre de los árbitros.

La segunda se refiere a la contradicción –más bien contraposición- que se produce entre el estándar de responsabilidad exigido a los árbitros en el art. 21 LA, la obligación de contratación de un seguro y la prohibición de aseguramiento del dolo al menos si se entiende que el art.41.1 LA sigue un modelo de exoneración total de responsabilidad, excepto, claro es, en el caso de dolo. Ciertamente es que esta cuestión podría encontrar una plausible explicación en la entonces proyectada normativa de reforma de la LCS, pero ello no disminuye la crítica que ahora se realiza pues en todo caso deja patente que no se puede legislar desde el tejado sin asegurar los cimientos.

Efectivamente, al tiempo de la modificación de la Ley de Arbitraje se estaba gestando una importante reforma de la LCS. El Anteproyecto de LCS de 8 abril 2011<sup>66</sup> introducía cambios en el modelo de responsabilidad existente en la LCS admitiendo, expresamente el pago de la indemnización en ciertos casos de dolo, como al efecto indicaba el art.20 del Anteproyecto al señalar como subsistente la obligación de pago de la indemnización por la aseguradora en los casos de dolo de las personas de las que es civilmente responsable el asegurado, pero no en los casos de dolo del asegurado. Se acogía así en el Anteproyecto la interpretación predominante en nuestra doctrina bajo

---

<sup>65</sup> Pudiera ser, sin embargo, que se haya considerado que al estar las instituciones arbitrales definidas legalmente como centros que carecen de ánimo de lucro, los pagos que se realizan a la institución no pueden tener el carácter de contraprestación a un servicio prestado, lo que ha sido defendido por un sector de la doctrina: Lorena BACHMAIER WINTER, Artículo 14. Nombramiento de los árbitros. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. David Arias (coordinador). Thomson-Aranzadi, 2005, p.131.

<sup>66</sup> Disponible en: <http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden06052011/Anteproyecto%20LCS,%20JCSFP.PDF>. Y en [www.mjusticia.gob.es/](http://www.mjusticia.gob.es/).

la LCS y que continúa bajo el Proyecto de Código Mercantil recientemente publicado<sup>67</sup>. De ahí que bien pudiera ser que el legislador hubiera decidido incluir la obligación de la contratación de un seguro, en el bien entendido que esta contraposición podría no darse si se mantienen otras interpretaciones diferentes de la responsabilidad de los árbitros, como veremos en este trabajo.

#### **IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: SISTEMAS O MODELOS NORMATIVOS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL SRC**

El estándar de responsabilidad de los árbitros sitúa a estos profesionales en una situación privilegiada en comparación con otros profesionales<sup>68</sup>. La explicación responde a un privilegio corporativo diseñado, por una parte, por las propias instituciones arbitrales vía reglamentos arbitrales, y por otro lado a una concepción puramente anglosajona de la figura del árbitro que supone asimilarlo a un juez.

##### **4.1. Los modelos normativos sobre responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales en las leyes y reglamentos arbitrales**

Al examinar comparativamente las diversas opciones que se han seguido para determinar la responsabilidad de los árbitros -y de las instituciones arbitrales, en menor medida-<sup>69</sup> en el arbitraje comercial internacional<sup>70</sup> llama poderosamente la atención

---

<sup>67</sup> Vid. art.591-18 (Excepción al pago de la indemnización) del Proyecto de Código Mercantil (2013) elaborado por la Sección II de la Comisión General de Codificación: "1. El asegurador no estará obligado al pago de la indemnización si el siniestro ha sido causado por dolo del asegurado. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, subsistirá la obligación del asegurador de pago de la prestación si el siniestro ha sido causado por dolo de las personas de las que es civilmente responsable el asegurado".

<sup>68</sup> Ulteriores detalles, *infra* capítulo III, apartado 4.1.

<sup>69</sup> No todas las Leyes se refieren a las instituciones arbitrales como sujetos beneficiarios de un régimen legal privilegiado o, si se prefiere de un régimen de inmunidad arbitral similar al judicial. De hecho, un sector de la doctrina ha puesto en duda que las instituciones arbitrales deban estar incluidas en dicho régimen puesto que no ejecutan funciones jurisdiccionales y por lo tanto al ser meros prestadores de servicios no deberían beneficiarse de dicho régimen. Vid. Emmanuel GAILLARD/John SAVAGE, Part 3, Chapter II (Status of the Arbitrators), in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer, 1999, nº1110. En similar sentido: Matthew RASMUSSEN, Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England and France. Fordham International Law Journal, 2003, nº26, pp.1824-1875, quien entiende que las instituciones arbitrales no deben gozar de inmunidad pues no realizan funciones jurisdiccionales (id., pp.1868-1875). Entre otros motivos, y por lo que importa a este trabajo, el autor sucintamente se refiere a que la institución arbitral está en mejor posición que las partes para contratar un seguro frente a posibles responsabilidades (id., p.1872).

En cuanto a los fundamentos doctrinales por los cuales se entiende que los centros arbitrales deben también gozar de inmunidad se citan dos extraídos de la jurisprudencia estadounidense: el argumento analógico respecto de la función cuasi-jurisdiccional que ejercen dichas instituciones y el relativo a que la inmunidad de los árbitros resultaría ilusoria si no se acompañase de la imprescindible inmunidad de las instituciones arbitrales. Vid. RUTLEDGE, pp.178-180, crítico con ambas; y comentario 2 sección 14 a) del *Revised Uniform Arbitration Act* (EEUU) entendiendo que la función de administración del procedimiento es similar a la que tienen que realizar también los jueces.

<sup>70</sup> Dejamos fuera de este análisis la cuestión de la responsabilidad de los árbitros en el arbitraje de inversión, véase art. 21 a) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados

el hecho de que inicialmente no fuera mayoritariamente una cuestión regulada en las Leyes de Arbitraje sino que fueron los reglamentos institucionales de las Cortes Arbitrales los que comenzaron de forma más general a regular las cuestiones relativas a la responsabilidad. No sorprende, en consecuencia, que las modernas legislaciones arbitrales –sobre todo desde los últimos treinta años– se hayan basado en los modelos de limitación total o parcial de responsabilidad ofertados por los centros arbitrales<sup>71</sup>.

De esta afirmación se sustraen, sin embargo, aquellos ordenamientos jurídicos que explícitamente sí acogían normas sobre responsabilidad tal y como sucedió en España con la primera Ley de Arbitraje (LADP, 1953, responsabilidad contractual de los árbitros conforme al modelo general de responsabilidad contractual); la legislación holandesa contenida en el Código de Procedimiento Civil, que estuvo en vigor hasta la aprobación de la Ley de Arbitraje de 1986 (la cual sin embargo no acoge regla alguna sobre responsabilidad) y que adoptó también un sistema de responsabilidad contractual conforme a las reglas o principios generales aunque únicamente en relación con el incumplimiento en la realización del encargo o su no realización temporánea<sup>72</sup>; y en el mundo anglosajón con la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, que fue una de las primeras legislaciones en incluir una norma sobre la responsabilidad de los árbitros si bien en términos de inmunidad, y aunque claramente influenciada por la jurisprudencia existente en el mundo anglosajón<sup>73</sup> y el tratamiento jurídico de esta cuestión en dichos

---

y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convención CIADI): “El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado: (a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad”.

<sup>71</sup> Pilar Perales Viscasillas, *Civil Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in international commercial arbitration: The development of the arbitration laws and rules in the last 30 years*. *The World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*, 2013, nº2.

<sup>72</sup> Jan VAN DEN BERG, *Immunity of Arbitrators under Netherlands Law*. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators*. The School of International Arbitration and Lloyd’s of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.61-62. En realidad y aunque no existe una norma general sobre responsabilidad de los árbitros, puede considerarse que las disposiciones del Código de Procedimiento Civil han encontrado su reflejo en el art.1031(2) de la Ley de Arbitraje conforme al cual se puede solicitar a la autoridad competente para que dé por terminado el mandato de los árbitros en aquellas circunstancias en que existe un retardo anormal por parte de los árbitros en cumplir con sus funciones. En esta hipótesis el prof. Van den Berg considera que los árbitros incurrirán en responsabilidad.

<sup>73</sup> Así, entre otros, HAUSMANINGER, pp.7-12; y RASMUSSEN, pp.1843 y ss, que se refieren a casos en la jurisprudencia tanto inglesa como estadounidense de finales del siglo XIX, debiendo notarse que en EEUU se sigue un sistema de total exoneración de responsabilidad, mientras que en el Reino Unido es limitada. Así el primer caso detectado en la jurisprudencia de EEUU fue *Jones v. Brown* en 1880 que aplicó la doctrina previamente asentada en materia de inmunidad jurisdiccional al arbitraje. La sección 14 a) del *Revised Uniform Arbitration Act* (EEUU) establece que: “An Arbitrator or an arbitration organization acting in that capacity is immune from Civil liability to the same extent as a judge of a court of this State acting in a judicial Capacity”. Particularmente en relación con el derecho inglés con anterioridad a la aprobación de la Ley de Arbitraje de 1996 y por lo tanto con un análisis jurisprudencial, puede verse el estudio de Julian LEW, *Immunity of Arbitrators under English Law*. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators*. The School of

ordenamientos, se evidencia que el modelo seguido fue el del Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Commercial Arbitration* (LCIA) de 1985.

El silencio legal sobre esta cuestión tiene, a nuestro juicio, una doble explicación. Por un lado, la carencia en la Ley de Arbitraje de la CNUDMI tanto en 1985<sup>74</sup> como en su revisión de 2006 de una norma sobre la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales<sup>75</sup>; dicho sea de paso tampoco existía una norma sobre responsabilidad en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. Y, por otro, dicho silencio tanto en los países que han basado su legislación en la Ley Modelo como los que no, se explica muy probablemente por el hecho de que la responsabilidad de

---

International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.21-27, resultando la conclusión muy clara: "arbitrators remain immune from suit in the same way as judges" (op.cit., p.26, aunque estimando algunos supuestos de responsabilidad bajo la normativa contractual sobre prestación de servicios).

Entre nosotros ha analizado la inmunidad de los jueces en el derecho anglosajón: Juan MONTERO AROCA, Responsabilidad Civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial. Madrid: Tecnos, 1988, pp. 21-28, con referencias tanto a Inglaterra como EEUU considerando en relación con Inglaterra que desde el siglo XVII está aceptada la inmunidad absoluta de los jueces incluso en el caso de dolo y que encuentra su fundamento en la protección de los ciudadanos que deben contar con jueces libres e independientes. Para un análisis de los países de tradición civilista, id., pp.28-43. Este fundamento también se enlaza con las limitaciones materiales de responsabilidad en el derecho español: Juan Pedro QUINTANA CARRETERO, Poder Judicial y Responsabilidad: la responsabilidad judicial. En La responsabilidad personal del juez. AAVV. Thomson-Civitas, 2008, p.25.

<sup>74</sup> La historia legislativa es sumamente clara a este respecto: no se incluyó una regla sobre responsabilidad al entenderse que una Ley Modelo no era el lugar apropiado para el tratamiento de esta cuestión. Vid. A/CN.9/216, n°51, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Vid. También: Peter BINDER, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions. Sweet & Maxwell, 2010, 3rd edition, n°11-026.

<sup>75</sup> No han incluido una norma sobre responsabilidad de los árbitros, entre otras, las siguientes leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI: La Ley de Arbitraje de Bangladesh (2001); Ley de Arbitraje de Brunei Darussalam (2009); Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Bulgaria, 5 agosto 1988; Ley de Arbitraje comercial de Camboya (6 marzo 2006); Ley n°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile, 10 septiembre 2004; Decreto-Ley 55/98, 23 noviembre de Macao; Ley n°8937 sobre arbitraje comercial internacional de Costa Rica, de 27 abril 2011; Ley de Arbitraje de Croacia, de 11 octubre 2001; Ley n°101 de Arbitraje Comercial Internacional de Chipre, 29 mayo 1987; Ley n°553 de Arbitraje de Dinamarca, 24 junio 2005; Ley n°27/1994 sobre arbitraje civil y mercantil de Egipto; Ley 489-08 de Arbitraje Comercial de La República Dominicana (2008); Ley de Arbitraje de Estonia; Código de Procedimiento Civil de Alemania (Libro X. Arbitraje) (2008); Ley 2735/1999 de Arbitraje Internacional de Grecia, aunque sí existe una norma en el código de procedimiento civil; Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto 67-95, 16 noviembre 1995; Ley de Arbitraje y Conciliación de India (1996); Ley de Arbitraje de Japón, Ley n°138/2003; Ley n°31 de Arbitraje de Jordania (2001); Ley n°I-1274, 2 abril 1996, de Arbitraje Comercial de Lituania, aunque se ha derogado por otra Ley aprobada en junio 2012, de la cual no existe todavía una traducción al inglés; Ley de Arbitraje de Malta (1996); Ley de Mediación y Arbitraje, Ley n°540 de 25 de mayo de 2005 de Nicaragua (Publicada en La Gaceta n°122 del 24 junio 2005); Ley de Arbitraje en materias civil y comercial de Omán, Real Decreto 47/97, de 28 de junio; Decreto Ley n°5, 8 julio 1999 mediante el cual se establece el Régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación de Panamá; Ley de 14 mayo 2004 de Noruega; Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación de Paraguay; Ley de Arbitraje de la República de Corea, 31 marzo 2010; Ley de Arbitraje de Ruanda, 2008. Por último indicar que la Ley de Arbitraje de Brasil (Ley n°9307, 23 septiembre 1996) establece en su art.17 la sujeción de los árbitros a las normas del Código Penal, pero nada se indica respecto a la posible responsabilidad civil.

los árbitros debe guiarse por las normas generales de responsabilidad presentes en todo ordenamiento jurídico<sup>76</sup>.

Este silencio conduce en muchas ocasiones y a falta de jurisprudencia relevante a construcciones doctrinales que dependen de diversos factores: el estatus quo de la cuestión a nivel comparado, de cómo se conciba el estatus jurídico del árbitro, la naturaleza jurídica del arbitraje y de la relación que media entre las partes y el árbitro. De ahí que pueda concluirse dando una triple solución al silencio legal: una aplicación de las reglas generales de responsabilidad contractual<sup>77</sup>; la asimilación del árbitro con

---

<sup>76</sup> Así hemos de interpretar el silencio sobre esta cuestión en aquellos ordenamientos que nada indican tanto en su legislación sobre arbitraje como en los reglamentos arbitrales. A estos efectos, la búsqueda realizada se ha hecho en relación únicamente con la institución de arbitraje más relevante del país. Así sucede por ejemplo, en Bulgaria, donde ni la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Bulgaria, 5 agosto 1988, ni el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, 1 febrero 2002, acogen una norma sobre responsabilidad. En China: Ley de Arbitraje de 31 octubre 1994 y Reglamento de la Comisión Internacional de Arbitraje Mercantil y Económico de China (CIETAC), 1 mayo 2012. En Macao, Decreto Ley 55/98, 23 de noviembre sobre arbitraje y Reglamento del Centro de Arbitraje del Centro de Comercio Mundial de Macao. En Croacia: Ley de Arbitraje, 11 octubre 2001 y Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Croacia, 2002 (*Zagreb Rules*); Estonia, Ley de Arbitraje, y Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Estonia (1 enero 2008); Lituania: Ley nº1-1274, 2 abril 1996, de Arbitraje Comercial de Lituania, aunque se ha derogado por otra Ley aprobada en junio 2012, de la cual no existe todavía una traducción al inglés, y Reglamento de la Corte de Arbitraje Comercial de Vilnius, 26 marzo 2008, y Reglas de Arbitraje de la Asociación de la Cámara de Comercio Internacional de Lituania, 6 febrero 2008.

Es presumiblemente también la situación en Finlandia de acuerdo con la doctrina que considera que el silencio en la normativa arbitral supone aplicar las normas sobre responsabilidad contractual, si bien debe sólo considerarse al árbitro responsable en determinadas circunstancias. Vid. Gustaf MÖLLER, *The Finnish Supreme Court and the liability of arbitrators*. *Journal of International Arbitration*, 2005, vol.23, nº1, pp.95-99, comentando la STS 31 enero 2005 en la que el árbitro-presidente (profesor universitario) emitió diversos dictámenes por petición de una de las partes durante el procedimiento arbitral sin que revelara este hecho.

<sup>77</sup> La Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto 67-95, 16 noviembre 1995 guarda silencio en torno a la responsabilidad si bien la doctrina se inclina por aplicar tanto a los árbitros como a los centros arbitrales los criterios generales de responsabilidad basados en el dolo o la culpa. Así: Álvaro CASTELLANOS/Elena PANIAGUA DE ROHRMOSER, *Capítulo XIV. Guatemala. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.484 y 486.

Situación particular en Costa Rica donde la Ley de Arbitraje de 27 abril 2011 no acoge regla alguna sobre responsabilidad de los árbitros o las instituciones arbitrales, y ello en claro contraste con la regulación anterior que acogía un sistema basado en la responsabilidad contractual/extracontractual general. Así, en la normativa que estaba anteriormente en vigor, esto es, bajo el Reglamento (núm.32152, de 27 octubre 2004) al capítulo IV de la Ley 7727 de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 27 diciembre 1997 establecía la responsabilidad por dolo o culpa de los árbitros, así como del personal administrativo y dependientes. Vid. Carlos GÓMEZ RODAS/Francisco GÓMEZ FONSECA, *Capítulo IX. Costa Rica. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, p.319.

En definitiva, parece que en estos países se seguirá considerando, pese al silencio de la Ley, que la responsabilidad de los árbitros se regirá por las reglas generales de la responsabilidad contractual, en la mayoría de los países.

el juez<sup>78</sup>, aplicando las mismas reglas de responsabilidad que se apliquen a los últimos<sup>79</sup>; e incluso desde una posición mixta se crea una división entre las actividades jurisdiccionales del árbitro (por analogía se aplican las normas de inmunidad de los

---

<sup>78</sup> Incluso se defiende claramente en el arbitraje internacional que el árbitro es un juez (GAILLARD/SAVA-GE, n°1018 y ss, aunque también examinan el estatus contractual del árbitro como prestador de servicios). Por eso consideran que su protección debe ser similar a la de los jueces (Id., n°1074), y que, incluso, legalmente sólo debe limitarse a la mala fe, pero no a la culpa grave (id., n°1099-1100).

<sup>79</sup> Por ejemplo en Chile donde no existe regulación legal en torno a la responsabilidad de los árbitros por lo que un sector de la doctrina asimila al árbitro con los jueces y aplican las normas de responsabilidad contenidas en los arts.328-330 Código Orgánico de Tribunales, frente a los que mantienen que se han de aplicar las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual. Así Eduardo EJEQUIER, Capítulo VII. Chile. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.246-247 a favor de la segunda tesis.

Parece ser el caso también de Venezuela, donde la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 no establece norma general sobre responsabilidad aunque la doctrina se inclina por analogía por aplicar el Código de Procedimiento Civil: Hernando DÍAZ-CANDIA, El rol jurisdiccional de los árbitros y su constructiva evolución: deberes y responsabilidades. Spain Arbitration Review, 2013, n°16, pp.101-102, para quien la responsabilidad de los árbitros y de los jueces debe equipararse por lo que se ha de excluir la responsabilidad por culpa leve y levisima. Nótese, no obstante que el artículo 41 sí establece un supuesto especial de responsabilidad cuando un árbitro no justifique su ausencia en las audiencias. Así el artículo 41 indica que: “Es obligación de los árbitros asistir a todas las audiencias del procedimiento arbitral, salvo causa justificada. El árbitro que dejare de asistir a dos audiencias sin justificación, quedará relevado de su cargo, y estará obligado a reintegrar al Presidente del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, el porcentaje de sus honorarios que este último determine teniendo en cuenta la función desempeñada. El tribunal arbitral dará aviso a la parte que designó al árbitro relevado, para que de inmediato proceda a su reemplazo. Salvo acuerdo en contrario del tribunal arbitral, si un árbitro acumulare cuatro (4) inasistencias, aun cuando fueren justificadas, se considerará inhabilitado y quedará relevado de su cargo, y el tribunal arbitral procederá a notificar a la parte que lo designó para que proceda a su reemplazo. El árbitro deberá reintegrar al Presidente del tribunal arbitral el porcentaje de los honorarios que este último determine teniendo en cuenta la función desempeñada”.

Caso particular parece ser Colombia cuya reciente Ley 1563 de 2012, de 12 julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, claramente basada en la parte de arbitraje internacional en la LMA, no contiene norma alguna sobre responsabilidad de los árbitros en claro contraste con el art.45 del Decreto 2279 de 1989 donde se remitía en materia de responsabilidad de los árbitros a la regulación para los jueces civiles de circuito. Vid. Adriana ZAPATA, Capítulo VIII. Colombia. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, p.288.

También es la situación en Turquía ya que ante el silencio de la Ley Internacional de Arbitraje, la doctrina se inclina por considerar aplicable por analogía las reglas sobre responsabilidad de los jueces contenidas en el Código de procedimiento civil. Así: Ergun ZSUNAY, Turkish International Arbitration Act 2001, p.339, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1653/17.pdf>.

En Italia, aunque el art.813.2 Código de Procedimiento Civil establece la responsabilidad de los árbitros en determinados casos, particularmente por la emisión del laudo fuera de plazo y si éste resulta anulado, se considera por un sector de la doctrina que la responsabilidad se asimila a la de los jueces y magistrados. Andrea MARIGHETTO, El nuevo marco jurídico del arbitraje en Italia. Lima Arbitration, 2008-2009, n°3, p.104. El tenor del art.813.2 es el siguiente: “Gli arbitri debbono pronunciare il lodo entro il termine stabilito dalle parti o dalla legge [820]; in mancanza, nel caso di annullamento del lodo per questo motivo [829 comma 1 n. 6], sono tenuti al risarcimento dei danni. Sono egualmente tenuti al risarcimento dei danni se dopo l'accettazione rinunciano all'in carico senza giustificato motivo”.

jueces y deben considerarse aquellas dirigidas a la emisión del laudo) y otras obligaciones relativas al procedimiento pero que no serían jurisdiccionales –entiéndase contractuales- que se rigen por las reglas generales<sup>80</sup>.

El derecho comparado y las diversas tradiciones jurídicas implicadas distan de tratar esta cuestión de forma unánime<sup>81</sup>. Los sistemas anglosajones examinan la respon-

---

<sup>80</sup> Por ejemplo en Alemania, véase: HAUSMANINGER, p.36, señalando que entre las obligaciones contractuales que pueden dar lugar a responsabilidad están la falta de revelación, el rechazo injustificado de un árbitro de firmar el laudo al que llegó la mayoría, o el retraso en el ejercicio de sus funciones; y más detalladamente: Volker B. TRIEBLE/John S. HYDEN, Immunity of Arbitrators under German Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP)*, 1990, pp.39-51. Vid. Artículo 44 Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS Rules) (Exclusion of Liability) de 1 julio 1998: "1: All liability of an arbitrator for any act in connection with deciding a legal matter is excluded, provided such act does not constitute an intentional breach of duty.2: All liability of the arbitrators, the DIS, its officers and its employees for any other act or omission in connection with arbitral proceedings is excluded, provided such acts do not constitute an intentional or grossly negligent breach of duty". En sentido similar, véase art.37 Reglamento del Centro Belga para la Mediación y el Arbitraje de 2013 (CEPANI) (*Limitation of liability*): "1.Except in the case of fraud, the arbitrators shall not incur any liability for any act or omission when carrying out their functions of ruling on a dispute. 2. For any other act or omission in the course of an arbitration proceeding, the arbitrators, CEPANI and its members and personnel shall not incur any liability except in the case of fraud or gross negligence". En Bélgica recién se ha aprobado una nueva Ley de Arbitraje, en vigor desde el 1º de septiembre 2013, que guarda silencio en relación con la responsabilidad de los árbitros. También parece ser el caso de la Regla 54 (Exclusion of Liability) del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Instituto de Arbitraje y Mediación de India (2009): "A. Neither IIAM, any of its directors, officers, employees or agents, nor any arbitrators or members of the Scrutiny Board shall be liable for: (a) negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of arbitrator or in connection with any arbitration conducted under these Rules; and (b) any mistake in law, fact or procedure made in the course of arbitral proceedings or in the making of an arbitral award". A nivel doctrinal: en Japón, véase el trabajo de Kazuo IWASAKI, Immunity of Arbitrators under Japanese Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP)*, 1990, pp.53-58

Sobre esta cuestión que resulta crucial en la interpretación del art. 21.1 LA, véase *infra* capítulo III, apartado 4.3.2.

<sup>81</sup> Es clásico en la doctrina hacer esa distinción entre los sistemas anglosajones (casi total inmunidad) y los sistemas civilistas basados en el contrato. Vid. Entre otros: Ramón MULLERAT, *The liability of arbitrators: a survey of current practice*. International Bar Association. Commission on Arbitration, Chicago 21 September 2006, pp.2 y ss.

En uno de los estudios pioneros sobre esta cuestión que agrupa trabajos de 13 jurisdicciones (y además tres centros arbitrales), tanto de países del *common law* como del *civil law*, el título escogido es el "inmunidad", precisamente porque el editor de la obra es una jurista inglesa. Vid. Julian D. M. LEW (editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration/Lloyd's of London Press Ltd (LLP)*, 1990.

No resulta infrecuente que los autores anglosajones consideren esta cuestión con el título de "inmunidad de los árbitros" (*Arbitral immunity*). Gary BORN, *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer Law and Business, 2012, pp.145-146, aunque existen excepciones: CLAY, pp.451-452, que aboga por el término inmunidad por la equiparación que él predica entre el árbitro y el juez, pero lo rechaza en el caso de las instituciones arbitrales: *id.*, pp.723-724), mientras que los sistemas continentales se refieren a la "responsabilidad" (por ejemplo, véase Marc HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*. Paris: LGDJ, 2001, pp.261-263, en relación con el derecho francés donde predomina el punto de vista contractual y por lo tanto la aplicación de las reglas generales de responsabilidad, aunque como el mismo autor menciona

sabilidad de los árbitros equiparando o asimilando su función a la de un juez por lo que se les aplica el estándar legal del deber de cuidado (*duty of care*) y por ello es un tema de inmunidad de los árbitros por el ejercicio de una función jurisdiccional que termina también extendiéndose a las instituciones arbitrales. Aunque se entiende que no puede propiamente decirse que ejercitan la misma función que los árbitros, son una pieza esencial del sistema arbitral<sup>82</sup>; por ello se estima que tanto los árbitros como las instituciones deben quedar protegidos en el ejercicio de sus funciones arbitrales<sup>83</sup>. Por el contrario los sistemas de derecho civil basan la relación de los árbitros y las partes en un contrato por lo que aplican las reglas de responsabilidad contractual, lo que a

---

no han faltado ejemplos en la jurisprudencia francesa en la que se han inclinado por la responsabilidad extracontractual como en el asunto L'Oréal, *Tribunale de Grande Instance* París, 9 diciembre 1992). Vid. También en relación con el derecho francés: CLAY, pp.461 y ss y 705 y ss; y Jean-Louis DELVOLVÉ, *Immunity of Arbitrators under French Law*. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP)*, 1990, pp.29-38.

Mayores detalles pueden encontrarse en: FRANCK, pp.1 y ss, considerando la autora que los árbitros deben gozar, en general, de la máxima inmunidad posible excepto en los casos en que el árbitro actúa de mala fe o injustificadamente no emite el laudo. La autora repasa el origen de la regla sobre la inmunidad judicial que está basada en la disponibilidad de remedios alternativos para el agraviado y en el hecho de que una sentencia judicial está sujeta a recurso.

<sup>82</sup> Así se explica en relación con la inmunidad tanto de los árbitros como de las instituciones arbitrales en el derecho estadounidense: Michael HWANG/Katie CHUNG/Fong Lee CHENG, *Claims against arbitrator for breach of ethical duties*. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers*, 2007, p.233; y Sara ROITMAN, *Beyond Reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms?*. *Boston College Law Review*, 2010, vol.51, pp.557-594. Como explica la autora la inmunidad arbitral, sobre todo en relación con las instituciones administradoras está siendo puesta en tela de juicio debido a la parcialidad de algunas instituciones privadas en relación con arbitrajes de consumo. *Id.*, pp.581 y ss, lo que reaviva el debate jurídico en torno a la responsabilidad y los criterios de imputación aplicables.

<sup>83</sup> Vid. Ley de Arbitraje inglesa, secciones 29 y 74 *infra* en texto. Es también el caso de la Ley de Arbitraje de Portugal de 4 noviembre 2011, basada en la Ley Modelo CNUDMI, pero remitiéndose a las normas aplicables a los jueces. Así el art.9.4 considera que los árbitros no serán responsables por los daños ocasionados por sus decisiones, excepto en aquellas situaciones en que los jueces lo serían; indicando el párrafo 5º del mismo precepto que la responsabilidad de los árbitros sólo existe en relación con las partes. Un análisis del derecho portugués comparando el régimen de los jueces y los árbitros, en el que se observan diferencias de importancia entre unos y otros, así como desde la perspectiva jurisdiccional del arbitraje atendiendo a la perspectiva del equivalente funcional: Suzana SANTI CREMASCO, *Responsabilidade pelo Exercício da Função Jurisdiccional do Árbitro- Uma Leitura do Enunciado do Artigo 9º, n.4 e n.5, da Nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (Lei nº63/2011, de 14 de Dezembro) a Partir dos Preceitos da Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2012, volumen IX, nº34, pp.17 y ss. Se trata de una responsabilidad por dolo y culpa grave que se aplicará especialmente en los casos de violación del derecho a una decisión en un plazo razonable y por decisiones manifiestamente inconstitucionales, ilegales o injustificadas por error grosero en la apreciación de los hechos, como indica la autora (*id.*, pp.37 y ss). Aunque no estrictamente basada en la Ley Modelo, el art.35 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (Decreto Legislativo 914 de 11 julio 2002) considera que: "Los árbitros tendrán los mismos poderes, deberes y responsabilidades de los Jueces comunes", indicando el art. 40 sobre Obligaciones que: "La aceptación obliga a los árbitros y en el caso del Arbitraje Institucional a ellos y al Centro de Arbitraje respectivo, a cumplir su encargo con esmero y dedicación, incurriendo en la obligación de reparar los daños y perjuicios que llegaren a causar a las partes o a terceros, en caso de no hacerlo así".

su vez incide en la naturaleza jurídica de la relación que media entre el árbitro y las partes. La división, sin embargo, como veremos no es exacta, evidenciándose un proceso evolutivo en las Leyes de arbitraje modernas con clara influencia anglosajona en el tratamiento de esta cuestión.

Fue el Reglamento de Arbitraje de la LCIA en su versión de 1 enero 1985 uno de los primeros en incorporar una norma sobre limitación de responsabilidad que se basaba en un sistema mixto: total exoneración para la Corte, la cual no estaba sujeta a ningún tipo de responsabilidad bajo el Reglamento, y modelo de parcial exoneración para los árbitros, en el sentido que estos últimos responderían en los casos de mala fe o dolo únicamente. El art.19.1 del Reglamento LCIA de 1985 señalaba que:

*Article 19. Exclusion of Liability*

*“1. Neither the court nor any arbitrator shall be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these Rules, save that arbitrators (but not the Court) may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing”.*

Posteriormente, en el año 1996, la Ley de Arbitraje inglesa incorporó normas expresas sobre esta cuestión considerando la exoneración de responsabilidad de los árbitros, sus empleados y agentes, de las instituciones arbitrales y su personal, así como cualquier autoridad nominadora o persona encargada del nombramiento de un árbitro, lo que a nuestro juicio implica que se aplica no sólo al arbitraje institucional sino también al *ad hoc*<sup>84</sup>, aunque limitando dicha responsabilidad en los casos de mala fe o dolo<sup>85</sup>. En consecuencia, la Ley de Arbitraje inglesa opta también por la responsabilidad de las instituciones arbitrales como no podía ser de otro modo, así como de los árbitros siguiendo unitariamente un modelo parcial de exoneración.

Así el art.29 vigente de la English Arbitration Act (1996) indica:

*Section 29 (Immunity of arbitrator):*

*“(1) An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.*

*(2) Subsection (1) applies to an employee or agent of an arbitrator as it applies to the arbitrator himself.*

---

<sup>84</sup> Sobre la distinción entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*, *infra* capítulo II, apartado IV.

<sup>85</sup> No obstante la doctrina duda en torno a una interpretación estricta o más amplia, que incluiría en la primera posición sólo a la malicia y a los actos realizados deshonestamente. Vid. Bruce HARRIS/Rowan PLANTEROSE/Jonathan TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*. Blackwell Science, 2000, 2nd ed., pp.153-154.

*(3) This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning”.*

La sección 74 de la Ley inglesa se refiere a la inmunidad de las instituciones arbitrales de forma también muy amplia en cuanto a los sujetos que quedan cubiertos indicando que:

Section 74 (*Immunity of arbitral institutions*):

*“(1) An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act or omission is shown to have been in bad faith.*

*(2) An arbitral or other institution or person by whom an arbitrator is appointed or nominated is not liable, by reason of having appointed or nominated him, for anything done or omitted by the arbitrator (or his employees or agents) in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator.*

*(3) The above provisions apply to an employee or agent of an arbitral or other institution or person as they apply to the institution or person himself”.*

El modelo legal obligó a la LCIA a cambiar su regla sobre exoneración en su reglamento actualmente vigente desde el 1º de enero 1998 inclinándose por una regulación conjunta y unitaria siguiendo el modelo de exoneración parcial tanto para los árbitros como para las instituciones arbitrales y considerando un amplio elenco de sujetos en la norma:

Section 31 “*Exclusion of Liability*”

1. *None of the LCIA, the LCIA Court (including its President, Vice Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules, save where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party”.*

Simultáneamente en el tiempo, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI o ICC en sus siglas en inglés) publicó también su reglamento de 1 enero 1998<sup>86</sup> acogiendo también una norma sobre limitación de responsabilidad y no fue una sorpresa que dicha norma se basara en un sistema total exoneración de responsabilidad del que se beneficiaran diversos participantes en un arbitraje. Así el artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de 1998 indicaba que:

---

<sup>86</sup> El Reglamento anterior de 1 de enero de 1988 no contenía ninguna disposición sobre esta cuestión.

## Artículo 34 (Exoneración de Responsabilidad)<sup>87</sup>:

*“Ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje”<sup>88</sup>.*

A partir de los dos reglamentos indicados se fueron extendiendo estos modelos en los reglamentos de otras instituciones arbitrales, al tiempo que paulatinamente se observa como algunas de las más modernas leyes de arbitraje, estén o no basadas en la Ley Modelo, fueron incorporando normas que regularan dicha responsabilidad siguiendo la pauta inicialmente marcada por los reglamentos institucionales<sup>89</sup>,

---

<sup>87</sup> La intención es clara como apuntan los principales comentaristas del reglamento: “Article 34, thus, represents the ICC’s attempt to provide arbitrators operating under its auspices (and itself) with the possible protection against lawsuits, which have increasingly come to be seen as a potential source of disruption and harassment in connection with the arbitral process”: Yves DERAÏNS/Eric A. SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, 1998, p.351, indicando a continuación que se excluye todo supuesto de responsabilidad “sin excepciones”.

<sup>88</sup> Siguen este modelo por ejemplo el art.46 VIAC (2013): Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Viena; y el art.4 del Reglamento internacional del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM Santiago) de la Cámara de Comercio de Santiago (1 julio 2006): artículo 4.1 (Limitación de responsabilidad): “Ni el CAM Santiago, ni su personal administrativo, ni los miembros del tribunal arbitral serán responsables frente a persona o institución alguna, por hechos, actos u omisiones relacionados con el proceso arbitral de que conozcan”. Curiosamente ni la Ley de arbitraje comercial internacional de Chile, ni el propio Reglamento de la CAM Santiago para arbitraje nacional recogen una regla sobre limitación de responsabilidad. Vid. También artículo 56 del Reglamento de Arbitraje del Instituto Danés de Arbitraje (2008): “Neither arbitrators nor Danish Arbitration, its Council, Board of Representatives or employees can be held liable for any act or omission in connection with a request for arbitration, the processing of an arbitration case, or an award made by an arbitral tribunal”. Art.1.11 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, 21 junio 2011: “Los procedimientos de arbitraje conducidos por el CRC así como los laudos dictados no comprometerán la responsabilidad de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, ni de los miembros de su Junta Directiva, ni del Centro de Resolución Alternativa de Controversias ni de los miembros de su Bufete Directivo, ni de los Árbitros frente a los litigantes”. Artículo 5 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, 27 junio 2007: “El Centro no asume ninguna responsabilidad por cualquier reclamo de daños o perjuicios que por acción u omisión puedan hacer las partes o terceros a los conciliadores, árbitros y secretarios en el ejercicio de sus funciones”; y art.47 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Kigidi (Ruanda, 2012).

<sup>89</sup> Por ejemplo, dentro de los países Ley Modelo han incluido reglas específicas de responsabilidad siguiendo el modelo de exoneración cualificada:

- En Bermuda: sección 34 Ley de Arbitraje: “Non-liability of arbitrator. An arbitrator is not liable for any act or omission in the capacity of arbitrator in connection with any arbitration conducted under this Act except that he may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing”.
- En Escocia: las secciones 73-75 de la Ley de Arbitraje de 2010 acogen un modelo de exoneración cualificada para todos los participantes en un arbitraje. Así la Rule 73 Immunity of tribunal etc. indica que: “(1) Neither the tribunal nor any arbitrator is liable for anything done or omitted in the performance, or purported performance, of the tribunal’s functions. (2) This rule does not apply— (a) if the act or omission is shown to have been in bad faith, or (b) to any liability arising from an arbitrator’s resignation (but see rule 16(1) (c)). (3) This rule applies to any clerk, agent, employee or other person assisting the tribunal to perform its

- 
- functions as it applies to the tribunal”. Rule 74 Immunity of appointing arbitral institution etc. señala que: “(1) An arbitral appointments referee, or other third party who the parties ask to appoint or nominate an arbitrator, is not liable— (a) for anything done or omitted in the performance, or purported performance, of that function (unless the act or omission is shown to have been in bad faith), or (b) for the acts or omissions of— (i) any arbitrator whom it nominates or appoints, or (ii) the tribunal of which such an arbitrator forms part (or any clerk, agent or employee of that tribunal). (2) This rule applies to an arbitral appointments referee’s, or other third party’s, agents and employees as it applies to the referee or other third party”. La Rule 75 Immunity of experts, witnesses and legal representatives, por su parte señala que: “Every person who participates in an arbitration as an expert, witness or legal representative has the same immunity in respect of acts or omissions as the person would have if the arbitration were civil proceedings”.
- En Grecia: Código de Procedimiento Civil, siguiendo un modelo cualificado: Artículo 881: “In carrying out their duties, the arbitrators and the chairman shall be liable solely for fraud or gross negligence”.
  - En Malasia: Ley de Arbitraje de 2005, modificada en 2011, cuyo art.47 (Liability of Arbitrators) señala que: “An arbitrator shall not be liable for any act or omission in respect of anything done or omitted to be done in the discharge of his functions as an arbitrator unless the act or omission is shown to have been done in bad faith”. Se establece además una regla de exoneración en relación con las instituciones de arbitraje y particularmente del Centro de Arbitraje Regional de Kuala-Lumpur (KLRCA) en el art.48 de la Ley (Immunity of arbitral institutions): “The Director of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration or any other person or institution designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator, shall not be liable for anything done or omitted in the discharge of the function unless the act or omission is shown to have been in bad faith”.
  - En Hong-Kong, la Arbitration Ordinance (Cap. 609 Leyes de Hong-Kong) en vigor desde el 1 junio 2011 establece en la sección 104 la limitada responsabilidad de los árbitros (también de los mediadores): “(1) An arbitral tribunal or mediator is liable in law for an act done or omitted to be done by (a) the tribunal or mediator; or (b) an employee or agent of the tribunal or mediator, in relation to the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of the tribunals arbitral functions or the mediators functions only if it is proved that the act was done or omitted to be done dishonestly.(2) An employee or agent of an arbitral tribunal or mediator is liable in law for an act done or omitted to be done by the employee or agent in relation to the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of the tribunals arbitral functions or the mediator’s functions only if it is proved that the act was done or omitted to be done dishonestly”.

Por su parte la sección 105 se refiere a la persona nominadora y a las instituciones administradoras en términos similares: “(1) A person— (a) who appoints an arbitral tribunal or mediator; or (b) who exercises or performs any other function of an administrative nature in connection with arbitral or mediation proceedings, is liable in law for the consequences of doing or omitting to do an act in the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of the function only if it is proved that the act was done or omitted to be done dishonestly. (2) Subsection (1) does not apply to an act done or omitted to be done by— (a) a party to the arbitral or mediation proceedings; or (b) a legal representative or adviser of the party, in the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of a function of an administrative nature in connection with those proceedings. (3) An employee or agent of a person who has done or omitted to do an act referred to in subsection (1) is liable in law for the consequence of the act done or omission made only if it is proved that (a) the act was done or omission was made dishonestly; and (b) the employee or agent was a party to the dishonesty. (4) Neither a person referred to in subsection (1) nor an employee or agent of the person is liable in law for the consequences of any act done or omission made by— (a) the arbitral tribunal or mediator concerned; or (b) an employee or agent of the tribunal or mediator, in the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of the tribunals arbitral functions or the mediators functions merely because the person, employee or agent has exercised or performed a function referred to in that subsection”.

-En Kenia: Sección 16B de la Ley de Arbitraje de Kenia (1995, en vigor desde el 2 enero 1996):

“(1) An arbitrator shall not be liable for anything done or omitted to be done in good faith in the discharge or purported discharge of his functions as an arbitrator. (2) Subsection (1) shall extend to apply to a servant or agent of an arbitrator in respect of the discharge or purported discharge by such a servant or agent, with due authority and in good faith, of the functions of the arbitrator. (3) Nothing in this section affects any liability incurred by an arbitrator by reason of his resignation or withdrawal”.

- En Mauricio: sección 19 International Arbitration Act (Act nº37 of 2008):

resultando absolutamente mayoritario el modelo de exoneración cualificada tanto en las leyes como reglamentos<sup>90</sup>, aunque se puede encontrar alguna fórmula mixta de exoneración cualificada y total en algunos reglamentos que, sin embargo, no está presente en ninguna Ley de Arbitraje, y que no depende de los sujetos sino de las materias objeto de responsabilidad<sup>91</sup>.

Efectivamente, el análisis de los reglamentos y leyes de arbitraje evidencia que en la actualidad el modelo que más fortuna ha tenido ha sido el que sigue el modelo de exoneración cualificada, como el que adopta nuestro art. 21 LA, y que tiene su reflejo en numerosos reglamentos arbitrales tanto nacionales como internacionales<sup>92</sup>, y en menor medida en algunas leyes de arbitraje, ya que no todas incorporan

---

“Protection from liability and finality of decisions. An arbitrator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith. An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator shall not be liable – for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act is shown to have been in bad faith; b) by reason of having appointed or nominated the said arbitrator, for anything done by the arbitrator or his employees or agents in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator”.

- En Nueva Zelanda: sección 13 Ley de Arbitraje: Liability of arbitrators: “An arbitrator is not liable for negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of arbitrator”.
- En Singapur: art.20 Ley de Arbitraje de Singapur (31 julio 2002): “Liability of arbitrator. An arbitrator shall not be liable for — (a) negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of the arbitrator; or (b) any mistake of law, fact or procedure made in the course of arbitral proceedings or in the making of an arbitral award”.
- En Sri Lanka: sección 45 de La Ley de Arbitraje, Ley n°11/1995, de 30 junio: “An arbitrator shall not be liable for negligence in respect of anything done or omitted to be done by him in the capacity of arbitrator but shall be liable for fraud in respect of anything done or omitted to be done in that capacity”.
- En Tailandia: sección 23 de la Ley de Arbitraje de 23 abril 2002: “The arbitrator shall not be responsible for any civil liability on the carrying out of his or her functions as the arbitrator, except where he or she acts willfully, or with gross-negligence, and such acts cause damages to any party”, estableciendo en el resto de la sección responsabilidad penal por actos de corrupción.

Sigue un modelo de exoneración total: la sección 22 Arbitration Act de Irlanda (2010) (*infra* en texto).

<sup>90</sup> Aunque parecen existir excepciones, por ejemplo, en Ecuador donde el art.18 de la Ley de Arbitraje y Mediación de 4 septiembre 1997 considera que los árbitros una vez aceptado el cargo responden frente a las partes por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causaren, a menos que se trate de un impedimento justificado. Se ha de presumir que hay una remisión a las reglas generales de responsabilidad contractual/extracontractual, aunque pueden surgir dudas porque la misma Ley se encarga de asimilar al árbitro con los jueces mediante la remisión a los criterios de abstención y recusación (arts.19 y 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

Curiosamente el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito prevé una exoneración total del centro arbitral respecto de las responsabilidades que pudieran tener frente a terceros por las acciones u omisiones de los árbitros, mediadores, secretario o peritos (art. 21). De hecho a lo largo del Reglamento, éste especifica constantemente la ausencia de responsabilidad del centro a la hora de adoptar decisiones de importancia, como la de no iniciar el arbitraje si no existe provisión de fondos (art.71).

<sup>91</sup> Vid. *Supra* nota 80.

<sup>92</sup> Artículo 35 (Exclusion of Liability) del Reglamento del Centro Internacional de Disputas (ICDR), 1 junio

2010: “The members of the tribunal and the administrator shall not be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these Rules, except that they may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing”. Curiosamente la exoneración de responsabilidad es absoluta bajo las reglas que se aplican al arbitraje doméstico. Así, la regla R-52(d) de las *Commercial Arbitration Rules* de 1 octubre 2013 señalan que: “Parties to an arbitration under these Rules shall be deemed to have consented that neither the AAA nor any arbitrator shall be liable to any party in any action for damages or injunctive relief for any act or omission in connection with any arbitration under these Rules”. Sigue también una modelo de exoneración parcial: art.35 de la Cámara de Bahrein-AAA para la resolución de disputas.

Artículo 48 Exención de responsabilidad del Reglamento de Arbitraje la Cámara de Comercio de Estocolmo en vigor desde el 1º de enero de 2010: “Ni el SCC ni el/los árbitro(s) asumen responsabilidad frente a cualquiera de las partes por actos y/u omisiones relacionados con el arbitraje, salvo que dichos actos u omisiones hayan sido efectuados con dolo o culpa grave”, esto es, en el texto en inglés: *willful misconduct or gross negligence*. En Suecia, que no es un país Ley Modelo, la Ley de Arbitraje de 1999 no contiene ninguna norma sobre responsabilidad de los árbitros, por lo que se construye el sistema de responsabilidad doctrinalmente ya siguiendo estrictamente las pautas de la responsabilidad contractual, ya estableciendo algunas excepciones. Véase: Lars HJERNER, *Immunity of Arbitrators under Swedish Law*. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators*. The School of International Arbitration and Lloyd’s of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.81-84.

Artículo 40 (Exclusion of Liability) del Centro Internacional de Arbitraje de Hong-Kong (HKIAC), 1 septiembre 2008, señala que: “None of the HKIAC, the HKIAC Council, the HKIAC Secretariat or their staff, arbitrators, tribunal-appointed experts or the secretary of the arbitral tribunal shall be liable for any act or omission in connection with an arbitration conducted under these Rules, save where the act was done or omitted to be done dishonestly”.

Art.77 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) establece que: “El árbitro o los árbitros, la OMPI y el Centro no serán responsables ante ninguna de las partes por ningún acto u omisión en relación con el arbitraje, a menos que se haya cometido una falta deliberada” (deliberate wrongdoing).

Art.44 of the Australian Centre for International Commercial Arbitration Rules (ACICA Rules) (2005): “The Arbitral Tribunal shall not be liable for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules save where the act or omission is fraudulent”; y Art.37 del Centro Comercial de Arbitraje y Mediación de Las Américas (CAMCA Rules): “The members of the tribunal and the administrator shall not be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these rules, save that they may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing”. Regla 13 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Comercial de Arbitraje de Japón (1 enero 2008) (*willful or gross negligence*).

Art.50 de las Reglas de Arbitraje de Malta (2004) del Centro de Arbitraje de Malta:

“The arbitrators, the Centre, its officers and its employees shall not be liable in damages to any person for any act or omission in connection with their duties, provided such act or omission does not constitute an intentional or grossly negligent breach of duty, or such act or omission is not attributable to malice or fraud. The arbitrators, the Centre, its officers and its employees shall not be liable in damages to any person for any act or omission in connection with their duties, provided such act or omission does not constitute an intentional or grossly negligent breach of duty, or such act or omission is not attributable to malice or fraud”.

Art.11 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Atenas: Article II (Responsibility of arbitrators and of the chairman): “The arbitrators and the chairman of the arbitral tribunal, during the performance of their duties, are responsible for fraud and gross negligence only”.

IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (1987) establece como regla general que: “international arbitrators should in principle be granted immunity from suit under national laws, except in extreme case of willful or reckless disregard of their legal obligations”.

Regla 34 del Reglamento SIAC (2013) (Singapur International Arbitral Centre): Exclusion of Liability. “1. SIAC, including the President, members of its Court, directors, officers, employees or any arbitrator, shall not be liable to any person for any negligence, act or omission in connection with any arbitration governed by these Rules. 2. SIAC, including the President, members of its Court, directors, officers, employees or

una regla al respecto aunque sí de forma habitual los reglamentos<sup>93</sup>, si bien en ocasiones se acoge únicamente para el arbitraje internacional pero no para el nacional<sup>94</sup>.

Ambos modelos normativos (LCIA que acoge una exoneración cualificada v. ICC que adopta una total exoneración) presentan como problema común el que deriva de la

---

any arbitrator, shall not be under any obligation to make any statement in connection with any arbitration governed by these Rules. No party shall seek to make the President, any member of the Court, director, officer, employee or arbitrator act as a witness in any legal proceedings in connection with any arbitration governed by these Rules”.

93 Por ejemplo en Suiza, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de 1987 nada indica sobre la exoneración o responsabilidad de los árbitros, mientras que ya en 2004 el Reglamento elaborado por las Cámaras Suizas (*Swiss Rules*) incluyó una norma siguiendo el modelo mayoritario. De esta forma el art.44 *Swiss Rules* (2004, reglamento por cierto basado en el Reglamento de la CNUDMI de 1976), indicaba que: “1. Ni las Cámaras, ni su personal, ni los árbitros, ni los peritos nombrados por el tribunal ni el secretario del tribunal serán responsables por acto u omisión alguno relacionado con un arbitraje conducido con arreglo a este Reglamento, salvo que quede demostrado que el acto u omisión constituye dolo o negligencia extremadamente grave”.

El vigente Reglamento desde 1 junio 2012, basado ahora en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, establece en su artículo 45 la misma regla aunque ha ampliado el elenco de sujetos beneficiados por la norma. Así el pfo.1 del art.45 *Swiss Rules* (2012) señala que: “1. Ni los miembros del consejo directivo de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas, ni los miembros de la Corte y la Secretaría, ni las Cámaras en lo individual o su personal, ni los árbitros, ni los peritos nombrados por el tribunal, ni el secretario del tribunal arbitral serán responsables por acto u omisión alguno relacionado con un arbitraje llevado a cabo con arreglo a este Reglamento, a menos que quede demostrado que el acto o la omisión es un acto ilícito doloso o se realizó con culpa grave”.

La doctrina suiza considera que la responsabilidad de los árbitros debe estar basada en el contrato que les une con las partes aunque no deja de acudir también al argumento analógico con los jueces, lo que implica que, al igual que en otros tantos ordenamientos jurídicos, la cuestión diste de ser clara. Vid. Acerca del derecho suizo: Jean-Flavien LALIVE, Immunity of Arbitrators under Swiss Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd’s of London Press Ltd (LLP)*, 1990, pp.117-129.

Idéntica consideración puede hacerse en relación con otros países como en Dinamarca donde la Ley nº553 de Arbitraje, 24 junio 2005 guarda silencio, mientras que el art.56 del Reglamento de Arbitraje del Instituto Danés de Arbitraje, 2008, establece una regla de exoneración total. También en La República Dominicana, véase Ley 489-08 de Arbitraje Comercial (2008) y art.1.11 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, 21 junio 2011, que sigue un modelo de exoneración total. En Egipto: Ley nº27/1994 sobre arbitraje civil y mercantil de Egipto, y Reglamento del Centro de Arbitraje Comercial Internacional del Cairo (CRCICA Rules), 2011, que sigue el modelo del Reglamento CNUDMI 2010. En Alemania: Código de Procedimiento Civil de Alemania (Libro X. Arbitraje) (2008), y Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS), 1 julio 1998, cuyo art.44 sigue un modelo de exoneración mixto dependiendo de las materias. En Guatemala: Ley de Arbitraje de Guatemala, 16 noviembre 1995 (Decreto 67-95) y Artículo 5 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, 27 junio 2007. India: Ley de Arbitraje y Conciliación de India (1996) y regla 54 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje y Mediación de India (2009), que sigue como se ha indicado anteriormente un sistema mixto. Japón: Ley nº138/2003 de Arbitraje de Japón, y regla 13 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Comercial de Arbitraje de Japón, 1 enero 2008, que sigue un sistema de exoneración cualificada. Malta: Ley de Arbitraje (1996) y art.50 Reglamento de Arbitraje de Malta (2004) del Centro de Arbitraje de Malta que sigue un modelo de exoneración cualificada.

<sup>94</sup> Por ejemplo en Costa Rica: Ley nº8937 sobre arbitraje comercial internacional, de 27 abril 2011.

validez de las cláusulas de exoneración su responsabilidad pactada por las partes –no hay que olvidar que el Reglamento se incorpora y forma parte del acuerdo de las partes en el convenio arbitral- que sólo será válida si lo admite la ley aplicable. Es por lo tanto la ley aplicable al arbitraje –normalmente el país de la sede-<sup>95</sup> la que determinará la validez jurídica de un acuerdo que permita una exoneración total o cualificada de responsabilidad para los árbitros y las instituciones. Así las cosas, a nuestro juicio, resulta equivocado un análisis de la responsabilidad de los árbitros que gire en torno a la contraposición del modelo legal frente al contractual, ya que este último queda siempre supeditado al legal, que es el que marca los límites de la validez del posible acuerdo de las partes, generalmente vía reglamentos arbitrales. Por ello, en nuestra opinión, en relación con el derecho español, el art. 21 LA se aplica unitariamente tanto a la responsabilidad legal como a la contractual.

El panorama descrito no deja de suscitar cierta perplejidad puesto que obliga a considerar no sólo la legislación del país de la sede del arbitraje, el reglamento arbitral pactado y el sistema de responsabilidad contractual aplicable de cara a determinar la validez de los pactos de limitación de responsabilidad contenidos, en su caso, en un reglamento arbitral. La perplejidad aumenta cuando desde el punto de vista de los usuarios del arbitraje comercial, esto es, las empresas, se encuentran con que el sometimiento a determinados reglamentos o la elección de determinadas sedes arbitrales –y por ende sus leyes de arbitraje- contienen un sistema de responsabilidad muy privilegiado para las Cortes y los árbitros.

En cualquier caso, los dos modelos reglamentarios anteriormente indicados en materia de responsabilidad, a menos que estén recogidos a nivel legal, se supeditan a su validez conforme a la ley aplicable, presentándose una interesante cuestión cuando el modelo legal acogido es el de la exoneración total, lo que sucede en muy pocas legislaciones, y al menos en las que hemos tenido ocasión de analizar únicamente lo hemos podido observar en alguna legislación estatal de EEUU<sup>96</sup> y en la Ley de Arbitraje de Irlanda de 2010.

La sección 22 de la Irish Arbitration Act (2010) señala que:

*“(1) An arbitrator shall not be liable in any proceedings for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his or her functions.*

---

<sup>95</sup> Dependiendo de las circunstancias también podrían ser consideradas las normas aplicables al árbitro en cuestión o las del lugar donde se haya cometido el acto que dio origen a la responsabilidad. Vid. Blanca MONTEJO, Artículo 16. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado. Directores: Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola. Legis, 2010, p.156.

<sup>96</sup> La sección 1297.119 del Código de California (Título IX.Arbitraje) indica que: “An arbitrator has the immunity of a judicial officer from civil liability when acting in the capacity of arbitrator under any statute or contract. The immunity afforded by this section shall supplement, and not supplant, any otherwise applicable common law or statutory immunity”.

*(2) Subsection (1) shall apply to an employee, agent or advisor of an arbitrator and to an expert appointed under Article 26, as it applies to the arbitrator.*

*(3) An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function.*

*(4) An arbitral or other institution or person by whom an arbitrator is appointed or nominated shall not be liable for anything done or omitted by the arbitrator (or his or her employees or agents) in the discharge or purported discharge of his or her functions as arbitrator.*

*(5) Subsections (3) and (4) shall apply to an employee or agent of an arbitral or other institution or person as they apply to that arbitral or other institution or that person mentioned in those subsections”.*

La legislación irlandesa resulta particularmente interesante ya que este país fue uno de los primeros en adoptar la Ley Modelo mediante la aprobación de la *Arbitration Act* (1988), incluyendo una disposición sobre exoneración cualificada de los árbitros ya que éstos respondían en los casos de mala fe<sup>97</sup>. Sin embargo, la vigente Ley de Arbitraje no ha cualificado la regla de exoneración y ha adoptado el modelo de exoneración total<sup>98</sup>, lo que desde nuestro punto de vista resulta indefendible máxime en una plano internacional<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Section 12(1): “An arbitrator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his or her functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.

(2) Subsection (1) shall apply to an employee, agent or advisor of an arbitrator and to an expert appointed under Article 26, as it applies to the arbitrator.

(3) An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act or omission is shown to have been in bad faith.

(4) An arbitral or other institution or person by whom an arbitrator is appointed or nominated shall not be liable for anything done or omitted by the arbitrator (or his or her employees or agents) in the discharge or purported discharge of his or her functions as arbitrator.

(5) Subsections (3) and (4) shall apply to an employee or agent of an arbitral or other institution or person as they apply to the institution or person himself or herself (...).”

<sup>98</sup> Es también el caso de EEUU según la doctrina: Julian LEW/Loukas MISTELIS/Stefan M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, nº12-56, y GAILLARD/SAVAGE, nº1088, aunque con dudas al entender que los árbitros serán responsables por contravenir sus más elementales deberes como jueces. Más tajantes en cuanto a la conclusión: FRANCK, pp.11-12: “In the United States, an arbitrator is absolutely immune from civil liability for all acts related to his decision-making functions. The scope of immunity even extends to situations where the arbitrator was careless, grossly negligent, or intentionally acted in a fraudulent manner”; HAUMANINGER, p.19: “U.S. law, on the contrary, seems to allow exculpatory clauses even as to intentional torts”; y RASMUSSEN, pp.1840-1849, también en relación con la inmunidad total de las instituciones arbitrales.

<sup>99</sup> También TRULI, p.398, criticando duramente la tesis de la inmunidad total lo que le lleva a proponer su modificación para acoger una inmunidad privilegiada –como por cierto hacen otros autores en la doctrina estadounidense, véase los autores citados en la nota 103 de su trabajo- por la que los árbitros serán respon-

En este sentido, entendemos que resulta más acorde con la realidad jurídica el modelo adoptado por el Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI en su redacción de 2010 que ha introducido novedosamente frente a su redacción de 1976 un precepto relativo a la responsabilidad de los árbitros basado en la responsabilidad agravada, pero sujeto a la ley aplicable en cuanto a su validez. El nuevo art.16 del Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI (2010) indica que:

Artículo 16 (Responsabilidad):

*“Salvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje”.*

A nuestro juicio, la norma transcrita no puede verse como una toma de partido de la CNUMDI a favor de la naturaleza jurisdiccional de la relación que media entre los árbitros y las partes<sup>100</sup>, sino como una disposición que se alinea con los modernos reglamentos arbitrales al tratar expresamente la cuestión de la responsabilidad de los árbitros y otros participantes en el arbitraje, ubicando correctamente el debate en torno a la validez de los límites pactados a la responsabilidad civil del árbitro en su terreno natural: la ley aplicable<sup>101</sup>.

---

sables en los casos de “malice” y “reckless disregard of the parties’ rights” (id., pp.400-401).

Sin embargo, se ha entendido que la regla de la inmunidad total en EEUU se fundamenta en la política legislativa favorable al arbitraje y debe ser respetada incluso en los casos de “wilful or malicious misconduct”: BRANSON/WALLACE, pp.85-87, y p.93: “The profound national commitment to arbitration is at the root of arbitral immunity, for this immunity is intended not merely to protect arbitrators, but more importantly to protect and promote the arbitral process. Thus arbitral immunity is necessary in order to effect the commitment to arbitration generally” (cit., p.86). Vid. También: HAUSMANINGER, pp.7 y ss, reclamando que se refuerce la regla de la inmunidad, ya que ello significa fortalecer al mismo tiempo el arbitraje. Con todo este autor (id., pp.19 y ss) señala que debe seguirse una supuesto de inmunidad limitada por el que los árbitros sean responsables no sólo en caso de incumplimiento intencionado de sus deberes sino también en los casos de negligencia grave, propuesta que también formula a nivel internacional .

<sup>100</sup> Por contra: MONTEJO, Art.16, pp.157-158, y p.162.

<sup>101</sup> Vid. Con anterioridad, art.8 (Liability) del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Viena (1 julio 2006) (VIAC, Vienna International Arbitral Center): “Liability of the arbitrators, the Secretary General, the Board and its members and the Austrian Federal Economic Chamber and its employees for any act or omission in relation to arbitration proceedings, insofar as such exclusion may be admissible by law, shall be excluded”. Igual redacción en el art.43 Reglamento VIAC (2013).

Vid. También: Art.66 Reglamento del Instituto Holandés de Arbitraje (NAI Rules), 1 enero 2010: “Article 66 - Exclusion of Liability- Neither the NAI, its board members and personnel, the arbitrator and his secretary, if any, nor any other individuals involved in the matter by any of these shall be liable under contract or otherwise for any act or omission by that individual or any other individual or due to use of any aids in or involving arbitration, unless and in so far as mandatory Dutch law precludes exoneration. Neither the NAI, its board members nor its personnel shall be liable for payment of any sum that is not covered by the deposit”; destaca frente al Reglamento de 1988 la inclusión del secretario del Tribunal arbitral y como decimos el sometimiento al derecho aplicable. En relación con el derecho Holandés, donde la Ley de Arbitraje guarda silencio se ha indicado que “The liability of arbitrators is a virtually unknown phenomenon” (VAN DEN BERG, p.59, aunque la normativa anterior contenida en el Código de Procedimiento Civil establecía la responsabilidad del árbitro

Este llamamiento a la realidad de los hechos ha tenido su eco en otros reglamentos que se han aprobado posteriormente<sup>102</sup> y muy significativamente en el nuevo Reglamento CCI (en vigor desde el 1º de enero de 2012) cuyo art.40 indica:

#### Artículo 40 (Limitación de Responsabilidad)

*“Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad sea prohibida por la ley aplicable”<sup>103</sup>.*

---

si no cumplía su mandato o no lo hacía temporáneamente).

Sin embargo, otros Reglamentos que siguen el modelo UNCITRAL han prescindido de la sujeción a la ley aplicable. Vid. Art.16 Reglamento CRCICA:” Save for intentional wrongdoing, neither the arbitrators, the Centre, its employees, the members of both the Board of Trustees and the Advisory Committee nor any person appointed by the Arbitral Tribunal shall be liable to any person based on any act or omission in connection with the arbitration”; y Regla 11 (No Liability) del Centro de Arbitraje Regional de Kuala-Lumpur (KLRCA Rules): “Neither the KLRCA nor the arbitral tribunal shall be liable to any party for any act or omission related to the conduct of the arbitral proceedings”.

<sup>102</sup> Por ejemplo adopta la misma regla que el Reglamento UNCITRAL (2010) considerando entre los sujetos beneficiados por ella a la Dirección ejecutiva y al Centro de Arbitraje, el art.13 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Nótese que ni la Ley de Arbitraje de 27 abril 2011 ni el Reglamento de Arbitraje del propio Centro establecen regla alguna sobre responsabilidad de los árbitros o las instituciones arbitrales, y ello en claro contraste con la regulación anterior que acogía un sistema basado en la responsabilidad contractual/extracontractual general.

<sup>103</sup> Se trata de un principio reconocido también bajo el Reglamento de 1998, según apuntan: DERAINS/SCHWARTZ, p.352 comentando el art.34 del citado Reglamento. Sin embargo, y al hilo del vigente reglamento, se ha considerado que se trata de una evolución en las normas de la CCI: desde una exclusión de responsabilidad a una limitación en la misma: Vid. Karin CALVO GOLLER, The 2012 ICC Rules of Arbitration –An Accelerated Procedure and Substantial Changes. Journal of International Arbitration, 2012, vol.29, nº3, pp.340-341, con cita de la sentencia del *Tribunale de Grande Instance* de Paris, 10 octubre 2007 en el caso *SNF v. ICC*, donde aunque no se consideró responsable a la CCI, sin embargo se entendió que ésta tenía como obligación remitir temporáneamente el laudo a las partes, al tiempo que consideró imposible jurídicamente una exclusión total de responsabilidad. Así el tribunal indicó: “Considérant que pour exécuter ses obligations moyennant rémunération, la CCI doit organiser et administrer l’arbitrage et à cette fin fournir une structure propre à permettre un arbitrage efficace c’est-à-dire intervenant avec la célérité escomptée, élaborée conformément aux règles choisies et susceptible de recevoir exécution; (...). Considérant que la clause élisive de responsabilité qui autorise la CCI à ne pas exécuter son obligation essentielle en tant que prestataire de services non juridictionnels doit être réputé non écrite dans les rapports entre la CCI et la société SNF dès lors que la clause contredit la portée du contrat d’arbitrage”. El argumento ha sido, sin embargo, criticado por Emmanuel JOLIVET, La responsabilité des centres d’arbitrage et leur assurance. Revue générale du droit des assurances, nº 2012-01, p.7 (disponible en <http://www.lextenso.fr/>).

Se notará, sin embargo, que sigue confiando el Reglamento CCI en la exoneración total como principio de política normativa, aunque supeditado a que este acuerdo de las partes en torno a la limitación de responsabilidad sea conforme con la ley aplicable<sup>104</sup>.

En definitiva, el modelo de exoneración total pretende advertir a los usuarios del arbitraje acerca de una política de exoneración de responsabilidad de las Cortes y de los árbitros, pero esta visión sólo será válida desde el punto de vista jurídico si se acompaña de una ley aplicable que así lo permita. Desde nuestra perspectiva, será muy difícil considerar que bajo el modelo de exoneración total no exista, al menos, una responsabilidad por dolo de las Cortes o de los árbitros. En cuanto a si podrá subsistir una responsabilidad por negligencia o culpa grave, dependerá de si el derecho aplicable –que puede ser el que rija conforme al derecho aplicable al contrato o el derecho aplicable al arbitraje, según cómo esté diseñada la regulación interna– permite válidamente un pacto de exoneración de responsabilidad en dicha situación.

El modelo de exoneración total no resulta en consecuencia el modelo seguido habitual ni preferentemente en el arbitraje, habiendo tenido más fortuna el modelo de exoneración parcial, esto es, un modelo de responsabilidad que se aparta de las reglas generales aplicables a los contratos –responsabilidad por dolo o culpa– para acoger en unos modelos un criterio de imputación únicamente basado en el dolo, mientras que en otros modelos los títulos de imputación abarcan también la negligencia inexcusable o, incluso, a la culpa grave. La regla común al modelo exoneración en cualquiera de sus dos variantes (total o parcial) es que los árbitros y las instituciones arbitrales no responderán conforme a una simple negligencia<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> En cuanto a la determinación de la Ley aplicable no resulta fácil en atención a las diversas situaciones que pueden darse en la práctica y la diferente de forma de entender la relación entre el árbitro y las partes, así como la caracterización de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del árbitro: se podría abogar por la *lex arbitri*, pero también podría recurrirse a otras: por ejemplo, la *lex contractus* si se considera que la responsabilidad es contractual, la *lex loci delicti* en el caso de la responsabilidad extracontractual, la ley personal aplicable al árbitro, o el domicilio de la parte dañada.

En relación con el derecho aplicable a los contratos comerciales de prestación de servicios, a falta de elección del derecho aplicable, los criterios de conexión habitualmente empleados son la *lex loci celebrationis*, la *lex loci executionis* o la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos que es el acogido a nivel comunitario. Los dos últimos resultan coherentes con la elección por las partes de la sede jurídica del arbitraje. Acerca de dichos criterios de conexión puede verse: Guillermo PALAO MORENO, Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios. Granada: Comares, 1995, pp.129 y ss, abogando el autor por criterios flexibles de conexión.

<sup>105</sup> Las Leyes o reglamentos consultados ya en su versión original cuando es el caso, ya en su traducción al inglés, y que han sido citadas en las notas precedentes utilizan, en nuestra opinión, los términos *dolo* (“bad faith”, “not done in good faith”, “conscious and deliberate wrongdoing”, “intentional wrongdoing”, “deliberate wrongdoing”, “intentional breach of duty”, “wilful misconduct” “fraudulent”, “malice” y “fraud”) o *negligencia grave* (“gross negligence” “grossly negligent breach of duty”, “gross negligence”, o “dishonestly”) como criterios de imputación de responsabilidad de los árbitros o de las instituciones arbitrales, en el bien entendido que algunos de esos criterios pudieran ser interpretados en el sentido de acoger no sólo el dolo directo sino también un supuesto intermedio entre el dolo y la culpa grave, que se denomina culpa inexcusable. En este sentido, estaría también comprendido el dolo eventual o de segundo grado que bien pudiera ser equiparado

En un plano internacional, el debate en torno a estos criterios de imputación de responsabilidad sigue estando muy vivo como lo demuestra la reciente discusión y debate al hilo de la modificación del Reglamento de la CNUDMI. Esta regla que no existía bajo el Reglamento de 1976, y que ha tenido plasmación en el nuevo art.16 del Reglamento recibió un buen número de apoyos para su inclusión, ya que se entendió el Reglamento (también la Ley Modelo) presentaba una importante laguna sobre este particular denunciado por los estudios previos en la materia<sup>106</sup> por lo que se decidió acometer la tarea de regular la responsabilidad de los árbitros.

En cuanto al ámbito objetivo, y especialmente en relación con las excepciones a la responsabilidad de los árbitros, fue especialmente complejo el acuerdo. La propuesta inicial de la Secretaría de la CNUDMI giraba en torno a los conceptos de actos ilegales, conscientes y cometidos deliberadamente. Se consideró añadir a éstas la inmunidad de los árbitros en caso de negligencia “manifiesta” o “sumamente grave”, pero se abrió un intenso debate centrado en el efecto que dicha exoneración tendría en los derechos aplicables: en determinados países toda exoneración contractual de responsabilidad por negligencia manifiesta sería contraria al orden público legal interno, mientras que en otros países cuyo derecho interno no ha previsto el concepto de “negligencia manifiesta”, sería posible que una parte se exonerara a sí misma de las consecuencias de su propia “negligencia”, salvo en la medida en que la conducta negligente revistiera tal gravedad que fuera equiparable a la “falta de honradez” o a “obrar consciente y deliberadamente mal”. A estos problemas se sumaron algunas delegaciones, particularmente las del *common law* que consideraron que la negligencia grave, la negligencia cualificada o la negligencia extremadamente grave son nociones desconocidas o difíciles de aprehender. Ante las incertidumbres y diferentes interpretaciones que una disposición así podría causar se estimó que era preferible no incluir en el Reglamento una disposición basada en

---

con la negligencia grave en algunos ordenamientos jurídicos.

Como se ha indicado anteriormente, determinadas Leyes y Reglamentos sólo cualifican la responsabilidad en función del dolo, mientras que en otros la responsabilidad puede ser también imputada en los casos de culpa grave.

En relación con los textos jurídicos en nuestro idioma nótese que la Ley de Arbitraje española utiliza los términos *mala fe*, *dolo* y *temeridad*. El Reglamento CNUDMI (2010) el de *falta intencional (intentional wrongdoing)*, y *falta deliberada* en el Reglamento OMPI (“deliberate wrongdoing”). *Swiss Rules* (2012) “acto ilícito doloso o culpa grave” (en su versión anterior de 2004: “dolo o negligencia extremadamente grave”).

<sup>106</sup> Prof. Pieter SANDERS, Has the Moment Come to Revise the Arbitration Rules of UNCITRAL?. En: *Arbitration International*, 2004, vol.20, nº3, pp.267-268; y Jan PAULSSON/Georgios PETRO-CHILOS, Report on the Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 2006, nº95, disponible en: <http://www.uncitral.org>, quienes proponían un nuevo artículo para el Reglamento: “No arbitrator (including his or her employees and assistants), secretary to the arbitral tribunal appointed in accordance with article 15, paragraph 9, or expert to the arbitral tribunal shall be liable to any party for any act or omission in connection with the performance of his or her tasks under these Rules except if that act or omission was manifestly in bad faith”.

el concepto de “negligencia”, ya que podría prestarse a interpretaciones divergentes según los países<sup>107</sup>.

Tras el debate, la Secretaría propuso otras formulaciones hasta llegar a la actual que supone conceder inmunidad a *los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral* cuando la ley aplicable permitiera la exoneración contractual de responsabilidad en el máximo grado permitido por dicha ley sin que esta exoneración alcance a los supuestos de falta intencional.

En cuanto al significado de “falta intencional” (*intentional wrongdoing* o *faute intentionnelle*) aunque se expresaron algunas opiniones en torno a las posibles interpretaciones divergentes que podría tener dicho término en los distintos ordenamientos jurídicos<sup>108</sup>, se expresó, sin embargo, que todos los jueces serían capaces de entender el significado de falta intencional<sup>109</sup>, ya que se trata de un concepto que está acogido a nivel internacional en otros reglamentos arbitrales. A nuestro juicio, y aunque si bien a primera vista parece que la literalidad de “falta intencional” es únicamente equiparable al dolo, entendemos que analizando la historia legislativa puede llegarse a concluir que alcanza también a la culpa grave según la terminología civilista. De este modo, puede considerarse que los árbitros bajo el Reglamento CNUDMI responden en los casos de dolo y culpa grave<sup>110</sup>.

Además de los dos modelos indicados, podríamos finalmente hablar de un tercero que se basaría en el sistema general de responsabilidad, que fue por cierto el inicialmente acogido en nuestras Leyes anteriores de arbitraje (LADP y LA (1988)). De todas las Leyes y reglamentos que hemos podido analizar, que están actualmente vigentes y que acogen una regla sobre responsabilidad siguen el sistema general de responsabilidad por culpa<sup>111</sup>, entre otras:

---

<sup>107</sup> A/CN.9/646, n°43; y A/CN.9/688, n°45-48. Los trabajos pre-legislativos están disponibles en [www.unctral.org](http://www.unctral.org).

<sup>108</sup> Véase: A/65/17, n°76. Y observaciones de El Salvador (A/CN.9/704/Add.1) y de Noruega (A/CN.9/709/Add.2).

<sup>109</sup> A/65/17, n°76.

<sup>110</sup> Vid. las apreciaciones de PAULSSON/PETROCHILLOS, n°94: “The term “wrongdoing”, however, suggests that liability may be established if the act in question is shown to be not only “conscious and deliberate” but also a “wrong” within the technical meaning of the applicable law. If this is so, then the term “wrongdoing” has little practical value in itself, at least in terms of establishing liability. What would be required is a possibility to hold an arbitrator liable not under the common law of torts but for grave and deliberate misconduct in the performance on his or her duties as an arbitrator. The English Arbitration Act 1996 (s 29(1)) and the Irish International Commercial Arbitration Act 1998 (s 12(1)) more aptly refer to an “act or omission shown to have been in bad faith” and “in the discharge or purported discharge of [one’s] functions as an arbitrator”. Bad-faith conduct would include, but not be limited to, a “deliberate violation of the arbitration agreement or the [arbitration] rules”.102 cfr.art.10.2 LCIA”.

<sup>111</sup> Mencionar además el art.483 de la Ley 15.982 de 18 octubre 1998 de Uruguay (Código General del Proceso): “Obligación de los árbitros. Los árbitros que aceptaren el encargo lo consignarán con su firma al pie del compromiso o de un testimonio del mismo. La aceptación del cargo da derecho a las partes a com-

La Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras de 29 diciembre 2000 (Decreto-Ley, nº161-2000) cuyo artículo 47 (Responsabilidad) indica:

*“La aceptación obliga a los árbitros a cumplir su función con esmero y dedicación y serán responsables de reparar los daños y perjuicios que por su culpa y negligencia llegaren a causar a las partes o a terceros”<sup>112</sup>.*

La normativa Argentina contenida en el Libro VI (Proceso Arbitral) del Código Procesal Civil y Comercial de La Nación (art.745) que indica una responsabilidad general aunque sea en supuestos específicos:

“Desempeño de los árbitros. La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios”<sup>113</sup>.

Por su parte el art.756 del mismo Código señala que:

“Responsabilidad de los árbitros. Los árbitros que, sin causa justificada, no pronunciaran el laudo dentro del plazo, carecerán de derecho a honorarios. Serán asimismo responsables por los daños y perjuicios”.

Del mismo modo, el artículo 594.4 Código de Procedimiento Civil de Austria se refiere a la responsabilidad por culpa si el árbitro no concluye su misión temporánea-

---

pelar a los árbitros a su cumplimiento bajo pena de responder por los daños y perjuicios”. Que a juicio de la doctrina acoge una responsabilidad claramente de corte contractual: Daniel HARGAIN/Gabriel MIHALI, Capítulo XXII. Uruguay. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, p.712.

<sup>112</sup> Se notará que la Ley no se refiere a las instituciones arbitrales y de hecho los Reglamentos guardan silencio en cuestión de responsabilidad por lo que se aplicarán las reglas generales: véase por ejemplo, Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, 22 febrero 2001. La doctrina, por su parte, considera que el artículo 47 es aplicable por analogía a los centros arbitrales, y en todo caso se trae a colación el art.2236 CC que establece el principio general de la responsabilidad por culpa. Vid. Francisco Darío LOBO LARA/Francisco DARÍO LOBO FLORES, Capítulo XV. Honduras. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, p.518.

<sup>113</sup> Como indica Roque CAIVANO, Arbitraje. Ad hoc: Buenos Aires, 2008, p.177, el árbitro responde civilmente conforme a las reglas generales del CC: dolo, culpa o negligencia. En relación con la responsabilidad de los jueces se aplican también las reglas generales, aunque la doctrina entiende que los jueces no incurrir en responsabilidad en los casos de error judicial salvo que se trate de un error inducido de forma fraudulenta. Vid. Horacio GRIGERA, Immunity of Arbitrators under Argentine Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd’s of London Press Ltd (LLP), 1990, p.5.

mente o si rechaza llevarla a término<sup>114</sup>, por lo que sólo parcialmente se refiere a algunos supuestos de responsabilidad lo que ha dado pie a que la doctrina considere su aproximación a la figura del juez en otros posibles escenarios de responsabilidad<sup>115</sup>.

## 4.2. Conclusiones en torno al derecho comparado

Del examen efectuado en las líneas anteriores podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Las normas de exoneración de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en las modernas normas sobre arbitraje surgieron a mediados de los años 80 y fueron incluidas por los propios operadores del arbitraje al albur de una visión anglosajona acerca de la posición jurídica del árbitro que reside en entender que éste se equipara a un juez en el desarrollo de su actividad y estatus jurídico. Por ello se establece que los árbitros únicamente responden en los casos más graves: dolo y mala fe, aunque en algunos sistemas también responden por culpa grave.
- La extensión de esta normativa en el mundo del arbitraje ha implicado la introducción de normas de exoneración de responsabilidad en otras leyes de arbitraje, como la española, que resultan extrañas a la luz de sus sistemas jurídicos y en especial en aquellos que consideran que la naturaleza jurídica de la relación del árbitro con las partes o de éstas con la institución es puramente contractual, sin perjuicio de que se otorgue al laudo el valor de cosa juzgada. Esta cuestión se entronca directamente con la naturaleza jurídica del arbitraje y provoca, como veremos, en un sistema como el español, una ida y venida en torno a la naturaleza jurídica de esta institución, que hace que el debate en torno a la misma siga estando plenamente vigente y de máxima actualidad sobre todo tras la imposición obligatoria de la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

---

<sup>114</sup> Vid. Art.594.4: “An arbitrator who does not or does not timely fulfill his obligation resulting from the acceptance of his appointment, shall be liable to the parties for all damages caused by his culpable refusal or delay”. Un sector de la doctrina, sin embargo, se ha ocupado de reinterpretar el precepto considerando por analogía la aplicación de las reglas de inmunidad de los jueces. Vid. Franz T. SCHWARZ/Christian W. KONRAD, Article 8: The Liability of Arbitrators and the VIAC. The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria. Kluwer Law International, 2009, nº8-001 y ss, aunque estimando la distinción entre las decisiones jurisdiccionales del árbitro y las que no lo son al estilo de la norma expresa en el art.44 Reglamento DIS y la interpretación doctrinal en Alemania.

<sup>115</sup> Vid. Al respecto los autores citados en nota anterior y Werner MELIS, Immunity of Arbitrators under Austrian Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd’s of London Press Ltd (LLP), 1990, p.18 en relación con la conducta del procedimiento arbitral y la emisión del laudo que son consideradas actividades jurisdiccionales a las que se debe aplicar por analogía las reglas de inmunidad de los jueces, por lo que sólo responderán por dolo o por culpa grave. Resalta además el autor citado que si bien en Austria los abogados están obligados a contratar una SRC, no lo están los árbitros ya que el servicio que presta el árbitro no puede ser considerado como una profesión.

- El nacimiento, diseño y creación de las normas de exoneración de responsabilidad que más fortuna han tenido en su adopción por las legislaciones y reglamentos más modernos se vincula a los propios operadores jurídicos en el arbitraje.
- De los tres modelos acogidos en la práctica, esto es, el modelo de responsabilidad general por culpa o negligencia, el de exoneración total o el de exoneración cualificada, es el último es el que más éxito y difusión ha tenido en la práctica.
- Con independencia del modelo normativo acogido en los reglamentos de instituciones arbitrales, éstos quedan necesariamente sujetos al control de validez conforme al derecho aplicable, ya sea bajo la ley aplicable a la sede del arbitraje, ya conforme a las normas generales aplicables a la responsabilidad contractual, u otras, según los casos.
- La disparidad de criterios observados a nivel legislativo en relación con los criterios de imputación de la responsabilidad demuestra que la responsabilidad de los árbitros es todavía una de las grandes asignaturas pendientes en el arbitraje comercial internacional que exige un tratamiento unitario y uniforme en cuanto a su concepción, supuestos, efectos, consecuencias y títulos de imputación de responsabilidad<sup>116</sup>. En tanto en cuanto no exista dicha uniformidad, la cual ya adelantamos que se presenta compleja en cuanto a su consecución, sin duda, la discusión en torno a la utilidad o necesidad de una SRC, así como en su caso la específica configuración de las pólizas, dependerá en gran medida del régimen de responsabilidad legal presente en cada ordenamiento jurídico.

### **4.3. Los modelos normativos sobre exoneración de responsabilidad y su relación con el SRC**

Los referenciados modelos son en sí mismos bastante elocuentes en torno a su relación con el SRC o, mejor dicho, falta absoluta de relación, ya que dicho marco normativo explica que la exigencia legal de un seguro obligatorio sea, en general, desconocida en las leyes de arbitraje comparadas, y lo mismo puede decirse en relación con la contratación de seguros voluntarios de responsabilidad civil<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Así se ha señalado que: “there is no international widely accepted standard that addresses the issue of liability or its scope for international arbitrators” (Martin MAISNER, *Liability and Independence of the Arbitrator; Party Autonomy versus Autonomy of Arbitrators*. II Czech Y.B. Arb., 2012, nº8.53, lo que le lleva a proponer la elaboración de una Convención internacional (id., nº8.54). Más específicamente se ha propuesto el siguiente modelo: “International arbitrators should be granted immunity from civil liability suits under national laws, except in cases of intentional or grossly negligent violations of their contractual duties. If such violations have led to either the premature termination of the arbitral proceedings or the vacation of the final award. In no case shall the arbitrator be held liable for an error in the making of the award, except if such error consists in a manifest disregard of the applicable law” (HAUSMANINGER, p.47).

<sup>117</sup> JOLIVET, p.8, en relación con el SRC señala que tanto en Francia como en el extranjero la mayoría de los centros no están asegurados.

Rasgo común a los modelos más exigentes de responsabilidad es que al exonerar al árbitro o a las instituciones de responsabilidad o bien tratarse de supuestos de responsabilidad únicamente en los casos más grave de dolo o culpa inexcusable, las instituciones y los árbitros en esos países no han visto la necesidad de contratar SRC con carácter facultativo o voluntario y menos todavía los legisladores han impuesto, como sí hace el español, la contratación de un seguro.

Así sucede por ejemplo en países como México y Perú. En México, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) no cuenta con pólizas que aseguren la responsabilidad como institución arbitral ya que existe una total exoneración de responsabilidad tanto para la institución como para los árbitros en los procedimientos por ella administrados. Es más los pocos casos en que CANACO ha sido demandada en alguno de los procedimientos, los jueces en México han favorecido el argumento de la Comisión de que, como institución administradora, carecen de legitimación pasiva en los asuntos<sup>118</sup>.

En Perú, donde se sigue un sistema como el español de semi-responsabilidad de los árbitros y de las instituciones tampoco existe práctica en la contratación de un SRC. El artículo 32 de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo N° 1071), establece en relación con la responsabilidad de los árbitros una norma muy similar al art. 21 LA: *“La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable”*. Tal es así que las tres instituciones arbitrales más importantes de Lima, no tienen contratada una póliza por responsabilidad civil, sin que hasta la fecha se haya demandado a alguna de esas instituciones y sin que el mercado asegurador en dicho país ofrezca una póliza específica<sup>119</sup>.

En Venezuela, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) no tiene contratado ningún seguro de responsabilidad; acoge un sistema total de exoneración en lo referente a las actuaciones de los árbitros o mediadores frente a ella, por lo que parece que se aplicarán las reglas generales en materia de responsabilidad cuando se trate de dilucidar la propia responsabilidad del Centro o la de los árbitros<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> El artículo 6 (Exoneración de Responsabilidad) del Reglamento de CANACO expresamente indica que: “Queda expresamente establecido que ni la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, ni los miembros de la Comisión, ni la Secretaría General, ni los miembros de la Secretaría General, ni los árbitros, serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionadas con el arbitraje”.

<sup>119</sup> Las tres instituciones son las siguientes:  
Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado): <http://www.osce.gob.pe/subportal.asp?ids=7>.  
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: [http://www.camaralima.org.pe/ccl\\_arbitraje/es/ccl\\_arbitraje.aspx](http://www.camaralima.org.pe/ccl_arbitraje/es/ccl_arbitraje.aspx).  
Amcham Perú: <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/>.

<sup>120</sup> Vid. Art.10 Estatuto del Centro (Exoneración de Responsabilidad): “Ni el CACC ni su personal son responsables frente a persona alguna, de las decisiones, opiniones, hechos, actos u omisiones de los árbitros

En EEUU, la ICDR si bien tiene contratado un seguro que cubre su propia responsabilidad, no realiza contratación alguna por cuenta de sus árbitros. Esta situación no es en absoluto infrecuente, tal y como se desprende de una reciente estudio empírico sobre la base de 22 respuestas de centros arbitrales de todo el mundo a los que se les preguntó si tenían contratado un SRC y si el mismo cubriría a los árbitros. De las respuestas analizadas, los autores llegan a la conclusión de que algo más del 50% de las instituciones cuentan con un SRC que no cubre en la mayoría de los casos a los árbitros, aunque lo hacen si media petición por parte del mismo<sup>121</sup>. Aunque el estudio no indica las razones por las cuales no se extiende el SRC de la institución a los árbitros, es posible que se deba a la consideración por parte de los centros arbitrales que la relación que media entre ella y los árbitros es de carácter extracontractual, por lo que será el árbitro quien tenga que contratar el seguro por su cuenta.

Situación distinta encontramos en el caso de instituciones de arbitraje cuya naturaleza jurídica no es la de una simple asociación de derecho privado, sino de una organización internacional, como es el caso de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA, o PCA en sus siglas en inglés). Esta organización internacional creada por un Tratado internacional del que España es parte tiene un acuerdo de sede con los Países Bajos conforme al cual tiene inmunidad frente a los procedimientos por actividades realizadas dentro de su ámbito de trabajo<sup>122</sup>. Por ello, la CPA como institución no tiene contratada ninguna póliza de seguros, ni tampoco ofrecen póliza alguna a sus árbitros<sup>123</sup>.

Para finalizar, y en relación con los árbitros, intuimos que probablemente no contrataran seguros de responsabilidad, ya que o bien confían en que la institución arbitral puede haber contratado un seguro que cubra su responsabilidad, confían en que el SRC de abogados cubre su actuación como árbitros o, incluso, amparados en el privilegio legal se consideraban inmunes ante la responsabilidad civil en que pudieran incurrir, por lo que hipotéticamente podría decirse que no necesitan ni consideran necesaria la contratación de un SRC<sup>124</sup>.

---

o mediadores en los procedimientos llevados ante la Institución". El Estatuto se contiene en el Libro II del Reglamento del CACC en vigor desde 1 febrero 2013.

<sup>121</sup> HOFBAUER, et al, p.32.

<sup>122</sup> Similarmente un estatus privilegiado se otorga a los árbitros bajo el Tratado de la OHADA (disponible en: <http://www.ohada.com/traite-revise.html>), en cuyo artículo 49 se indica que: "In accordance with regulations, the civil servants and employees of OHADA, the judges of the Common Court of Justice and Arbitration, and the arbitrators appointed or confirmed by said Court, shall all benefit from diplomatic privileges and immunities in the performance of their duties. As appropriate, the Council of Ministers may remove such immunities and privileges. Further, the judges may be sued for acts outside the performance of their official duties only upon authorization of the Court", lo que ha sido criticado por la doctrina más atenta por resultar excesivo: CLAY, p.468.

<sup>123</sup> Las mismas conclusiones en torno a la CPA pueden verse en el documento de la CNUDMI: A/65/17, nº77, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>124</sup> Resulta muy difícil aseverar la realidad práctica en relación con la cuestión indicada en el texto a falta

Las cuestiones relativas a la responsabilidad de los árbitros y las instituciones y la necesidad de asegurar dicha responsabilidad es un tema que cada vez preocupa más a los participantes en el arbitraje comercial internacional. Así la *International Federation of Commercial Arbitration Institutions* (IFCAI) tiene en su agenda que alguna compañía internacional de seguros desarrolle una póliza específica para centros de arbitraje con el objetivo facilitar que los centros, sobre todo de mediana y pequeña dimensión, puedan contar con una póliza que sea uniforme y en la que se tomen en cuenta las particularidades del arbitraje. En qué medida dicha póliza cubrirá o no a los árbitros es una cuestión que está todavía por decidir.

Asimismo resaltar los problemas que surgen a la hora de contratar un posible SRC por las instituciones arbitrales y que se han enumerado por la doctrina: que les ha resultado prácticamente imposible encontrar una aseguradora que fuera capaz de ofertar un seguro adecuado para el arbitraje; la falta de comprensión y entendimiento acerca del papel que realiza un árbitro y una institución arbitral<sup>125</sup>; la inexistencia de una póliza estándar que cubra el riesgo de la institución arbitral, al tiempo que la aseguradora puede considerar la escasa rentabilidad para elaborar una, y cuando se decide a hacerlo la existencia de límites cuantitativos y geográficos que hacen inútil el seguro, o los problemas que derivan de las obligaciones que asumen las instituciones en relación con la confidencialidad que hacen difícil la delimitación del riesgo particularmente en relación con el cuestionario; y por último la alta cuantía de las primas ofertadas por las compañías de seguro debido a las dificultades técnicas que han encontrado para evaluar los riesgos, y que hacen incluso que las aseguradoras lleguen a imponer un reaseguro o coaseguro para la distribución de los mismos<sup>126</sup>.

---

de estudios empíricos y estadísticas. No es, sin embargo, una apreciación que resulte desconocida. Comentando precisamente la contratación de SRC en Suecia se ha indicado que si bien es posible que el SRC de abogado pueda cubrir a los árbitros "I have not heard, however, of any *ad hoc* arbitrator who cared to take out an insurance to protect himself against claims from any one of the parties. As no case is known from Swedish practice where a party raised a claim against an arbitrator, such insurance protection would in all probability be superfluous": HJERNER, p.84.

Del mismo modo y en relación con el SRC y el sistema de responsabilidad legal se ha señalado en aquellos sistemas en que se sigue un principio de inmunidad absoluta, como en EEUU, que: "Indemnity insurance is rarely requested or obtained. Most arbitrators rely upon the well established immunity provided by the Court decisions cited above" (Robert COULSON, American Arbitration Association and Immunity of Arbitrators. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP)*, 1990, p.103).

<sup>125</sup> En este punto la doctrina que analiza el contrato de seguro está de acuerdo en que para proceder a una correcta y concreta delimitación del riesgo por parte de la aseguradora es imprescindible que ésta conozca "con extraordinaria precisión la actividad que se asegura así como los riesgos específicos que le son calculables". Así VEIGA, p.346.

<sup>126</sup> JOLIVET, pp.9-10. A nuestro juicio, parece sin embargo que esos problemas se resaltan para justificar la ausencia de un seguro por las instituciones. En este caso resulta curioso cómo el autor, *General Counsel* de la CCI, en ningún momento indica si la CCI dispone o no de un SRC.

Se trata, sin embargo, de problemas que pueden ser superados en la práctica<sup>127</sup>. Buena prueba de ello es la existencia de instituciones arbitrales en España que cuentan con un SRC y la extensión del SRC de abogados a los árbitros sin que se haya aumentado la prima; con todo deben observarse ciertas imperfecciones de las pólizas que necesitarán ciertos ajustes para acomodarse mejor al arbitraje, particularmente problemático en relación con los toques cuantitativos, cuando no la creación de un seguro específico.

#### **4.4. El modelo español: el tránsito de un modelo basado en la culpa a un modelo de exoneración limitada de responsabilidad**

Con anterioridad a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 (LADP), la LEC (1881)<sup>128</sup> establecía la responsabilidad de los árbitros en el art.796:

“La aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerlos a que cumplan con su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios”<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Vid. RUTLEDGE, pp.172-173: “To be sure, the viability of this insurance market, like any insurance market, depends on the premium price and access to the insurance. Nevertheless, those problems are not insurmountable. Like other insurance markets, however, competing providers can be expected to offer different insurance products at varying prices. Moreover, arbitrators like other professionals can form risk pools (perhaps through existing dispute resolution associations like JAMS) in order to spread premiums across a wider array of participants and to enhance their bargaining position with the insurer community. Third, to the extent price and access squeeze some arbitrators out of the market, that is not necessarily a bad result. Economically, a high premium price and limited access should signal the fact that the arbitrator presents a high risk of liability – perhaps due to prior experience, perhaps due to doubts about her skill. Consequently, the insurance market can function almost as a gatekeeper to ensure the low-quality/high risk arbitrators have more difficulty entering the market to provide dispute resolution services”. Siguiendo a este autor: TRULLI, p.395.

<sup>128</sup> Una referencia histórica anterior en el tiempo, particularmente en relación con la Constitución de 1812 puede verse en: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.129 y ss. En relación con dicho texto constitucional señala el autor citado la identidad de la responsabilidad entre los jueces y magistrados con los árbitros, la responsabilidad basada en el dolo o la culpa lata e imprudencia, y el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre los árbitros salvo para el árbitro que no suscribiese la sentencia arbitral injusta (id., pp.132-133); y en Manuel OLIVENCIA RUIZ, El laudo extemporáneo. Revista del Club Español del Arbitraje, nº20 (de próxima publicación), en relación sobre todo con el laudo dictado fuera de plazo donde también se establecía la responsabilidad de los árbitros incluso por culpa. Así, por ejemplo, el art. 271 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 julio 1830 indicaba que la aceptación del nombramiento obligaba a los árbitros a cumplir el encargo. Por su parte, el art.279 de la citada Ley señalaba que: “Los árbitros no procederán a acto alguno de su encargo después de la revocación del compromiso o de la cesación de sus efectos por causa legal, bajo pena de nulidad de lo que actuaren, y de responsabilidad a los perjuicios que ocasionen con sus procedimientos”. Bajo la LEC de 1855 también se aludí a la responsabilidad del árbitro por el transcurso del término sin haber dictado el laudo, y se consideraba como una causa de cese del compromiso a la vez que establecía la posible responsabilidad del árbitro si por su culpa hubiere transcurrido inútilmente dicho término.

<sup>129</sup> De interés resulta también lo dispuesto en el art.797 LEC (1881) que indicaba que: “En el caso del artículo anterior, el Juez de primera instancia del partido en que se siga, ó deba seguirse el juicio arbitral, y en su defecto el del lugar donde resida cualquiera de los árbitros, prevendrá á éstos, á instancia de parte legítima, que procedan sin dilación al cumplimiento de su encargo, bajo apercibimiento de responder de los

Dicción seguida por el art.25 LADP que señalaba que:

“La aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para com-  
pelerles a que cumplan con su encargo, bajo la pena de responder de los daños y  
perjuicios.

Los árbitros tendrán derecho a exigir retribución de las partes en los casos estable-  
cidos por el Código Civil para el contrato de mandato”.

Lógicamente la LADP nada decía sobre las instituciones arbitrales al estar prohibido  
el arbitraje institucional. Como se ha visto, el art.25 establecía la responsabilidad de  
los árbitros conforme a las reglas generales de nuestro ordenamiento aplicables a la  
responsabilidad contractual por daños y perjuicios, decantándose expresamente por  
la relación contractual de mandato entre los árbitros y las partes.

En relación con la independencia de los árbitros frente a las partes, la LADP sin em-  
bargo se remitía a las normas sobre abstención y recusación de los jueces, lo que, en  
cierto modo implicaba una cierta asimilación del árbitro a la figura del juez. Así el art.23  
LADP indicaba que:

“No podrán ser nombrados árbitros quienes tengan con las partes o con la contro-  
versia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de  
abstención y recusación de un Juez.

Esto no obstante, si las partes, conociendo dicha circunstancia la dispensan expre-  
samente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo”.

Un paso significativo en la legislación fue la aprobación de la LA (1988) que introdujo  
como una de las grandes novedades en nuestro ordenamiento el arbitraje institucional  
dedicando también un precepto a la responsabilidad de los árbitros y de las institu-  
ciones arbitrales<sup>130</sup>. La LA (1988) parece considerar que la relación que media entre

---

daños y perjuicios (...). Desestimada la oposición ó consentida aquella providencia, la parte perjudicada po-  
drá entablar la demanda de daños y perjuicios contra el árbitro o los árbitros que los hayan causado, la cual  
se sustanciará en el Juzgado de primera instancia por los trámites del juicio declarativo que corresponda”.  
En opinión de la doctrina este precepto venía a consagrar una especie de antejuicio, y que considera que de  
una interpretación conjunta de este precepto con su antecedente el supuesto de responsabilidad consagra-  
do era el de la inactividad o demora de los árbitros en el cumplimiento del encargo una vez aceptado. Vid.  
OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.920. Véase también art.800 LEC (1881).

<sup>130</sup> Así la Exposición de Motivos de la LA (1988) indicaba que: “El Título II introduce como novedades el  
principio de libertad formal en el convenio arbitral, la consagración legislativa del principio de separabilidad  
del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal y, sobre todo, la posibilidad de que las par-  
tes difieran a un tercero del nombramiento de los árbitros e, incluso, la organización del sistema arbitral”.  
Destacar que anteriormente ya se había posibilitado que las Cámaras de Comercio prestaran el servicio  
de administración de arbitrajes internacionales mediante el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, so-  
bre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de  
arbitraje comercial internacional. Se notará que el Real Decreto en todo momento se refiere al arbitraje  
administrado como un “servicio”. Vid. Por ejemplo, art.1 Real Decreto: “El Consejo Superior de Cámaras

las partes y la institución arbitral corresponde a una relación contractual de servicios pues tal y como señala en su Exposición de Motivos, la Ley permite que las partes encomienden la *organización y administración de servicios arbitrales* a los centros arbitrales.

Son dos las novedades que presenta la LA (1988) en comparación con la regulación establecida bajo la LADP, aunque en punto a la responsabilidad por daños y perjuicios se continúa con la normativa general, esto es, la responsabilidad por dolo o culpa:

- a) la norma sobre responsabilidad se extiende también a las instituciones arbitrales;
- b) se reconoce una acción directa del perjudicado frente a la institución de arbitraje y al mismo tiempo una acción de resarcimiento de los centros arbitrales frente a los árbitros.

Así lo indicaba claramente el art.16.1 LA (1988):

“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 aquella contra los árbitros”.

Además de lo anterior, la LA (1988) establecía para el arbitraje institucional un mandato a las cortes arbitrales dirigido a impedir la designación de árbitros que hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prorroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales (art.14 LA).

En punto a la independencia de los árbitros, continuaba apegada la Ley de Arbitraje de 1988 a los motivos de abstención y recusación de los Jueces, pero comenzaban a vislumbrarse la existencia de normas específicas. De esta forma, y como regla general, se establecía en el art.12.3 que:

“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 (...)”<sup>131</sup>.

---

Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España podrá realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de arbitraje comercial internacional”. O Art.4: “Las funciones que se reconocen al servicio de arbitraje del Consejo Superior de Cámaras, a que se refiere el artículo primero, y en los términos que en el mismo se señalan, se ejercerán sin perjuicio de lo que, en la misma materia, puedan ser efectuadas por otras personas jurídicas o naturales”.

<sup>131</sup> Artículo 17 LA (1988):

1. *Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces, con las especialidades de los párrafos siguientes.*

La LADP y LA (1988) frente a las normativas comparadas anteriormente examinadas fueron unas normas anticipadas a su tiempo pues acogieron legalmente una norma expresa sobre responsabilidad de los árbitros primero y posteriormente también de las instituciones arbitrales, y lo hicieron sin otorgar privilegios o inmunidades a los árbitros o a las instituciones siguiendo las normas generales en materia de responsabilidad por daños basada en actuaciones dolosas o culposas como generadoras de responsabilidad, lo que implicó considerar que la relación entre los diversos participantes del arbitraje respondía al modelo contractual. El hecho de que hubiera una remisión a las causas de recusación de los jueces no hace variar la antedicha conclusión pues no se trata de asimilar las funciones de los árbitros y los jueces como lo demuestra claramente la norma sobre responsabilidad.

Sin embargo, la aprobación de la vigente Ley de Arbitraje se separó del clásico estándar de responsabilidad por “dolo o culpa” en su típica dicción acogido en las dos anteriores Leyes de arbitraje para aludir a “la mala fe, dolo o temeridad”, aunque continúa reconociendo la acción directa del perjudicado frente a la institución arbitral, al tiempo que también la acción de resarcimiento de la institución frente al árbitro (art. 21.1 LA).

Sorprendentemente la Exposición de Motivos nada dice sobre este cambio<sup>132</sup>, aunque sí se refiere a la responsabilidad de los árbitros en relación con el plazo para laudar: “El freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra, entre otras causas, en la responsabilidad de los árbitros”. Efectivamente además del art. 21 LA, el art.37 también se refiere directamente a la responsabilidad de los árbitros indicando que: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”<sup>133</sup>.

---

2. *Los árbitros solo son recusables por causas que hayan sobrevenido después de su designación. También podrán serlo por causas anteriores cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes o cuando aquellas fueren conocidas con posterioridad.*

3. *Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan.*

<sup>132</sup> Cambio que derivó de una enmienda de Convergència i Unió (CIU) durante la tramitación parlamentaria y que se justificaba sobre la base de que se pretendía así “favorecer e incentivar el desarrollo de procesos arbitrales internacionales en España”, así como sobre la base de la necesaria neutralidad del arbitraje. Vid. OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp-922-923, considerando además la finalidad del cambio sobre la base de la discusión parlamentaria: “Se trata de evitar un “sistema exorbitante de responsabilidad, basada en cualquier tipo de culpa” que “pudiera determinar una situación que acabase afectando realmente a su [de los árbitros] imparcialidad y a su independencia” o que pueda dar lugar –se dice- a que los árbitros se negasen a aceptar arbitrajes”.

<sup>133</sup> En su redacción original el art.37.2 2º inciso LA indicaba que: “La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

Además de lo anterior y como sabemos derivado de la reforma de mayo de 2011, se modifica el art. 21.1 LA para exigir la contratación de un SRC obligatorio o garantía equivalente.

En relación con los motivos conforme a los cuales examinar los estándares de independencia e imparcialidad de los árbitros tal y como apunta la Exposición de Motivos desaparece “el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general”<sup>134</sup>. Efectivamente el art.17 LA se refiere al requisito de los árbitros de ser independientes e imparciales de las partes, sin que puedan mantener con las mismas relación personal, profesional o comercial. En consecuencia, se afirma la total desvinculación entre las figuras de los jueces y los árbitros.

En conclusión, se aprecia que la norma del art. 21.1 LA se acerca a los modelos comparados ya analizados que han decidido acoger un modelo anglosajón de responsabilidad basada en la figura del juez y por ello en una cuasi-inmunidad de responsabilidad. Curiosamente, y según se acaba de señalar, sin embargo, la vigente LA desvincula las figuras de los árbitros y los jueces en relación con los motivos de abstención y recusación, a diferencia de la LA (1988) y la LADP.

A la postre se observa que la vigente LA sigue los parámetros de otras modernas leyes de arbitraje en el que el estatus del árbitro se aparta del juez, lo que ha propiciado el desarrollo de unos principios y reglas propias en relación con los deberes de independencia e imparcialidad de los mismos, al tiempo que se acercan dichas figuras en materia de responsabilidad.

## **V. LA SINGULARIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO Y EL SRC OBLIGATORIO**

Expuestos los modelos normativos presentes en el derecho comparado, la situación en España y la evolución normativa en este punto ha de ser, sin embargo, objeto de

---

<sup>134</sup> Entiende, sin embargo, que los artículos 219 y 220 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) son aplicables a los árbitros: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.68-69. Crítico con el vigente sistema de la LA ya que considera que puede dar lugar a incertidumbres interpretativas por lo que considera más adecuado un sistema taxativo de causas de abstención y recusación: Juan MONTERO AROCA, Artículo 17. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., pp.866-868, considerando incluso que aunque el art. 219 LOPJ no es aplicable directamente, las causas ahí enumeradas pueden ser utilizadas como criterios válidos para entender la duda objetiva a la que se refiere dicho precepto.

Más correctamente: José María ALONSO PUIG, Artículo 17. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., pp.241-242, con claros argumentos a favor de la desvinculación entre jueces y árbitros en esta materia.

matizaciones, pues el derecho español presenta singularidades frente a las restantes normas comparadas analizadas.

Las dos singularidades más apreciables de la normativa sobre arbitraje en España en relación con la responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales en comparación con el derecho arbitral comparado residen en:

- el reconocimiento de una acción directa del perjudicado frente a la institución arbitral (y a su vez una acción de resarcimiento de ésta frente a los árbitros) y;
- la exigencia obligatoria de contratación de un SRC.

Si bien la vigente Ley de Arbitraje sigue inicialmente un modelo de responsabilidad privilegiado siguiendo criterios de imputación de responsabilidad presentes en otras normativas comparadas, lo cierto es que la Ley española desde su creación en 2003 establecía una regulación más concisa y detallada de la responsabilidad en línea con la normativa del SRC, dando probablemente pie a la posible contratación voluntaria de un SRC por parte de la institución arbitral en favor de sus árbitros y por supuesto un seguro que cubriera sus propias responsabilidades. De hecho, algunas instituciones arbitrales en España con anterioridad a la modificación de mayo de 2011 habían contratado seguros de responsabilidad civil para cubrir eventuales responsabilidades, lo cual no resulta tampoco extraño pues hasta el año 2003 la responsabilidad establecida era conforme a las reglas generales de nuestro sistema jurídico (responsabilidad por culpa).

Se observa, pues, que la Ley de Arbitraje en línea con otras legislaciones arbitrales ha optado por un modelo de limitación cualificada de responsabilidad en el cual los sujetos responsables pueden ser los árbitros o las instituciones arbitrales. La singularidad española en el tratamiento de la responsabilidad civil de los árbitros –adviértase no de las instituciones que no son pese a lo que pudiera desprenderse el sujeto objeto de la norma- frente a las leyes de arbitraje que adoptan normas expresas sobre responsabilidad es que se ha acogido una acción directa del perjudicado frente a la institución administradora, pero no por hechos de los que ella pudiera resultar responsable sino por hechos de los que el árbitro es el responsable mismo, puesto que la acción directa se establece sin perjuicio de la acción de resarcimiento que pueda tener la institución frente al árbitro.

Resultando pues totalmente excepcional la legislación arbitral española a lo que hemos de añadir la excepcionalidad de la acción directa en materia de la teoría general de obligaciones y contratos<sup>135</sup>, necesariamente hemos de preguntarnos acerca

---

<sup>135</sup> Se habla de pluralidad de ámbitos en los cuales se desarrolla la acción directa, por ejemplo, las propias del subcontrato, auxiliares que colaboran en una actividad no siendo subcontratistas, sucesión de contrato y el ámbito de la responsabilidad extracontractual donde se ponen en contacto dos relaciones jurídicas de signo diverso: a) extracontractual entre el perjudicado y causante del daño); y b) contractual entre el causante del daño y el asegurador (Miguel PASQUAU LIAÑO, La acción directa en el derecho español. Madrid: Editora General de Derecho, S.A., 1989, pp.77-78). La última lógicamente es la acción directa del art.76 LCS

de los posibles fundamentos por los cuales se introdujo la acción directa en el ámbito arbitral<sup>136</sup>.

La instauración legal de una acción directa del perjudicado frente a la institución por hechos de los cuales será responsable el árbitro<sup>137</sup> tiene como una primera finalidad

---

que tiene como finalidad según el indicado autor poner en primer plano a una persona diferente del deudor, es decir, “de enfocar la pretensión hacia persona que, no está directamente vinculada con el acreedor (A), va a ser de ordinario, y en última instancia sobre quien repercuta (económicamente) el cumplimiento”, y por ello, continua, el deudor inmediato se va difuminando aun cuando no desaparece de escena.

Se habla también de las diversas finalidades y distinto modo de funcionamiento (id., pp.78-79). Todo ello, sin embargo, no ha impedido que se haya formulado una doctrina jurídica unitaria en la que incardinar los rasgos comunes de la acción directa. Vid. El ensayo doctrinal del PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.79 y ss, espec., pp.100-102, configurando dichos rasgos como sigue:

“1. Constituye un instrumento para la protección de determinados créditos, permitiendo a su titular dirigir su pretensión, indistintamente, contra el propio deudor o contra un determinado deudor de éste, lo que, además de la simplificación procedimental que entraña, genera, por virtud de este encadenamiento de relaciones jurídicas, una especie de “solidaridad pasiva” (obligación “in solidum”) entre ambos deudores, lo que amplía considerablemente la base patrimonial de garantía del crédito, como si de una fianza (solidaria) se tratase.

2. Aun no pudiendo ser identificada técnicamente con un privilegio, comporta, más por su modo de funcionamiento que por la “calidad intrínseca” del crédito en cuestión, una especial “causa de preferencia” para el cobro o satisfacción, dado que permite, en la mayoría de los casos, eludir la concurrencia de los demás acreedores del deudor. El ejercicio de la acción directa, al dirigirse sobre el patrimonio de una tercera persona, prevalecerá siempre, salvo que los demás acreedores (privilegiados o no) se anticipen, mediante la acción subrogatoria, el embargo del crédito del deudor común (B) contra el subdeudor (C), o de declaración de quiebra o concurso, supuestos en los que el acreedor directo compartirá el riesgo de la insolvencia del deudor común, como un acreedor quirografario.

3. La eficacia de la acción directa y, por lo tanto, de sus efectos protectores del crédito, depende en buena medida de la rapidez con que se actúe, siendo el momento de la reclamación (judicial o extrajudicial) el que determina la fecha a partir de la cual serán inoponibles al acreedor directo el pago, la cesión del crédito, la condonación, el embargo o cualquier otro acto que afecte a la subsistencia de la relación obligatoria entre el deudor intermediario y el subdeudor, salvo el supuesto de la acción directa del perjudicado contra el asegurador que goza de un régimen más favorable aún de inoponibilidad de excepciones, por expresa disposición del texto legislativo”.

<sup>136</sup> Una síntesis de las diversas tesis puede verse en OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.954: solidaridad, solidaridad impropia, responsabilidad objetiva extracontractual, nuevo supuesto de responsabilidad por hechos ajenos o un caso de legitimación extraordinaria en el ámbito procesal de carácter legal. Precisamente el autor se hace eco de varias de las enunciadas configurando una tesis que las aúna al entender que se trata de “un supuesto de responsabilidad impuesto por la Ley como garantía del acreedor, objetiva, en cuanto no basada en la culpa de la institución arbitral, extracontractual, en cuanto no se basa en el incumplimiento de ninguna obligación preexistente, por hechos ajenos (de los árbitros), directa y no subsidiaria, que se configura, en su relación con la obligación de responsabilidad de los árbitros, como una responsabilidad *in solidum*, y que da lugar precisamente a un supuesto de legitimación extraordinaria”.

Considera que la acción directa del art. 21.1 LA responde a la solidaridad impropia: Idelfonso SÁNCHEZ PRAT, Responsabilidad del árbitro y de las instituciones arbitrales. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p.338; y RIVERO, p.4249.

<sup>137</sup> No podemos, en consecuencia, estar de acuerdo con aquellos autores que han considerado que se le impone la responsabilidad a la institución arbitral por virtud de la acción directa: Marta GISBERT ZAMORA, El arbitraje institucional en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Derecho de los Negocios, septiembre 2004,

evidente la de proteger al perjudicado y, en nuestra opinión, se enlaza claramente en su naturaleza con la acción directa del perjudicado frente al asegurador<sup>138</sup> típica de los SRC bajo el artículo 76 LCS<sup>139</sup>, además de perseguir, a nuestro juicio, fomentar la contratación de un SRC voluntario por parte de dichas instituciones que cubrieran la responsabilidad de sus árbitros pero también su propia responsabilidad legal directa. Al mismo tiempo se trata de impulsar la contratación voluntaria de un SRC por parte de los árbitros puesto que en definitiva serán los responsables últimos<sup>140</sup>.

---

nº168, p.14, y menos todavía cuando ello le lleva a distinguir la responsabilidad de la institución –contractual o extracontractual- dependiendo de si el nombramiento del árbitro lo realizan las partes o ella misma.

<sup>138</sup> Vid. Genéricamente poniendo en relación la acción directa del art. 21 LCS con la acción directa del contrato de seguro: MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, pp.899-900; y MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.163-164 considerando que en el orden externo es una responsabilidad solidaria, pero no en el interno donde rige la mancomunidad: art.1137 CC.

Sobre la génesis y fundamento de la acción directa y su fundamentación en la protección de la víctima puede verse con mayores detalles: Manuel OLIVENCIA RUIZ, El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp.187 y ss. La acción directa, como explica el maestro Olivencia, nació inicialmente en el ámbito de la legislación sectorial de los seguros obligatorios y de responsabilidad objetiva con una finalidad de protección de las víctimas que termina por extenderse finalmente al ámbito general de los SRC voluntarios y de responsabilidad subjetiva o por culpa por mor de su inclusión en el art.76 LCS. Vid. También con mayores detalles: REVILLA, La acción directa, pp.46 y ss; y la interesante monografía de: Jaime BAILLO Y MORALES-ARCE, La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2000, pp.22 y ss, precisamente en relación con la acción directa en el marco de la RC automovilística, ámbito en el que nació la acción directa en nuestro sistema, y las diferentes teorías manejadas por la doctrina y la jurisprudencia para explicar su fundamentación (id., pp.41-101).

<sup>139</sup> El art.76 LCS señala que: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”. El proyectado art.592-47 (Acción directa) del Proyecto de Código Mercantil (2013) establece respecto a la misma que: “1. Sin perjuicio de lo previsto en el régimen de los contrato de seguro a los que se refiere el artículo precedente, el tercero o terceros perjudicados tendrán acción directa frente al asegurador del responsable civil para exigirle hasta el límite de la suma asegurada y conforme a lo previsto en el contrato de seguro la obligación de indemnización del asegurado. 2. La declaración de la responsabilidad del asegurado de acuerdo con su normativa específica será previa a la eventual condena al asegurador de la cobertura de esa responsabilidad civil. 3. Los terceros perjudicados podrán ejercitar en el mismo proceso la acción contra el responsable del daño y la directa frente al asegurador de la responsabilidad civil. En la acción contra el asegurador, éste podrá oponer frente al perjudicado o perjudicados las excepciones que puedan ampararse en el régimen de la responsabilidad civil del causante del daño o en el contrato de seguro. 4. El asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato y su contenido”.

<sup>140</sup> En este sentido, se ha considerado mayoritariamente beneficiosa la contratación de una SRC e incluso algún autor está a favor de su obligatoriedad. Vid. CLAY, pp.718-719, con ulteriores citas.

En otras palabras, en nuestra opinión, la acción directa se explica por la relación de solidaridad que rige en el ámbito del seguro de responsabilidad civil lógicamente derivada de la protección o tutela al perjudicado no estrictamente nacida del riesgo de insolvencia del deudor<sup>141</sup>. Es esa misma solidaridad, plus de garantía y afán protector lo que explica también la acción directa frente a la institución arbitral que contempla el art. 21.1 LA<sup>142</sup>. A lo anterior deben añadirse motivaciones derivadas del fomento de la certeza y seguridad en el arbitraje como motivo de atracción de arbitrajes a España, particularmente en relación con el arbitraje institucional y por eso se erige a los centros arbitrales como garantes directos del sistema. Apuntar finalmente que podría añadirse como elemento motivador que la presencia de árbitros internacionales podría dificultar o, incluso frustrar, que el perjudicado emprenda acciones frente a los mismos, lo que se mitigaría por medio de la acción directa.

Sin desconocer la existencia de otras tesis en el ámbito del seguro, nos parece que la solución indicada es la que mejor explica el supuesto que contemplamos. Y ello ciertamente es así porque el legislador considera que el interés del tercero es tan digno de protección que en los arbitrajes involucra a la institución administradora en el marco

---

<sup>141</sup> Así con anterioridad a la LCS: Luis Román PUERTA, La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado. Madrid: Montecorvo, 1977, p.193, siendo ésta una posición asumida por la jurisprudencia de forma mayoritaria.

En la actualidad se refrenda por la doctrina: Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Solidaridad impropia y Seguro de Responsabilidad Civil. Instituto de Ciencias del Seguro. Fundación Mapfre, 2010, pp.33 y ss. Como señala el mencionado autor: "la solidaridad traslada al colectivo de responsables los costes de identificación de las respectivas contribuciones al daño causado y el riesgo de insolvencia de alguno de ellos (cfr. Artículo 1145 CC). A la vez, ahorra a la víctima los costes de identificación de las cuotas individuales de responsabilidad de cada uno de los responsables y, sobre todo, traslada a los condenados solidarios el riesgo de la insolvencia de alguno de ellos. Así, la solidaridad entre los responsables de un daño se ha entendido tradicionalmente como una regla *pro damnato* que refuerza su posición en el proceso" (Id., p.50); y REVILLA, La acción directa, pp.25-26; y pp.114-131. No obstante, existen posturas contrarias, véase, por ejemplo, BAILLO, pp.102 y ss. O que matizan la idea: "no es la solidaridad fundamento de la acción directa, sino al contrario: la acción directa es presupuesto de la solidaridad" (PASQUAU LIAÑO, La acción directa, p.45, quien asimismo considera que la acción directa del art.76 LCS se inscribe dentro del proceso de colectivización y objetivación de la responsabilidad evitando que la reparación del daño se frustre por la insolvencia del causante del mismo, id., pp.53-54).

Por su parte SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1406-1409, resalta como si bien la doctrina y jurisprudencia derivan la solidaridad entre asegurador y asegurado, causante del daño, debe también matizarse que se trata de derechos que no son de igual contenido, entre otros, piénsese en los límites y condicionantes de la acción directa articulados en los arts.73 y 76 LCS (de acuerdo también: CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, pp.127-130). Así continua el Prof. Sánchez Calero indicando que las diversas doctrinas creadas para tratar esta cuestión como la de la solidaridad impropia o la de la fianza no ayudan demasiado a resolver esta cuestión pues en el primer caso no se trata de una categoría jurídica consolidada en nuestra doctrina, y en cuanto a la segunda carece de sentido en el ámbito del SRC ya que la aplicación de algunas de las reglas de la fianza vaciaría de contenido al poder del asegurador en los términos del art.1838 CC.

<sup>142</sup> Se basa también en una responsabilidad solidaria la doctrina: MARTÍNEZ ESCRIBANO, p.385; y MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.900, quien parece, sin embargo, considerar únicamente el aspecto procedimental de la acción directa al entender que ésta en la LA persigue evitar la acumulación de procesos que podrían darse por separado.

de una responsabilidad que no es suya sino del árbitro, pero en la que ciertamente interviene de forma directa o indirecta, ya sea porque el nombramiento del árbitro responsable puede recaer en la propia institución arbitral y desde luego recaerá la confirmación, o porque al asumir sus obligaciones de administración “vela o debe velar” por un correcto desarrollo del procedimiento arbitral<sup>143</sup>.

En este sentido, la acción directa en el marco arbitral no rompe bruscamente los esquemas de la relación contractual como sí hace la acción directa en otros supuestos de nuestro ordenamiento<sup>144</sup> y singularmente en el marco de la LCS excepcionando la regla de la relatividad contractual<sup>145</sup>, puesto que la institución administradora está presente desde el inicio de un procedimiento arbitral asumiendo un rol institucional, incluso contractual con las partes, sirviendo pues de nexo o lazo de unión entre los árbitros y aquellas. La acción directa arbitral supone reafirmar y afianzar la expectativa legítima que pueda tener el perjudicado, generalmente una de las partes del procedimiento, que confía en el arbitraje institucional. Por otra parte, la instauración de la acción directa en el campo del arbitraje parte posiblemente de concebir que la relación que media entre la institución y los árbi-

---

<sup>143</sup> En relación con la mediación se ha ensayado otra tesis justificativa. Así, Javier VALERO LLORCA/María Elena COBAS COBIELLA, La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión. La Ley nº7987, 19 diciembre 2012, p.4, han considerado que la acción directa y por ende el derecho de repetición de la institución de mediación frente al mediador “deriva del hecho de que no pueden prestar directamente el servicio de mediación, ni tener más intervención en la misma que la que prevé la Ley (...)”.

<sup>144</sup> Son heterogéneos los supuestos en los cuales nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la acción directa, lo que ha propiciado que se haya buscado unos rasgos comunes y que resumidamente son: a) son acciones de naturaleza contractual; b) procedente entre personas no vinculadas contractualmente entre sí; y c) se concede una acción o derecho a un acreedor contra el deudor de su deudor. Vid. Acerca de los caracteres comunes y los diferentes supuestos en los que es posible identificar una acción directa en nuestro ordenamiento jurídico: PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.13-20.

De entre los diversos casos analizados podría encontrarse una cierta similitud entre la acción directa en el arbitraje y la acción directa del mandante contra el “sustituto” del mandatario que sólo surge en el caso del submandato (id., pp.33-36, que el autor extiende también al contrato de comisión para entender que es posible una acción directa del comitente contra el delegado del comisionista). Sin embargo, nótese una diferencia fundamental y es que la intervención de los árbitros no deriva de una transmisión del mandato conferido por las partes a la institución arbitral (en este caso, como indica el autor hablaríamos de una relación contractual directa), ni de una sustitución o delegación, esto es, un submandato (éste es el caso en el que puede hablarse propiamente de acción directa), ni finalmente puede entenderse que el árbitro es un auxiliar o dependiente de la institución arbitral (en este caso habrá que mantener que se trata de un caso de responsabilidad contractual por hecho de los auxiliares). Antes al contrario, y como comentaremos en relación con los rasgos básicos que se predicán de las instituciones arbitrales están la de administrar y designar a los árbitros, pero no la de resolver un litigio por lo que difícilmente pueden transmitir o delegar una función que no les pertenece.

<sup>145</sup> PASQUAU LIAÑO, La acción directa, p.21. Se dice así específicamente en el ámbito del seguro que “la acción directa se produce entre personas no vinculadas contractualmente” (GÓMEZ LIGÜERRE, p.101). Vid. También: BAILLO, pp.22-27; y María Concepción HILL PRADOS, Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p.1731 considerando la quiebra del principio de relatividad contractual.

tros sea contractual máxime cuando la propia institución sea la encargada de nombrar al árbitro o árbitros. Se reafirma asimismo la naturaleza contractual de la relación entre los árbitros y las partes sin que la acción directa haga cambiar un ápice el marco contractual de dicha relación<sup>146</sup>, aunque como tendremos ocasión de comprobar la introducción de la acción directa proporciona elementos en favor una determinada interpretación de los criterios de imputación de responsabilidad de los árbitros.

En definitiva, la acción directa en el ámbito arbitral frente a la institución de arbitraje supone utilizar el mismo expediente técnico acogido en el art.76 LCS pero el fundamento no reside en excepcionar el principio de la relatividad de los contratos<sup>147</sup> sino en una técnica que posibilita una extensión de responsabilidad a un sujeto que, en principio, no necesariamente es el autor responsable y que posiblemente en nada ha contribuido al perjuicio, aunque sí está involucrado en la ejecución del servicio.

Precisar que podría añadirse otro elemento que ha podido ser determinante en el acogimiento de una acción directa en el marco de la responsabilidad arbitral. Se trata de la posible presunción de la que podría haber partido el legislador de protección del perjudicado en hipótesis en las que no resulta fácil identificar al autor responsable. Nos explicamos, si bien el art. 21.1 LA otorga a la institución administradora una acción de resarcimiento frente a los árbitros, ello no quiere decir necesariamente que la íntegra responsabilidad sea del árbitro. Podrían existir situaciones de responsabilidad compartida y en la que tanto la institución como el árbitro o los árbitros hayan contribuido a causar el daño. Siendo así las cosas, la acción directa frente a la institución administradora se erigiría como un expediente de protección de los perjudicados que podrían acudir directamente frente a la institución, tenga o no ésta responsabilidad. Se facilita de este modo al perjudicado la reclamación máxime cuando puede, incluso, desconocer los avatares de las relaciones internas que en el marco del procedimiento arbitral hayan podido tener los árbitros y la institución administradora, lo que introduce otro elemento a considerar: el posible incumplimiento de los deberes de vigilancia y control que pesan sobre la institución administradora del arbitraje<sup>148</sup>. Igualmente y como fun-

---

<sup>146</sup> Así se entiende en general con cualquier contrato y particularmente en el contrato de seguro: BAILLO, pp.42-45.

<sup>147</sup> Se ha matizado esta idea (PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.115-122) al entenderse que la acción directa no es contraria al principio de relatividad contractual sino que ambos expresan principios distintos, siendo que la acción directa es consecuencia de una redefinición del principio de relatividad contractual. La ratio común de las acciones directas es reconocer la imbricación, o íntima conexión o vinculación que se produce entre distintas relaciones jurídicas. En otras palabras, como señala el autor, en todas las acciones directas de nuestro ordenamiento se observa una "conexión funcional" de relaciones jurídicamente independientes pero integrantes de una misma "operación económica". Esta posición lleva al autor citado a anticipar que a falta de regulación legal podrán, no obstante, reconocerse acciones directas siempre que respondan a los antedichos fundamentos (id., pp.131 y ss en relación con supuestos concretos), lo que se refuerza porque así lo ha reconocido la jurisprudencia del TS, entre otros, por ejemplo, precisamente la acción directa en el contrato de seguro antes de su incorporación legal.

<sup>148</sup> Tanto la imposibilidad de determinar las contribuciones individuales al daño como el incumplimiento

damento de la acción directa en el art. 21.1 LA podría pensarse en que la protección del perjudicado se ve facilitada por el posible mejor acceso y solvencia de la institución administradora frente a los árbitros.

La reforma de mayo de 2011 da un paso más en esa dirección imponiendo la obligatoriedad en la contratación del seguro a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre, siendo esta exigencia el segundo punto de distinción frente a las leyes arbitrales comparadas. De la investigación realizada con anterioridad (*supra* apartado IV.1), la LA española es, en lo que nos consta, la única legislación arbitral que exige un SRC obligatorio<sup>149</sup>.

El camino, nótese, ha sido inverso al seguido en otros SRC siendo máximo exponente el SRC obligatorio de vehículos automóviles donde la doctrina autorizada se encargó de establecer la íntima conexión entre el seguro obligatorio y la acción directa de tal modo que ésta se considera consecuencia directa y necesaria del propio carácter obligatorio del seguro<sup>150</sup>. No obstante, la doctrina ha matizado esta observación considerando que no siempre el establecimiento de un seguro obligatorio tiene que ir inexcusablemente unido a la concesión de la acción directa<sup>151</sup>. Incluso se ha afirmado que la acción directa no es materia del derecho de seguros sino del derecho de obligaciones<sup>152</sup>.

Se queda, sin embargo, a medio camino la reforma de la LA pues, a nuestro juicio, debería haber sido coherente la obligación de contratación del seguro con la regla general de responsabilidad en cuanto a los sujetos que legalmente se consideran responsables,

---

de los deberes de diligencia y control son supuestos en los cuales nuestra jurisprudencia fundamenta la solidaridad impropia en el ámbito del contrato de seguro; a ellos debe añadirse la actuación conjunta, esto es, a quienes de forma organizada y conjunta desarrollan una actividad: véase sobre el particular: GÓMEZ LIGÜERRE, pp.51-59. En relación con lo último y como efectivamente indica el autor los casos guardan una indudable relación con la responsabilidad del empresario por daños causados por sus dependientes (art.1903 CC) (Id., p.53).

Se trata por lo demás de derivar las consecuencias generales que nuestra jurisprudencia viene consagrando en este ámbito y que se traduce en la solidaridad de las obligaciones cuando no es posible individualizar al causante del daño. Vid. Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp.129-132.

<sup>149</sup> Algún autor cita la legislación noruega (RUTLEDGE, p.173), sin embargo como el mismo autor resume posteriormente (id., p.206) en relación con dicha legislación lo que parece exigirse es un SRC a los abogados. Precisamente comentando esta cuestión Björn HAUG, Immunity of Arbitrators under Norwegian Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, p.68 considera que no hay obligación para los árbitros de contratar un SRC pero que el seguro obligatorio previsto para los abogados en ejercicio cubre también la labor como árbitro.

<sup>150</sup> URÍA, Problemas fundamentales, p.33.

<sup>151</sup> En este sentido BAILLO, p.31, al entender que la acción directa es un remedio "sumamente excepcional", apartándose de la doctrina mayoritaria al entender que la acción directa resulta un remedio extraño al SRC ya sea voluntario u obligatorio.

<sup>152</sup> BAILLO, p.31, siguiendo a Roitman.

esto es, además de los árbitros, las instituciones arbitrales. Hubiera resultado más coherente con la responsabilidad legal configurada en el art. 21.1 LA haber impuesto también a las instituciones administradoras la obligación de contratar su propio SRC.

## VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE: LA RESPONSABILIDAD Y EL SRC OBLIGATORIO

La discusión en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje presenta los rasgos clásicos que afectan a la determinación de la naturaleza de cualquier institución jurídica, particularmente aquellas que, como la que nos ocupa en este momento, están en la línea fronteriza entre dos grandes conceptos y por qué no también entre dos grandes ramas del derecho: público y privado. Es, pues, un tema altamente controvertido y sujeto a variadas concepciones que dependen en gran medida de cómo se considere la institución. No se trata aquí de realizar un estudio detallado y profundo sobre esta interesante y debatida cuestión, pero sí de enmarcar las grandes líneas del debate. Y es que efectivamente el legislador con la exigencia del SRC obligatorio anima y vuelve a poner en primera línea la discusión en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, lo que a la vez supone también plantearse otra cuestión íntimamente relacionada: la naturaleza jurídica de la relación entre las partes y los árbitros.

La falta de una concepción clara y precisa en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje se descubre inmediatamente en cuanto se observa la norma sobre responsabilidad del art. 21.1 LA. Por una parte, el legislador parece acentuar la visión jurisdiccional al considerar una cuasi inmunidad de los árbitros y los centros arbitrales reflejando así una concepción anglosajona de la inmunidad jurisdiccional en la que las figuras de los árbitros y los jueces se aproximan<sup>153</sup>. A continuación, sin embargo, pone el acento en la vertiente contractual del arbitraje al conectar la responsabilidad con la aceptación del encargo y al exigir la contratación de un SRC a los árbitros y a las instituciones que deriva de una consideración profesional de la actividad que realizan esos operadores.

Los vaivenes legislativos y la indefinición en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje ha hecho que la doctrina española se incline predominantemente por la llamada tesis mixta, que supone acoger las dos grandes corrientes: la contractualistas (el arbitraje es un contrato) y la tesis jurisdiccional o procesal (es una excepción procesal), de tal forma que se entiende de conformidad con dicha tesis mixta que el arbitraje es un contrato en su origen, pero sus efectos son jurisdiccionales<sup>154</sup>. Al mismo tiempo, esta tesis

---

<sup>153</sup> Me remito a las consideraciones que efectuaremos en relación con la responsabilidad de los jueces, *infra* capítulo III, apartado 4.1 con referencias al derecho y jurisprudencia en España.

<sup>154</sup> Vid. José F. MERINO/José M<sup>a</sup> CHILLÓN, Tratado de Derecho Arbitral. Thomson-Civitas, 2006, 3<sup>a</sup> ed., pp.105-107. En una plano internacional: HENRY, pp.16-19. En este apartado nos basamos principalmente en las consideraciones efectuadas previamente en Pilar PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Madrid: Thomson/Aranzadi, 2005, pp.68 y ss, aun-

mixta sirve también para explicar la relación entre las partes y los árbitros cuando ésta es vista desde el plano contractual porque no han faltado autores que han considerado que la relación entre las partes y los árbitros tiene únicamente un carácter extracontractual<sup>155</sup>, aunque predomina la tesis contractual a la que nos adherimos<sup>156</sup>.

Atendiendo nuevamente a dicha tesis mixta, y supuesto el carácter contractual de la relación que media entre las partes y los árbitros, se indica que ésta no puede responder únicamente al esquema contractual de un contrato de mandato o, más modernamente, uno de prestación de servicios<sup>157</sup> puesto que los árbitros dirimen un litigio entre las partes que se dice tiene un componente público: existe un interés público en su decisión<sup>158</sup> y por ello el legislador otorga al laudo emitido por un árbitro el carácter de una sentencia judicial firme. Pero ello, a nuestro juicio, no quiere decir que el árbitro pueda equipararse a un juez, ni tampoco que tenga que tener una responsabilidad similar a la de un juez sino que podría mantenerse una responsabilidad contractual con independencia de los caracteres propios que se predicen y reconocen a los laudos arbitrales.

La cuestión que estamos abordando cobra singular relieve en relación con el objetivo de este trabajo pues dictará una mayor o menor equiparación de la figura de los árbitros a los jueces (tesis jurisdiccional) o a otros profesionales (tesis contractual). En el primer caso, los árbitros sólo tendrán encomendadas aquellas funciones que son típicas de un juez, excepto por las ejecutivas. Por el contrario, una mayor inclinación hacia la naturaleza contractual del arbitraje conllevará a que las figuras y los poderes

---

que con un ulterior desarrollo en este trabajo.

<sup>155</sup> Considera que es extracontractual: MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.899, nota 41, tanto en los arbitrajes *ad hoc* como institucionales.

<sup>156</sup> CREMADES, El arbitraje en el siglo XXI, p.1; id., La responsabilidad, p.11, si bien el mismo autor consideró que la relación podía ser extracontractual cuando la parte no ha designado al árbitro, así en Immunity, p.78; SÁNCHEZ PRAT, p.327 considerando que es un arrendamiento de servicios; RIVERO, pp.4228-4230, considerando que es un mandato indirecto; MARTÍNEZ ESCRIBANO, pp.380-381; OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.933 y ss, considerando que la relación contractual se da tanto en el arbitraje *ad hoc* como en el institucional, que se trata de un mandato impropio o de un contrato de prestación de servicios *sui generis*, y atendiendo al apoyo que le presta el comentario de la Secretaría a la LMA. También, por cierto, el autor considera contractual la relación que liga a las partes con la institución arbitral (Id., p.950). Señalando, incluso, en este caso que se trata de un arbitrio de tercero que responde a un contrato de prestación de servicio *sui generis*.

En el arbitraje internacional, por todos: CLAY, pp.473 y ss.

<sup>157</sup> Véase por ejemplo: Mariano YZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil del profesional liberal. REUS: Madrid: 1989, pp.229 y ss, construyendo y tratando unitariamente el contrato de servicios profesionales como categoría aglutinadora de las diferentes profesiones, con especial atención en aquellos aspectos contractuales que repercuten en la responsabilidad civil del profesional.

<sup>158</sup> Así claramente a favor de esta tesis mixta: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, pp.309-314. O como señala MERINO MERCHÁN, Estatuto y responsabilidad, pp.35-36: "Dada la función decisoria que se le atribuye al árbitro por la voluntad de las partes y por el ordenamiento, la actividad de éste y su resolución tenga indudable transcendencia pública y no meramente privada. El árbitro adquiere así una particular y ocasional relevancia pública porque sus decisiones acaban rebasando la relación *interpretatos* que le dio origen; y esto ocurre así por tener la actividad arbitral efectos idénticos a la cosa juzgada oponible *erga omnes*".

del juez y del árbitro no se vean estrictamente como intercambiables, lo que puede tener reflejo en el ámbito de la responsabilidad.

Si bien hoy en día la tendencia es la de considerar que el arbitraje participa de esa naturaleza mixta, entendemos que la línea evolutiva de la institución arbitral al menos en nuestro país, demuestra un acercamiento progresivo hacia las tesis contractuales, lo que hace que en este momento, la institución se incline en mayor medida hacia su naturaleza contractual como lo demuestra la obligación de contratar un seguro o garantía equivalente que refuerza a nuestro juicio esa tendencia. De signo contrario, sin embargo, es la incorporación de criterios de imputación de responsabilidad en el art. 21.1 LA que quedan al margen de los criterios generales de responsabilidad.

La LA -junto con reformas singulares en diversas Leyes de nuestro país- culmina esa tendencia hacia la contractualidad del arbitraje en una evolución a la zaga de los avances internacionales en esta materia, en el sentido que parece configurar una institución más contractual que jurisdiccional<sup>159</sup> -por lo que también se alejan los sujetos del juez y del árbitro-<sup>160</sup>. Y es que efectivamente no se trata de minusvalorar el tradicional papel del arbitraje que, sin duda alguna es una *alternativa*, como decía la Exposición de Motivos de la LA (1988), *más accesible y eficaz a la acción judicial*, sino el de reconocer al mismo tiempo su singularidad frente a la tutela judicial de nuestros tribunales.

Nuevamente la evolución de nuestros textos legales confirma la mayor presencia del principio de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral. Frente a la imperatividad de la LADP (art.26, para el arbitraje de derecho: *“el procedimiento arbitral se ajustará a lo que se establece en los artículos siguientes y en ningún caso podrá ser modificado por el convenio entre las partes”*) y también judicialidad (art.27.4º, remisión a la LEC para la práctica de pruebas), la LA (1988) y la vigente LA configuran el proce-

---

<sup>159</sup> La Exposición de Motivos (III) LA claramente afirma la naturaleza contractual del convenio: *“El Título II regula los requisitos y efectos del convenio arbitral, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo que no esté específicamente previsto en esta Ley”*. Sobre el convenio arbitral puede verse recientemente acerca de su naturaleza jurídica: Marco DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria. Civitas/Thomson-Reuters, 2010.

<sup>160</sup> Así puede verse la Exposición de Motivos (IV) LA: *“El título III se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. La Ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales”*; y más adelante cuando señala: *“Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general”*. Vid. además, arts.13 LA (Capacidad para ser árbitro), y 17 (Motivos de abstención y recusación). Sin embargo, todavía un sector de la doctrina considera que los motivos de abstención y recusación enumerados en los artículos 219 y 220 LOPJ pueden tener acomodo en el art.17 LA: Silvia BARONA VILAR, Artículo 24. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.1125. Por otra parte, la tendencia es coherente con la Ley Modelo de arbitraje que se dice responde a esa tendencia de alejarse de la intervención de los tribunales de justicia, dejando su participación al mínimo necesario: Kananelo E. MOSITO, The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration and the Doctrine of Party Autonomy. Lesotho Law Journal, 1996, nº9, p.134. En este sentido, tanto el art.5 de la Ley Modelo, como el art.7 LA confirman esa tendencia reduccionista.

dimiento arbitral de forma dispositiva (respectivamente, art. 21 y art.25). Se confirma, así, mediante esta ampliación del campo de la autonomía de la voluntad, una tendencia en las Leyes de arbitraje comparadas modernas<sup>161</sup>.

De todo lo anterior se deduce que nos inclinamos hacia una posición en la que no podemos compartir únicamente la idea de que el arbitraje es un *equivalente jurisdiccional*; posición que, por cierto, suele abocar a sus seguidores a la determinación de la naturaleza jurisdiccional de la institución. Si bien dicha tesis ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional (STC 62/1991, 22 marzo; RTC 1991), lo cierto es que el mismo ha sometido dicha equiparación a una dulcificación al entender que no existe plena identidad entre los órganos jurisdiccionales estatales y los arbitrales (ATC 701/1988, 6 junio), o que la función de los árbitros es para jurisdiccional o cuasi jurisdiccional (ATC 259/1993, 20 julio)<sup>162</sup>.

En nuestra opinión, sin embargo, el árbitro no es un juez ni su función es jurisdiccional<sup>163</sup>. Por eso, el arbitraje no quebranta el artículo 117.3 CE “el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) corresponde *exclusivamente* a los Jueces y Tribunales (...)”, ni el art.24 CE, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y

---

<sup>161</sup> Alejandro GARRO, The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America. The American Review of International Arbitration, July 1990, vol.1, nº2, pp.226-227, que añade que las reglas de procedimiento se configuran simplemente como un marco general para que las partes puedan diseñar a medida el mismo.

<sup>162</sup> Muy claro al respecto: los árbitros “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 (...). 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 (art.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 (...). 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 (...) 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 sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (AATS 18 noviembre 1986 y 2 marzo 1987, sala 3ª).

<sup>163</sup> Carlos ESPLUGUES MOTA, El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional. Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997, p.18; y Antonio Mª LORCA NAVARRETE, Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. La Ley, 2002, nº6, D-240, pp.1765 y ss, quien considera la teoría negocial-procesal para explicar el arbitraje. En palabras del autor: “*El arbitraje no es un sucedáneo del jurisdiccionalismo. Ni un subsistema dependiente del mismo. El arbitraje se justifica solo en la autonomía negocial de quienes suscriben el convenio arbitral*” (p.1766) y “*La función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional*”. También Rafael BELLIDO/Luis Andrés CUCARELLA, Capítulo 2º. En Manuel ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil. Pamplona: Aranzadi, 2000, p.62; Rafael ILLESCAS ORTIZ, Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios. En Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo, 1990, p.223; Elena MARTÍNEZ GARCÍA, El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil: novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro. Valencia: Tirant Lo blanch, 2002, pp.75-84; y Rafael COLINA GAREA, El arbitraje en España: ventajas y desventajas. Madrid: Difusión Jurídica, 2009, p.89.

tribunales. Al contrario, el arbitraje responde a fundamentos constitucionales basados sobre todo en el principio de libertad y autonomía de la voluntad<sup>164</sup>, entroncando su basamento constitucional en los artículos 1.1 -que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, y la justicia-, 9.2 -promoción y remoción de obstáculos en relación con la libertad y la igualdad del individuo-, 33.1 -reconocimiento al derecho de la propiedad privada-, 38 -reconocimiento de la libertad de empresa-, y 53 CE<sup>165</sup>.

En este sentido, la conclusión es que los árbitros no ejercen una potestad jurisdiccional, que es exclusiva del Estado, y, en consecuencia, poder o autoridad para decidir el derecho y jurisdicción estatal se encuentran en planos diferentes<sup>166</sup>. En definitiva, si bien las partes reconocen a los árbitros la autoridad para decidir, es el Estado quien le otorga una eficacia concreta: cosa juzgada (art.43 LA). Ese efecto se consigue mediante la instrumentalización de ese poder de decidir por medio del proceso<sup>167</sup>.

Esta separación entre los jueces y los árbitros debe llevar en pura lógica a considerar de forma separada ambas instituciones sin que puedan aplicarse por analogía los motivos de abstención o recusación de jueces y magistrados o las reglas sobre responsabilidad de jueces y magistrados establecidos en nuestras Leyes procesales<sup>168</sup>. Se ha de insistir en la relación contractual que media entre los árbitros y las partes, o entre éstas y la institución arbitral.

Las reglas sobre responsabilidad en el art. 21 LA han implicado, como hemos visto, la introducción de normas de exoneración de responsabilidad que resultan extrañas a la luz de nuestro sistema jurídico en el que la naturaleza jurídica de la relación del árbitro con las partes o de éstas con la institución es puramente contractual, y ello aunque se otorgue al laudo el valor de cosa juzgada. De ahí que un sector de la doc-

---

<sup>164</sup> Así, sobre la base del primero, MERINO MERCHAN, El "equivalente jurisdiccional", p.21, con referencia a los artículos 1.1 y 17.1 CE. En relación con el segundo principio y respecto del Proyecto de Ley de Arbitraje de octubre 2003: LORCA NAVARRETE, Algunos apuntes, p.1: "Consiguientemente la justificación constitucional del arbitraje en el proyecto de ley de arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el art.1.1 de la Constitución. No se justifica en el art.24 de la Constitución".

<sup>165</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, El arbitraje en el marco, pp.75-81. Id. p.90, que incluso habla de que los ciudadanos tienen derecho a recibir la "tutela" arbitral.

<sup>166</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, El arbitraje en el marco, p.81, quien continúa señalando "si se les permite decidir en derecho es por razones de heterocomposición y por ese entramado constitucional al que acabamos de aludir, pero no porque suplanten a los jueces haciendo uso de la potestad que el Estado en exclusiva les atribuyó". Id., p.87: "La calificación dada a la actividad del árbitro, si es "jurisdiccional", sólo puede serlo en su sentido originario o romano del ius dicere".

<sup>167</sup> Así, MARTÍNEZ GARCÍA, El arbitraje en el marco, p.102: "El proceso será el instrumento mediante el cual se vincula el Estado. Si la función de los árbitros consiste en dar solución a conflictos de los ciudadanos, el Estado no puede dejar que éste lo haga ex abrupto. Sólo la actividad desempeñada según el instrumento procesal que le dio a las partes y al árbitro puede sentirse vinculado".

<sup>168</sup> Descarta también la aplicación por analogía de las normas sobre responsabilidad: RIVERO, p.4232.

trina española no haya dudado en calificar la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales como un apoyo a las tesis mixta y jurisdiccional en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje<sup>169</sup>, y que incluso se ponga esta cuestión en conexión con la reciente exigencia legal de la contratación de un SRC<sup>170</sup>.

La responsabilidad y aseguramiento de la misma están, en consecuencia, en íntima relación con el concepto de arbitraje que se tenga en un determinado ordenamiento jurídico; de ahí que, a nuestro juicio, al exigirse legalmente la contratación de un SRC el legislador esté apoyando decididamente la tesis contractual del arbitraje, ya analizada anteriormente, y particularmente el aspecto o vertiente contractual en las relaciones que median entre las partes del mismo y, en concordancia también, al estatus jurídico del árbitro<sup>171</sup>.

Ello nos llevará más adelante a determinar si la exigencia del SRC supone desvirtuar el estándar de responsabilidad acogido en el art. 21.1 LA. Aun cuando ahondaremos en esta cuestión más adelante (*infra* capítulo III) baste por ahora indicar que, a nuestro juicio, va a suponer una concreta lectura o interpretación del art. 21.1 LA pero sin llegar al extremo de mutar radicalmente el estándar de responsabilidad al que quedan sujetos los árbitros y las instituciones arbitrales en nuestro sistema jurídico.

## VII. ACTOS PREPARATORIOS Y MODALIDAD ASEGURADORA

### 7.1. Actos preparatorios

El contrato de seguro por regla general tiene un carácter consensual<sup>172</sup>, si bien el art.5 LCS exige que conste por escrito a efectos probatorios en un documento que se denomina póliza y que responde al elemento formal del contrato de seguro.

Los actos preparatorios del contrato de seguro se vinculan a la solicitud del seguro por parte del tomador (*invitatio ad offerendum*) o la proposición del seguro por parte del asegurador (oferta de contrato que le vincula durante 15 días a tenor del art.6 LCS). Podrá existir, además, el llamado cuestionario, esto es, la serie de preguntas que formulará el asegurador al tomador y que tiene como objetivo delimitar las circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo mediante la imposición de un deber de

---

<sup>169</sup> Vid. Detalladamente: MERINO MERCHÁN, Estatuto y responsabilidad, pp.32-33; y GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, pp.271 y ss.

<sup>170</sup> Vid. En este sentido: MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.894.

<sup>171</sup> Podría ponerse en duda esta afirmación desde la vertiente penal, donde la tesis contractualista puede resultar insuficiente por el hecho de que el legislador, en relación con determinados delitos, aproxime a los árbitros con las autoridades o funcionarios públicos. Vid. GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.279. Empero lo anterior, ni existe identidad con aquellos ni con los jueces y magistrados (véase Título XX del CP: Delitos contra la administración de justicia, que no resulta aplicable a los árbitros).

<sup>172</sup> Es conocida la polémica acerca del carácter consensual o formal del contrato de seguro. El lector interesado podrá encontrar abundante información en VEIGA, pp.89-114.

declarar por parte del tomador con anterioridad a la conclusión del contrato<sup>173</sup>. Lógicamente el cuestionario lo prepara el asegurador y por lo tanto él decide si somete el mismo al tomador<sup>174</sup>, por lo que se trata de una facultad que no una obligación del asegurador<sup>175</sup>.

Se ha de notar que este deber atañe tanto al tomador como al asegurado, aunque en este último caso siempre que tenga conocimiento de la existencia del seguro, lo que, como se ha indicado, no siempre sucede en la hipótesis del seguro de los árbitros cuando es la institución administradora la tomadora del seguro. Además del deber precontractual de respuesta al cuestionario, la LCS se refiere al deber de comunicar las circunstancias agravatorias del riesgo durante la vigencia del contrato surgiendo la pregunta de si la interposición de una acción de anulación es un hecho que hay que comunicar<sup>176</sup>.

En relación con la práctica aseguradora seguida en las pólizas analizadas en el ámbito arbitral, se ha de destacar que las instituciones administradoras no han sido sometidas a un cuestionario, excepción hecha de una de las pólizas examinadas. En ésta el sencillo y escueto cuestionario<sup>177</sup> de renovación consiste en tres preguntas dirigidas a evaluar la actividad arbitral de la institución en relación con el número de procedimientos

---

<sup>173</sup> Art.10 LCS, donde se establecen también las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción del deber precontractual de información, esto es, en los casos de inexactitud o silencio.

<sup>174</sup> Existe también la obligación precontractual de la aseguradora de proporcionar cierta información al tomador y al asegurado que están previstos en los artículos 60.3 LOSSP (Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) y 104,106 y 107 ROSSP (Reglamento de Desarrollo de la LOSSP), y que no presenta especialidad en este campo.

<sup>175</sup> STS 5 marzo 2012 (JUR 4997): "La mencionada facultad de la aseguradora le posibilita el sometimiento o n al cuestionario, bien entendido que su ausencia no podrá imputar omisiones o silencios al asegurado".

<sup>176</sup> La cuestión se responde de forma negativa atendiendo a los fundamentos que expondremos *infra* capítulo II, apartado 5.2.1.

<sup>177</sup> Contrasta con la práctica uniforme y de mayor complejidad en cuanto a las preguntas y la información que se requiere en el ámbito de los cuestionarios relacionados con la administración societaria, a nuestro juicio lógicamente derivado del hecho de la diferente duración del cargo de administrador en relación con el convenio arbitral. Vid. José FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O). Colección: Derecho de Seguros y Responsabilidad Civil. Granada: Comares y Davies Arnold Coopers, 1998, pp.60-63; y Miguel IRIBARREN BLANCO, El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O). Madrid: Thomson-Civitas, 2005, pp.215-221, y pp.230-238, en relación con la interesante cuestión de la extensión del conocimiento de un asegurado a otro asegurado en el caso de coberturas a varios asegurados como sucede con los miembros del consejo de administración. En este caso, se impide la comunicación de responsabilidad de un miembro a otro mediante las llamadas cláusulas de separabilidad o independencia que tienen como finalidad mantener debidamente separados los cuestionarios sometidos a los diversos miembros del órgano de administración. Aunque en el arbitraje podemos encontrarnos con la existencia de tribunales arbitrales compuestos por tres árbitros, el hecho de que no exista un seguro específico y *ad hoc* que se relacione singularmente con un único procedimiento arbitral, y sobre todo al no existir una práctica de sometimiento a un cuestionario específico a los árbitros, impide que dicha problemática concorra en el seguro arbitral.

arbitrales y su tipo: derecho o equidad; conocer la existencia de alguna reclamación y de ser así el detalle acerca de sus circunstancias y resultado; y por último conocer la existencia de alguna modificación en los estatutos o reglamentos de las instituciones arbitrales.

Como resulta sobradamente conocido, el deber precontractual de información es un deber de respuesta que se circunscribe a las preguntas formuladas en el cuestionario y no se extiende más allá. En consecuencia, el tomador no tiene obligación de comunicar otros datos o hechos que no sean estrictamente sobre los que se le pregunta.

La sencillez del cuestionario analizado en el ámbito arbitral se deba muy probablemente a la escasa experiencia práctica en la materia unida al hecho de que no se trata de un seguro que cuente con una alta difusión en el mercado de seguros. Por otra parte, el hecho de que en algunas de las pólizas analizadas no hayan sido precedidas de un cuestionario probablemente se deba a que el mecanismo de formación del contrato se inicia por el propio tomador.

Por lo que respecta a los árbitros como tomadores se ha de destacar que al haberse producido una extensión “automática” del SRC Profesional de los abogados a la actividad arbitral y de mediación, no se ha vuelto a someter a los tomadores a un nuevo cuestionario. Simplemente se les ha informado de la extensión de la póliza, sin que por otra parte se haya producido un aumento en la prima<sup>178</sup>.

## **7.2. Modalidad aseguradora**

Nacido el contrato de seguro que tiene un carácter como se ha indicado consensual en nuestro derecho, el art.5 LCS exige, sobre todo con carácter probatorio, que se formalice por escrito. El asegurador se obliga bajo la LCS a entregar la póliza al tomador del seguro.

El nacimiento de la nueva modalidad de SRC obligatorio para los árbitros y las instituciones arbitrales puede articularse de diversas formas, que serán someramente analizadas a continuación.

### ***7.2.1. Una póliza específica para los árbitros y las instituciones arbitrales***

En primer lugar, puede crearse una póliza específica que cubra los daños surgidos por la actuación u omisión de los árbitros o las instituciones. Se trataría, por lo tanto, de un seguro *ad hoc* individual o colectivo de responsabilidad civil que cubriría únicamente al

---

<sup>178</sup> Es el caso de MAPFRE según la información proporcionada por el Sr. Pavelek Zamora, tutor de este trabajo.

asegurado de los daños surgidos en el cumplimiento del encargo arbitral. Por supuesto que al tratarse de un seguro indemnizatorio, el asegurador una vez que haya resarcido al perjudicado dispondrá de una acción directa frente al árbitro o la institución arbitral. Esta opción ha sido inicialmente puesta en práctica por alguna aseguradora, aunque este seguro únicamente se ha comercializado escasos meses ante el giro dado por el mercado asegurador que no ha apostado finalmente por una póliza específica en este campo<sup>179</sup>, y específicamente por el hecho de que las pólizas para abogados se han extendido para cubrir el arbitraje<sup>180</sup>. Ello no implica, sin embargo, que las pólizas de abogados estén específicamente adaptadas al mundo arbitral, antes al contrario se detectan problemas interpretativos y lagunas en las mismas, lo que nos lleva a considerar que las aseguradoras deberán ir adaptando las mismas para mejorarlas en virtud de la experiencia práctica o, incluso, que podrían replantearse de nuevo la idea de un seguro específico.

### *7.2.2. Un seguro general para las instituciones arbitrales*

En segundo lugar, puede tratarse de una póliza de SRC general que cubra la responsabilidad de las instituciones al tiempo que otras responsabilidades civiles. Se trataría de cubrir todo supuesto de responsabilidad civil y de la institución arbitral y no únicamente las que surjan de la encomienda de tareas arbitrales<sup>181</sup>. Por ello, podrían cubrirse ampliamente de su responsabilidad mediante una póliza de tipo general.

Esta opción resulta aceptable y recomendable en el caso de las instituciones arbitrales. De hecho, dos importantes Cortes en nuestro país acogen esta modalidad. Así, bajo una única póliza, aunque siendo autónomos entre sí y normalmente con una cobertura de capital diferente<sup>182</sup>, se dispone de cobertura para distintos módulos de responsabilidad civil: profesional y civil general, incluyendo la última la responsabilidad civil de explotación<sup>183</sup>, la patronal<sup>184</sup> y la de productos/pos trabajos separando en secciones cada una de ellas; se incluyen también los daños a locales arrendados.

---

<sup>179</sup> En cuanto al seguro inicialmente comercializado por CASER incluía daños a los expedientes y documentos confiados, reclamaciones por incumplimiento de la L.O.P.D., gastos de defensa jurídica y fianzas, RC de explotación, RC Locativa por los daños al inmueble arrendado e incluso las reclamaciones a contrarios.

<sup>180</sup> Precisamente CASER es la aseguradora en la Póliza del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que cubre también la actuación de los abogados como árbitros, así como la de la propia Corte.

<sup>181</sup> Por esta última opción se ha inclinado una de las instituciones arbitrales españolas cuya póliza hemos podido examinar.

<sup>182</sup> L. Fernando REGLERO CAMPOS, Lección 8ª. El Seguro de Responsabilidad Civil. Los sistemas de responsabilidad. En Lecciones de Responsabilidad Civil. Coordinadores: José Manuel Busto Lago y L.Fernando Reglero Campos. Thomson/Aranzadi, 2013, 2ª ed., p.221.

<sup>183</sup> Cubre los daños que puedan experimentar terceras personas como consecuencia de la actividad empresarial. Vid. REGLERO CAMPOS, Lección 8ª, p.221.

<sup>184</sup> La responsabilidad civil patronal cubre generalmente la responsabilidad del tomador por daños producidos en sus empleados o dependientes derivados de accidentes profesionales o enfermedades profesionales.

Además, una de las instituciones comentadas ha contratado una póliza de responsabilidad profesional (segunda capa) que cubre determinada cuantía en exceso de la contratada en la primera capa. Por su parte, la póliza del ICAM también asegura la RC de Explotación, Patronal y Profesional de la Corte de Arbitraje<sup>185</sup>, así como los incumplimientos derivados de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Debe apreciarse que las distinciones entre el SRC arbitral y los recién comentados residen sobre todo en el objeto de cobertura, así como en los sujetos amparados por la póliza, lo que refuerza la necesaria especialidad del SRC arbitral.

### *7.2.3. La extensión de la cobertura en los SRC profesionales para los árbitros*

La tercera opción consistiría en el caso de los árbitros en acomodar o extender el SRC profesional, que en su caso puedan tener contratado, para cubrir también los daños que se generen en el ámbito arbitral. Así la póliza de responsabilidad civil que cubre a los abogados, auditores, arquitectos, etc., podría extenderse para cubrir la responsabilidad civil que surja del desempeño arbitral.

A nuestro juicio, las pólizas de RC abogados no cubrirían la responsabilidad surgida en la encomienda arbitral ni de forma directa ni haciendo una interpretación por analogía o extensiva que, por lo demás, sería muy discutida<sup>186</sup>, aunque existían opiniones contrarias que enmarcaban la responsabilidad de los árbitros en el marco general de las

---

<sup>185</sup> También se asegura la actuación de la Junta de Gobierno en relación con la designación de árbitros, incluyendo la RC subsidiaria que pueda ser exigida al ICAM, derivada únicamente de la actuación de los colegiados por él designados como árbitros, y la RC subsidiaria del asegurado por la designación directa de árbitros de la Corte de Arbitraje siempre y cuando se encuentren colegiados en el Colegio de Madrid. En este último caso, expresamente se prevé que esta garantía operará siempre en exceso de cualquier otra póliza que pudieran tener suscrita los árbitros designados por el Asegurado. Nótese que la Corte del ICAM no cumpliría con la obligación legal de asegurar al árbitro, si el árbitro (asegurado), a su vez, no cumple los requisitos que se determinan en la propia póliza. Además, parece evidenciarse cierta contradicción cuando se excluye de la cobertura la RC del Tomador del Seguro y/o Asegurado “Que deba ser objeto de cobertura por una seguro obligatorio. Salvo que la presente póliza se contrate expresamente para este fin y así conste en las Condiciones Particulares”.

<sup>186</sup> Por ejemplo suele ser habitual que las pólizas de responsabilidad civil profesional se circunscriban al desarrollo de la profesión en cuestión, a lo que puede añadirse reclamaciones por daños directamente relacionados con la gestión profesional, por ejemplo, los daños materiales, pérdida o extravío que puedan sufrir los expedientes o documentos, los daños a terceros como propietario, arrendatario, o usuario del despacho en el que ejerce la profesión, o la responsabilidad civil derivada de riesgos típicos de la profesión en cuestión. Así la póliza de responsabilidad civil de abogados de MAPFRE incluye además de los anteriores los siguientes riesgos: “la personación en defensa de los intereses propios de los clientes del asegurado ante los tribunales españoles conforme a las normas procesales vigentes, así como ante cualquier otro órgano público o privado; la emisión de informes o dictámenes relativos a asuntos objeto de consulta profesional ante nuestro asegurado; la asesoría jurídica facilitada por el asegurado a sus clientes”. Por su parte la póliza del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (en adelante ICAM) incluye los daños a expedientes y documentos, y la RC derivada de la Ley Concursal. La duración del contrato es de tres años hasta el 31 mayo 2015.

actuaciones extrajudiciales no contenciosas que el abogado podría llevar a cabo como parte del encargo del cliente<sup>187</sup>. Y es que las funciones, con independencia de la teoría que se adopte para explicar la naturaleza jurídica de la figura del árbitro, que desempeñan ambos profesionales son bien distintas. Menos todavía pueden encontrarse similitudes si pensamos en otros profesionales alejados de las ciencias jurídicas. Buena prueba de ello es que ha sido preciso modificar las pólizas de RC de abogado para incluir la actividad arbitral, lo que no ha sucedido en relación con otras profesiones-arquitectos o ingenieros, por ejemplo, ni siquiera con los Notarios.

Efectivamente, los Colegios de Abogados comienzan a extender sus pólizas para amparar también la actividad arbitral de sus colegiados como árbitros (también las de mediación). Así la Póliza del ICAM que cubre la mediación y el arbitraje, tanto en relación con los abogados ejercientes que pueden ser árbitros o mediadores como en relación con la cobertura de la propia Corte de Arbitraje y el Centro de Mediación, ambos del ICAM<sup>188</sup>. Por su parte, MAPFRE ha considerado la ampliación del SRC Profesional de Abogados para cubrir su responsabilidad civil como árbitros y como mediadores<sup>189</sup>. En

---

<sup>187</sup> Vid. OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.962 indicando tras la reforma de 2011 en la LA que el SRC de abogado cubre también el desempeño arbitral, y considerando que no cubrirían la función arbitral las pólizas de los notarios y registradores.

Con anterioridad: CREMADES, El arbitraje en el siglo XXI, p.1184. La Ley 16495/2001, p.4 estimando que las pólizas de SRC de abogado se aplican a los árbitros; y Luis MARTÍNEZ CALCERRADA, Responsabilidad civil profesional del abogado. En Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000, pp.342-343, señalando que la labor arbitral quedaba incluida dentro de toda actuación extrajudicial del abogado que no tenga trascendencia litigiosa. Aunque sin referirse a la labor arbitral de forma específica considera el autor que la relación contractual en el caso de una actuación extrajudicial consistirá generalmente en una obligación de medios, ya que no podrá garantizar el éxito de su gestión, incurriendo en responsabilidad sino despliega la diligencia debida. Efectivamente así considera uniformemente la jurisprudencia la prestación de servicios por los abogados como obligaciones de medio (por ejemplo, STS 31 marzo 2010 (JUR 4353), como regla general). Aunque pueden ser también de resultado si por ejemplo se obliga a realizar un dictamen.

<sup>188</sup> En relación con la mediación destacan las exclusiones de cobertura –que con diferente contenido también se dan en la póliza de Mapfre (véase nota siguiente) y que son las que se citan a continuación: “Reclamaciones derivadas de daños morales que no trasciendan a la esfera patrimonial del perjudicado. Reclamaciones por haber ocasionado el daño a consecuencia de haberse desviado a sabiendas de la Ley, disposiciones, instrucciones o condiciones de los clientes o de personas autorizadas por ellos o por cualquier infracción del deber profesional a sabiendas. Reclamaciones por quebrantamiento del secreto profesional”.

Igualmente y en relación con la mediación lo ha hecho también el Colegio de Abogados de Valencia: VALERO/COBAS, p.2. Señala también la autora el carácter contractual de prestación de servicios que presta el mediador a las partes, siendo una obligación de medios. Igualmente para la autora, p.6, la acción de responsabilidad contra el mediador podrá basarse en la infracción de la *lex artis* por analogía con la responsabilidad de los abogados.

<sup>189</sup> La cláusula establece:

“Alcance de la cobertura:

Queda amparada la responsabilidad civil del asegurado derivada de su actividad como Mediador en los procedimientos regulados por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (“Decreto-ley de Mediación”), que incorpora al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

concreto, y por lo que respecta a la función arbitral, en la póliza de SRC para abogados de MAPFRE se ha añadido la siguiente cláusula:

*“Responsabilidad Civil como árbitro*

Alcance de la cobertura:

Queda amparada la responsabilidad civil del asegurado derivada de su actividad como árbitro, en los procedimientos de arbitraje regulados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado<sup>190</sup>.

Llegados a este punto nos planteamos, además, si el SRC profesional que obligatoriamente han de tener las sociedades profesionales<sup>191</sup> y en el que figuran como asegurados no solamente la sociedad sino también los socios, profesionales o no, y sus empleados o dependientes<sup>192</sup>, podría extenderse también para cubrir el arbitraje. La cuestión es, sin duda, importante en relación con los abogados, pues hoy en día la inmensa mayoría de los árbitros tienen esta condición profesional, pero también en relación con otras profesiones liberales que se han organizado en torno a una sociedad profesional, y cuyos socios o empleados son profesionales colegiados que pueden desempeñar tareas arbitrales, como los médicos, economistas, arquitectos o ingenieros.

El tema no es en absoluto baladí, porque aunque la actuación del árbitro es, sin duda, diferente a la del abogado, la remuneración del árbitro (abogado, socio profesional o

---

Con el sublímite establecido en las condiciones particulares, quedan amparadas las eventuales responsabilidades civiles de los mediadores acreditadas mediante resolución judicial firme por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo en el ejercicio de la actividad y como consecuencia del ejercicio de la acción directa por el perjudicado contra el Asegurador, sin perjuicio de las posteriores acciones de regreso que asistan a la Compañía contra el Asegurado.

Exclusiones:

No serán objeto de esta cobertura:

- La vulneración de la obligación de confidencialidad o el quebrantamiento del secreto profesional.
- Realizar defectuosamente una actividad para comitentes (persona o personas que encargan o solicitan la prestación de un servicio al Asegurado) que tengan con el Asegurado unión personal, relación de sociedad o participación de capital, o bien “ejerza sobre el mismo un dominio económico o financiero”.

<sup>190</sup> Se ha de notar la imprecisión en la que incurre esta cláusula puesto que los procedimientos de arbitraje se regulan por la Ley 60/2003, entendiéndose que a ésta se le aplican sus modificaciones posteriores como la Ley 11/2011. Por ello, más correctamente la cláusula debería indicar: “Queda amparada la responsabilidad civil del asegurado derivada de su actividad como árbitro, en los procedimientos de arbitraje regulados por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”.

<sup>191</sup> Vid. Art.11.3 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales: “Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social”.

<sup>192</sup> Vid. Gonzalo ITURMENDI MORALES, El régimen de la responsabilidad civil de los socios y la sociedad en la nueva Ley de Sociedades Profesionales. Seguro de RC de las Sociedades Profesionales. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, 2007, nº10, p.18.

empleado, integrado en una sociedad profesional, estructura jurídica que adoptan hoy en día la mayoría de los despachos profesionales, sobre todo de cierta dimensión) redundante, total o parcialmente, en la misma, aunque desarrolla dicha tarea con total independencia y autonomía de gestión frente a ella. Por otra parte, una cuestión de importancia como es la relativa a la independencia e imparcialidad del árbitro está íntimamente ligada a la clientela que tenga la sociedad profesional de abogados, de tal forma que un elemento esencial en la declaración de aceptación del árbitro es que no exista un conflicto de intereses entre las partes del arbitraje y la firma, mejor dicho sus clientes, en la que desarrolla su labor profesional el árbitro.

La cuestión es similar y la respuesta la misma a la ya indicada en relación con el SRC de abogados<sup>193</sup>. Indicar que en el caso de las pólizas de abogados que han extendido la responsabilidad a su actuación como árbitros, nos encontramos, sin embargo, con una extensión muy genérica sin que se hayan previsto cuestiones específicas relativas al arbitraje como hemos precisado anteriormente. La actividad que desarrolla un árbitro es diferente a la de un abogado y sobre todo su actuación tiene un resultado concreto en la emisión de un laudo cuyo alcance jurídico es equiparable a una sentencia judicial firme, lo que precisamente coadyuva a que sea preciso el desarrollo de una póliza específica que cubra la RC de los árbitros o al menos un diseño de las pólizas de RC de abogados –sociedades profesionales o no- que tomen en cuenta las particularidades de la encomienda arbitral<sup>194</sup>. Además, en el caso de MAPFRE resulta que las pólizas de otros profesionales como los notarios<sup>195</sup>, procuradores, ingenieros o economistas no se han extendido la póliza para cubrir su posible actividad arbitral o de mediación.

Efectivamente, a nuestro juicio, la forma más idónea de cobertura es la de la creación de un seguro específico en esta área ya que las particularidades de la encomienda arbitral, así como de la responsabilidad legal conforme a la LA, demandan una póliza

---

<sup>193</sup> De hecho la propia póliza del ICAM cubre también las reclamaciones hechas contra una despacho de abogados (sea cual sea su forma jurídica) siempre que tengan su origen en una error profesional cometido por un abogado asegurado cuando éste se encuentre integrado en el despacho, quedando expresamente amparada la RC profesional exigible al despacho en su condición de sociedad profesional conforme a la Ley 2/2007, de 15 de marzo y cualquier otra que la sustituya.

<sup>194</sup> Se ha de indicar que en el desarrollo reglamentario de otros SRC obligatorios como el de los administradores concursales el propio legislador ha previsto que la cobertura mínima obligatoria pueda introducirse “como ampliación de las pólizas de responsabilidad civil profesional de abogados, economistas, titulados mercantiles o auditores”. Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241.

<sup>195</sup> En el caso de los notarios se ha abogado para que el SRC contratado por el Consejo General del Notariado se extienda para otorgar la cobertura arbitral. En este sentido: Miguel VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETITNO, El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto 2011, nº38, p.25. La póliza MAPFRE del Consejo General del Notariado excluye “la responsabilidad civil dimanante de actividades ajenas al ejercicio profesional del Notario”. Idéntica redacción en la Póliza ESTRELLA Seguros también contratada por ella.

pensada y diseñada para cubrir las diversas contingencias en este ámbito, máxime cuando el elenco de profesionales que pueden ser árbitros ha sido ampliado en la última reforma legal de la LA.

De este modo, además, la póliza podría resultar modificada o complementada a lo largo del tiempo en virtud de la experiencia práctica que fuera surgiendo en este ámbito que actualmente es más bien escasa, aunque puede augurarse una práctica no uniforme pues se está evidenciando una diferente configuración de las condiciones particulares de estas pólizas que están ofreciendo los diversos colegios profesionales, con el inconveniente de los topes cuantitativos<sup>196</sup>, lo que hace que todavía pueda existir un mercado asegurador específico en este campo que ofrezca condiciones más adaptadas tanto en el plano de los límites de las cuantías aseguradas, como en relación con otras condiciones específicas y particulares que podrían pactarse máxime una vez que se cuente con el futuro desarrollo reglamentario<sup>197</sup>.

La creación de una póliza específica podría articularse como complementaria de los SRC profesionales. En este sentido, se evidencia que las diferentes pólizas examinadas son variadas en cuanto a su contenido, alcance y terminología, lo que dificultará su concreta aplicación a casos concretos, máxime ante las incertidumbres que derivan de la aplicación temporal de las coberturas particularmente en el caso de arbitrajes administrados.

En cualquier caso, no existen particularidades específicas en relación con la aplicación del contenido mínimo de la póliza previsto en el art.8 LCS.

---

<sup>196</sup> Vid. *Infra* capítulo IV, apartado 1.1.

<sup>197</sup> Por cierto que el legislador va con cierto retraso en esta materia si se piensa que la obligación legal de contratar un SRC arbitral es anterior en el tiempo a la obligación legal de aseguramiento de los administradores concursales, que se introdujo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que fue desarrollada reglamentariamente mediante Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241. Un comentario con ulteriores citas en Pilar PERALES VISCASILLAS/Susana PÉREZ ESCALONA, La Administración concursal persona jurídica y su seguro. Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. h. e. José Antonio Gómez Segade. Editores: Ana M<sup>a</sup> Tobios Rivas, Ángel Fernández - Albar Baltar y Anxo Talo Pbza. Madrid: Marcial Pons 2013, pp. 1025-1038.

## II

# LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR UN SRC. ANÁLISIS DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTRATO DE SEGURO

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras cuestiones que surge al analizar el nuevo art. 21.2 2º párrafo de la Ley de Arbitraje consiste en determinar quiénes resultan obligados a la contratación del seguro, esto es, en términos del contrato de seguro se habrá de *identificar* al tomador y por ende al asegurado como titular del interés asegurado.

La cuestión es importante en atención a que el obligado al pago de la prima es el tomador como contraparte de la aseguradora, así como para determinar la persona obligada legalmente a dicha contratación, máxime cuando la propia Ley de Arbitraje ha establecido algunas excepciones a dicho mandato legal. Además de los anteriores sujetos, en el SRC cobra también singular importancia la figura del perjudicado, puesto que éste ostenta legitimación frente al asegurador para reclamar por el daño infringido por el asegurado en este tipo de seguros.

Una vez delimitado el ámbito subjetivo del SRC obligatorio, estaremos también en condiciones de analizar las hipótesis bajo las cuales tendrá cabida el SRC voluntario o facultativo en el campo arbitral. En relación con ambas modalidades, indicar que dejamos fuera de este estudio las cuestiones de teoría general propias de cualquier seguro y que no presentan especialidades destacables en el SRC de los árbitros y las instituciones arbitrales, como sucede en relación con el proceso de negociación del contrato de seguro, su perfección y formalización. Por ello, iniciamos el régimen del contrato de seguro descendiendo al examen de los elementos personales con el ánimo de tratar únicamente las cuestiones más sobresalientes, específicas y singulares que surgen en relación con los sujetos que participan en un SRC en el ámbito arbitral<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> Dejamos fuera el análisis de la figura del asegurador, esto es, la persona que se obliga a cambio de la prima a satisfacer la indemnización en caso de que ocurra el siniestro objeto de cobertura (art.1 LCS) ya que no presenta especialidad alguna en este campo. Ha de ser una persona jurídica y su régimen jurídico se encuentra en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP): Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (BOE, 5 noviembre 2004). Indicar solamente que el asegurador aparece en alguna de las pólizas analizadas como “compañía de seguros que asume el riesgo contractual pactado por las presentes condiciones”.

Igualmente dejaremos fuera cuestiones relativas a las obligaciones de las partes bajo el contrato de seguro como el pago de la prima, que tampoco presentan especialidad en este campo, estando el tomador obligado a su pago (art.7 LCS), aunque sí veremos las diferentes opciones que se observan en las pólizas al uso, y en las que suele ser habitual la inclusión de la llamada franquicia, que es la cantidad que corresponde abonar

Es evidente a tenor de lo indicado que el examen de la determinación del sujeto obligado legalmente a la contratación del seguro es al mismo tiempo un análisis del ámbito subjetivo del contrato de seguro en este campo (*infra* II), estando asimismo en íntima relación con el propio ámbito de aplicación de la Ley donde se inserta (*infra* III).

## II. SUJETOS OBLIGADOS A LA CONTRATACIÓN DE UN SRC: EL TOMADOR

El tomador bajo el contrato de seguro es la persona, física o jurídica, que contrata el mismo ya por cuenta propia o por cuenta ajena (art.7 LCS) y por lo tanto es la persona que asume las obligaciones que se derivan de la contratación del mismo frente al asegurador<sup>199</sup>. En el caso del seguro obligatorio de los árbitros y de las instituciones arbitrales, se trata de analizar quién tiene la obligación legal de contratar el SRC.

El artículo 21.1 2º inciso LA establece que la exigencia en la contratación del seguro recae en los árbitros o en las instituciones arbitrales en su nombre.

Ya con anterioridad a esta exigencia normativa, varias instituciones arbitrales en nuestro país tenían contratado un seguro de responsabilidad civil que cubría a los árbitros que actuaran en procedimientos por ellas administrados, lo cual resultaba lógico pues bajo la LA (1988) existía una acción directa del perjudicado frente a la institución administradora. Ahora esta práctica se consagra normativamente al establecerse, al menos en una primera aproximación, que si bien el sujeto obligado es el árbitro, el seguro podrá ser contratado por la institución arbitral.

Aunque todavía no existe una práctica uniforme, sí que se evidencia que, al menos, inicialmente algunas instituciones arbitrales optaron por una solución distinta dirigida a fomentar que fueran sus árbitros los que contrataran por cuenta propia el SRC<sup>200</sup>. Sin embargo, el mercado asegurador no se ha decantado por una póliza específica en este campo sino que como tuvimos ocasión de comprobar se está procediendo a una extensión de la póliza de responsabilidad profesional de los abogados para cubrir la actividad de los mismos como árbitros y/o mediadores.

---

al asegurado, haciéndose cargo la compañía aseguradora del exceso hasta el límite pactado. Nuevamente en alguna de las pólizas examinadas se establece una definición de este elemento: "Prima: Es el precio del seguro. El recibo contendrá además los recargos e impuestos que sean de legal aplicación. El Tomador del Seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza".

<sup>199</sup> En algunas de las pólizas se proporciona una definición del Tomador: "Persona física o jurídica que asume las obligaciones y deberes que derivan del contrato, salvo aquéllos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el Asegurado".

<sup>200</sup> Es el caso de AEADE, que llegó a un acuerdo con CASER para que ésta ofreciera una póliza específica a los árbitros de AEADE por medio de la correduría de seguros Cuarto Pilar. Sin embargo, como se ha indicado (*supra* capítulo I), este seguro únicamente se ha comercializado escasos meses ante el giro dado por el mercado asegurador. Información proporcionada por el Sr. Pedro Garrabe.

## 2.1. La obligación legal de contratar un SRC: posibles interpretaciones

Descrita la práctica de las instituciones arbitrales de contratar voluntariamente un SRC, sin embargo, la cuestión es determinar quién tiene la obligación legal pues el art. 21.1 LA en su segundo inciso no es un ejemplo de claridad y por ello mientras no se concrete reglamentariamente pueden sostenerse diversas interpretaciones. Recordemos para ello el tenor literal de la norma: “Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (...)”.

### 2.1.1. La obligación recae en los árbitros para los arbitrajes *ad hoc* y en las instituciones arbitrales para los arbitrajes administrados

En primer lugar, puede entenderse que la obligación reside en los árbitros para los casos de arbitrajes *ad hoc*, mientras que si el arbitraje es institucional el SRC deberá ser contratado por la institución arbitral en nombre de los árbitros. Esta interpretación deriva del hecho que la LA se aplica tanto a los arbitrajes *ad hoc* como a los institucionales por lo que una forma lógica de explicar la obligación que nos ocupa es en función del tipo de arbitraje. Presenta el inconveniente, como veremos al explicar otra de las alternativas posibles (*infra* 2.1.4), su tenor literal ya que utiliza la conjunción disyuntiva “o” en lugar de la cumulativa “y”. Es, en todo caso, la interpretación que estimamos preferible por las razones que expondremos (*infra* 2.1.6).

### 2.1.2. La obligación recae en los árbitros mientras no se establezcan reglamentariamente los supuestos en los cuales las instituciones arbitrales tendrán dicha obligación

Una segunda interpretación residiría en entender que únicamente los árbitros tienen dicha obligación de contratar el SRC, sin perjuicio de que reglamentariamente puedan establecerse los criterios conforme a los que se exigirá a la institución arbitral la contratación de dicho SRC a nombre de los árbitros. Presumiblemente, la atribución de la obligación vendrá establecida en función del tipo de arbitraje, institucional o *ad hoc*. De ser así, esta interpretación diferiría de la expresada anteriormente en que se trata de una obligación potencial o futura de la institución arbitral pendiente del ulterior desarrollo reglamentario, mientras que en el primer caso se interpreta la norma como una obligación actual de la institución al realizar su servicio de administración de arbitrajes.

Una alternativa a esta interpretación es considerar que en cualquier caso mientras no se establezcan reglamentariamente las particularidades de este seguro, la obligación legal impuesta no será exigible<sup>201</sup>.

---

<sup>201</sup> Lo que es mantenido por: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.959.

### *2.1.3. La obligación recae tanto en los árbitros como en las instituciones arbitrales para cubrir sus propias responsabilidades*

Una tercera interpretación podría considerar que existe la obligación de los árbitros de contratar un SRC en todo caso para cubrir su responsabilidad ya sea en arbitrajes *ad hoc* o en arbitrajes administrados, al tiempo que las instituciones arbitrales estarían obligadas a contratar también un SRC que cubriese su propia responsabilidad<sup>202</sup>. Para ello únicamente sería necesario realizar una corrección gramatical en el 2º inciso del art. 21.1, de tal forma que el precepto indicara: “Se exigirá a los árbitros y a las instituciones arbitrales en su nombre...”.

Ello es así porque la exigencia de la contratación del seguro se inserta en el artículo 21 LA que se dedica a la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales otorgando el mismo sistema de responsabilidad a unos y a otros. Esta interpretación derivaría del hecho que la Ley de Arbitraje también establece la responsabilidad de la institución arbitral en el art. 21.1 y no únicamente la de los árbitros, por lo que parece lógico que la obligación legal recaiga también en la institución arbitral. Ahora bien, la corrección indicada no está exenta de problemas, puesto que se abriría entonces paso a otra posible forma de explicar el contenido normativo de la obligación de contratar un seguro que indicaremos a continuación.

### *2.1.4. La obligación recae tanto en los árbitros como en las instituciones arbitrales únicamente en el caso de arbitrajes institucionales*

Efectivamente, de corregir el uso de la conjunción “o” por “y” nos encontraríamos con una posible cuarta manera de explicar la norma objeto de este trabajo y que consistiría en entender que la obligación se exige tanto a los árbitros como a la institución pero únicamente en el caso de arbitrajes institucionales. De tal forma que el desarrollo reglamentario determinará sobre quién recaerá la obligación posiblemente en relación con la cuantía. Esta interpretación deriva del tenor literal del precepto puesto que al usar la conjunción disyuntiva “o” no parece factible seguir la interpretación conforme a la que la obligación residiría en unos o en otros dependiendo del tipo de arbitraje, institucional o *ad hoc*; postura que hemos indicado en primer lugar.

### *2.1.5. La obligación reside únicamente en los árbitros*

Una última posible tesis interpretativa consistiría en entender que el único sujeto obligado son los árbitros, y que las instituciones arbitrales no tienen ninguna obligación de

---

<sup>202</sup> Considera que el art. 21 LA puede interpretarse en el sentido de que sean no sólo los árbitros sino también las instituciones arbitrales las obligadas a contratar el SRC: Sergio GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.775, pese a la deficiente redacción del texto legal y con apoyo en la excepción de la contratación del SRC a las entidades mencionadas por la Ley.

asegurar la responsabilidad de los árbitros. El único obligado y beneficiado de la obligación legal destinada a cubrir sus posibles responsabilidades civiles es el árbitro y por ello no puede entenderse en modo alguno que las instituciones tengan una obligación de contratar el seguro a nombre de los árbitros.

En contra de esta interpretación está el hecho de que la propia norma exceptúa de la obligación de contratación del seguro a determinadas entidades por lo que parece claro que también las instituciones arbitrales están vinculadas por dicha obligación. Además de ello, las normas sobre responsabilidad de los árbitros y de las instituciones no se destinan únicamente a proteger al asegurado sino que, como sucede al hilo de los fundamentos básicos de la responsabilidad civil y su evolución, el perjudicado o la víctima es también objeto de protección indemnizatoria<sup>203</sup>.

En cambio, un cierto apoyo a esta última vía de interpretación que comentamos podría hallarse en la normativa sobre mediación, redactada muy próxima en el tiempo a la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo de 2011, puesto que el SRC obligatorio sólo se exige a los mediadores y ni siquiera se ha previsto la contratación del seguro a su nombre por parte de las instituciones de mediación. Efectivamente el artículo 11.3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles considera que: “El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”. No se exige tampoco la contratación de un SRC a la institución de mediación aunque la Ley 5/2012 se encarga de establecer también su responsabilidad en el artículo 14 de la misma Ley.

#### *2.1.6. Nuestra interpretación: la obligación reside en los árbitros en los arbitraje ad hoc y en las instituciones arbitrales a nombre de los árbitros en los arbitrajes institucionales*

No resulta fácil determinar cuál de las antedichas interpretaciones es la que debe seguirse pues todas presentan elementos derivados del tenor literal o de la lógica jurídica que pueden apoyar a cualquiera de ellas. Sin embargo, estimamos que la más correcta es la primera por las razones que desarrollamos a continuación.

La obligación legal de contratar un seguro se inserta en la LA sin haber establecido excepción alguna a su régimen por lo que consecuentemente se ha de estar al ámbito aplicativo de la LA que se aplica a todo tipo de arbitraje ya sea institucional o *ad hoc*. Una buena prueba de ello, además, es el art. 21.2 LA relativo a la provisión de fondos que claramente se aplica a ambos tipos pues si únicamente se aplicara a los arbitrajes institucionales no tendría sentido establecer que los árbitros pueden exigir a las partes

---

<sup>203</sup> Vid. Por ejemplo: OLIVENCIA, El seguro de responsabilidad civil, p.203 y SSTs 26 diciembre 1986 y 26 abril 1988 por él citadas.

las provisiones de fondos ya que ésta es una de las tareas de administración del arbitraje que realizan las instituciones arbitrales.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, no tiene sentido que el legislador haya excluido de la obligación de contratación del seguro a los arbitrajes *ad hoc* y sólo se exija en el caso de los arbitrajes administrados. Ello no sólo por la razón indicada sino, además, poniendo en conexión esta cuestión con las razones de política legislativa que han llevado al legislador a la imposición de este seguro que se aplican en buena lógica también a los arbitrajes *ad hoc*. Así la idea de proporcionar seguridad jurídica, y de atracción de arbitrajes a España se han de considerar igualmente en el caso de los arbitrajes no institucionales. De la misma manera, los riesgos derivados de la prestación de ciertos servicios y la obligación de concertar un seguro de conformidad con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, concurren también con independencia del tipo de arbitraje.

Cierto es que, como hemos indicado anteriormente, en nuestra opinión también debería haberse exigido un SRC a la institución arbitral con carácter obligatorio. Sin embargo, es posible que el legislador haya entendido que el nivel de riesgo que asume la institución arbitral es menor en comparación con la actividad que desarrollan los árbitros quienes dictan un laudo con el efecto de cosa juzgada y con carácter definitivo y por lo tanto sin posibilidad de acudir a una segunda instancia en apelación, mientras que las instituciones arbitrales aun cuando pueden tomar decisiones también de importancia y calado en relación a ciertos aspectos del procedimiento arbitral, no deciden sobre el fondo del asunto. De ahí que entra dentro de lo posible que ésta sea la razón por la que no se haya exigido un SRC obligatorio a las instituciones administradoras, como por otra parte se reafirma en la Ley 5/2012 de Mediación donde tampoco se exige un SRC a la institución.

Efectivamente, tampoco exige la Ley 5/2012 a las instituciones de mediación que contraten un SRC a nombre de los mediadores aunque sí que ostentan los perjudicados una acción directa frente a ella (art.14). La razón podría hallarse en el hecho de que la mediación, al menos desde la óptica legal, es un fenómeno de cuño mucho más reciente en nuestro país y por lo tanto no existe práctica alguna en las instituciones de mediación similar a la ya comentada en el ámbito de las instituciones arbitrales donde se contrataba un SRC a favor de sus árbitros.

Que la exigencia legal recae no sólo en los árbitros sino también en las instituciones arbitrales quienes tienen la obligación de contratar el seguro a nombre de los árbitros se evidencia en cuanto se conecta esta obligación con el fundamento de la acción directa establecida en el art. 21.1 LA y que estaba ya presente en la redacción original de la Ley de Arbitraje en 2003, y que deriva de la LA (1988). Conforme a dicha norma se establece que en los arbitrajes administrados el perjudicado tendrá acción directa contra la institución, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros. Se trata de una norma típica del SRC dirigida a proteger al perjudicado. Por otra parte, el hecho mismo de que el art. 21.1 2º inciso exceptúe claramente a determinadas instituciones de la contratación del seguro es un dato evi-

dente de que las instituciones arbitrales están obligadas legalmente a la contratación del seguro en nombre de los árbitros.

A mayor abundamiento, resulta extraña la exclusión de las Entidades públicas puesto que conforme al sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el art.144 Ley 30/1992, cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, por lo que la licitud y validez del seguro concertado por la Administración como tomadora en nombre de su personal como asegurado está fuera de toda duda<sup>204</sup>.

La interpretación que estamos realizando en relación con el sujeto obligado a la contratación del SRC cobra sentido particularmente en el caso del arbitraje administrado si se piensa en los costes y en el poder de negociación. En el caso de las pólizas por cuenta ajena, la institución administradora negociará colectivamente en relación con el conjunto de árbitros de la institución, resultando también desde el punto de vista del asegurador una solución factible y eficiente a la hora de negociar y calcular los riesgos y la prima, pues no tendrá que tomar en consideración individualmente a cada árbitro sino el volumen total de procedimientos, número de árbitros y las cuantías de dichos procedimientos que se lleven en una determinada institución. Y ello con independencia de quién resulte obligado al cumplimiento de las obligaciones que derivan de la contratación del seguro: sólo la institución administradora, como en el caso del pago de la prima, ambas conjuntamente, o únicamente el asegurado. Por otra parte, en el caso de tribunales arbitrales de tres miembros se facilitan las reclamaciones ante una única compañía aseguradora.

Por otra parte, si se hubiera establecido legalmente que la obligación residiera únicamente en los árbitros, nos encontraríamos con una potencial responsabilidad de la institución administradora dejando desprotegido al perjudicado. Efectivamente, la potencial responsabilidad de la institución arbitral subsistiría pues no hay que olvidar que conforme al mandato legal (art. 21.1 LA) el perjudicado tiene acción directa contra la institución arbitral. Una cierta forma de mitigar esa posible responsabilidad de las instituciones arbitrales, aunque no está exenta, a su vez, de ciertos inconvenientes y riesgos, residiría en exigir a los árbitros por parte de las instituciones arbitrales la prueba de la contratación de un SRC al momento de aceptar el encargo. Sin embargo, se podrían potencialmente abrir disputas en torno al ámbito de los riesgos cubiertos, el ámbito temporal o espacial de aplicación de la póliza, u otros pormenores, etc., que podrían suponer un retraso significativo en el arbitraje, además de una pesada carga para la institución arbitral que no dispone probablemente de los recursos humanos

---

<sup>204</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así se reconoció en la DA 6ª Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1991, BOE, nº311, 28 diciembre 1990: "Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado (...)".

apropiados para evaluar los diversos tipos de pólizas y clausulados que le puedan presentar los árbitros.

En consecuencia, pese a lo poco claro que resulta la obligación legal en cuanto al sujeto obligado a la contratación del SRC, en nuestra opinión, el legislador ha acertado al exigir la contratación del SRC a la institución arbitral en nombre de los árbitros.

Empero lo anterior, es cierto que de seguirse nuestra interpretación existirá una superposición de coberturas, pues el SRC profesional de Abogados que cubra también la actividad del asegurado (abogado) como árbitro lo haría con independencia del tipo de arbitraje, *ad hoc* o administrado. Lógicamente queda claro que la superposición sólo se da cuando el arbitraje es administrado pues en este caso confluye el SRC de la institución y el SRC profesional de abogado, si bien los límites cuantitativos tan bajos observados en algunas pólizas de SRC de abogados mitigan la crítica que ahora se realiza. Esta confluencia aseguradora podría mitigarse con una correcta delimitación del riesgo<sup>205</sup>.

A modo de conclusión, podemos indicar que la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil recae en los árbitros para los arbitrajes *ad hoc* y para las instituciones arbitrales en el caso de arbitrajes administrados que habrán de contratarlo a nombre de los árbitros<sup>206</sup>. No están obligadas a la contratación del seguro las entidades públicas ni los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas. Fuera de estos casos se abre la posibilidad de contratar un SRC voluntario por parte de las instituciones arbitrales para cubrir su propia responsabilidad.

## **2.2. El seguro por cuenta propia: los árbitros como tomadores del seguro. Capacidad para ser árbitro**

Al estar obligado el árbitro a la contratación del SRC cuando se trate de arbitrajes *ad hoc* resulta claro que la póliza deberá ser contratada por el propio árbitro, esto es, por cuenta propia y, en consecuencia, la póliza será nominativa siendo tomador y

---

<sup>205</sup> Alguna póliza contratada por una institución administradora se refiere a esta cuestión indicando que: "En los siniestros relativos a los árbitros de la corte o a sus miembros, la presente póliza actuará una vez agotadas las garantías de las pólizas en vigor que puedan tener contratadas dichos árbitros o miembros".

<sup>206</sup> Coincide con nuestra interpretación: VICENTE-ALMAZÁN, p.25; OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.959-960, resaltando las dificultades interpretativas de la nueva norma; GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.748, aunque parece contradecirse cuando seguidamente indica que en el caso de profesionales como los Catedráticos que no estén amparados por un SRC profesional (el de abogados) deberán contratar el seguro, "siendo las instituciones arbitrales las que, en caso de arbitrajes institucionales, deban comprobar la concurrencia del mismo como integrantes de las condiciones de capacidad del mismo". Más sorprendente resulta, incluso, que el citado autor considere que en el caso de arbitrajes *ad hoc* dicha obligación recae sobre las partes, amén de sobre el propio árbitro. Y Màrius MIRÓ GILI, L'Arbitratge institucional: El nou paper de les Institucions. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.239-240, considerando un acierto la exigencia del seguro sobre todo en atención a los "chiringuitos arbitrales".

asegurado el propio árbitro. La obligación recae en el árbitro desde la aceptación del nombramiento.

En cuanto a quién pueda ser árbitro, la Ley de Arbitraje establece las condiciones de aplicación general a todo árbitro, debiendo tenerse en cuenta que en los convenios arbitrales podrán establecerse condiciones específicas, por ejemplo, que el árbitro reúna determinada cualificación profesional o un número de años de práctica en el sector objeto de la controversia<sup>207</sup>. Incluso se ha abogado porque concurren en el árbitro determinadas condiciones de honorabilidad que podrán ser exigidas vía convencional –por ej., a través del convenio arbitral- o estatutaria –por ej., a través de un código ético y profesional, que podría derivar de la relación entre el árbitro y la institución de arbitraje- y que podrían generar responsabilidad del árbitro si la misma quiebra o desaparece<sup>208</sup>.

La capacidad para ser árbitro aparece contemplada en el art.13 LA que se refiere a la condición de persona natural que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles y siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión<sup>209</sup>. También, y de importancia en relación con los arbitrajes internacionales, se establece que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. El derecho español considera asimismo que en el caso de pluralidad de árbitros deberá ser un número impar (art.12 LA)<sup>210</sup>.

Además de lo anterior, y como novedad significativa operada bajo la reforma de mayo de 2011 de la Ley de Arbitraje, se ha ampliado el elenco de profesionales que pueden ser árbitros<sup>211</sup>.

La modificación operada en la LA consiste en establecer que cuando el arbitraje sea de Derecho se requerirá la condición de jurista del árbitro único o en el caso de pluralidad de árbitros, que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista, pero al mismo tiempo resultando de aplicación tanto al arbitraje interno como al internacional.

---

<sup>207</sup> Es el caso por ejemplo del CMOF (Contrato Marco de Operaciones Financieras) de 2009 elaborado por la Asociación Española de Banca y en cuyo anexo I en la cláusula sobre convenio arbitral se requiere que los árbitros tengan un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados.

<sup>208</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.38-41.

<sup>209</sup> Por ejemplo establece el art.57.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que el ejercicio de cargos fiscales es incompatible “2. Con el de cualquier otra jurisdicción, así como la participación en actividades u órganos de arbitraje”. Vid. Ley 50/1981, de 30 de diciembre - RCL\1982\66, BOE, núm.11, 13 enero 1982.

<sup>210</sup> Lo que da lugar al interesante debate de si un tribunal truncado sería contrario al orden público español máxime tras la decisión de la SAP Madrid, 11 diciembre 2003 que considera nulo un laudo dictado por dos árbitros tras haber dimitido el tercero por considerar que su mandato había caducado. Vid. Los considerandos en MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.82-84. Por el contrario: SAP Madrid, 27 diciembre 2011, La Ley 294739, en relación a la posible anulación de un laudo arbitral considera que el art.19 LA prevé el supuesto de tribunales truncados.

<sup>211</sup> Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo). Arbitraje, 2011, vol. IV, nº 3, pp. 667–704.

La salvedad relativa al acuerdo en contrario de las partes es importante pues permite que las partes tanto en los arbitrajes internos como en los internacionales puedan prescindir de árbitros que tengan la condición de juristas.

En nuestra opinión, si pensamos en los objetivos de la reforma, su aplicación tanto a los arbitrajes internos como internacionales, así como en la comparación entre la redacción original<sup>212</sup> y la vigente puede fácilmente colegirse que, además de quienes sean abogados (colegiados/inscritos/visitantes) en España o en otros países, se ha de considerar a cualquier persona que tenga la cualificación de Licenciado o graduado (o en su caso título equivalente) en Derecho o campo equivalente (por ejemplo, en Ciencias Jurídicas), como pueden ser notarios, registradores, o profesores universitarios. Mayores dudas, aunque en nuestra opinión no deben considerarse incluidos, los Doctores en Derecho (o título/campo equivalente) cuando su licenciatura o Grado no se corresponda con el campo del conocimiento del Derecho. Quedarían fuera, sin duda alguna, los licenciados o graduados en otras ramas del conocimiento, aunque posean un título de Máster relacionado con disciplinas jurídicas, incluso un Máster especializado en métodos de resolución de disputas<sup>213</sup>.

Esta modificación, como hemos indicado, resulta de gran calado e importancia al abrir considerablemente el elenco de personas que podrán realizar funciones arbitrales y resulta muy apropiado cuando se trata de cuestiones de considerable complejidad técnica, por lo que en este tipo de disputas resulta a nuestro juicio recomendable que los tribunales estén formados por tres miembros, al menos uno de ellos, especialista en la materia. Piénsese por ejemplo en cuestiones de responsabilidad sanitaria<sup>214</sup> o cuestiones que involucran conocimientos de ingeniería, arquitectura, finanzas, economía, etc. Al mismo tiempo, el arbitraje como procedimiento jurídico de gran complejidad técnica en esta área de conocimiento requiere de la presencia de juristas con experiencia<sup>215</sup>.

Además de lo anterior, la Ley de Arbitraje se refiere a la capacidad de los árbitros en el artículo 13 indicando 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”.

---

<sup>212</sup> Interpretada de forma amplia por la doctrina: BACHMAIER, Artículo 15, pp.140-144.

<sup>213</sup> En contra: ALONSO PUIG, Artículo 15, p.222.

<sup>214</sup> Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, La mediación y el arbitraje como fórmulas alternativas de solución de conflictos en las reclamaciones contra personal médico y centros sanitarios. Revista Española de Seguros, nº152, octubre-diciembre 2012, pp.315-342.

<sup>215</sup> Y ello aunque la experiencia no sea requisito obligatorio desde el punto de vista legal, sí lo será desde el punto de vista práctico. Por ejemplo, las instituciones arbitrales suelen considerar una experiencia de entre 5-10 años para incluir a un árbitro en su listado. Vid. En este sentido: Francisco ARMAS OMEDES, La condición de jurista del árbitro en Derecho. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.173-174.

La capacidad se refiere no sólo a la capacidad legal de obrar que está establecida con carácter general para los mayores de 18 años sino también en relación con la necesidad de velar por el cumplimiento de requisitos específicos como pueden ser los determinados por el ejercicio de determinadas profesiones o en lo que atañe a los arbitrajes de derecho a la concurrencia de la condición de jurista al árbitro único o en el caso de tribunales de tres o más árbitros que, al menos, uno de ellos tenga dicha condición.

Los centros arbitrales deberán velar por la capacidad de los árbitros. En este sentido, indica la Exposición de Motivos (IV) de la LA que “se opta por el criterio de mayor libertad de las partes, como es hoy la regla general en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena”.

En relación con la condición del árbitro, esto es, si sólo puede ser una persona natural o si puede considerarse que personas jurídicas desempeñen dicha función, la cuestión resulta sumamente controvertida, resultando muy mayoritaria entre nuestra doctrina la posición que considera que no pueden ser árbitros las personas jurídicas<sup>216</sup>. A esta interpretación podría llegarse sobre la base de la Exposición de Motivos IV de la vigente Ley de Arbitraje que aunque parte del principio de autonomía de la voluntad de las partes

---

<sup>216</sup> Recientemente: Auto AP Barcelona, 28 septiembre 2012, Arbitraje, 2013, nº2, vol.6, pp.516-520 con nota de Enrique LINARES RODRÍGUEZ.

Interpretación mayoritaria que descarta que las personas jurídicas puedan ser árbitros conforme al art.13 LA: Luis MARTÍ MINGARRO, Artículo 13. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.197, si bien considerando acertadamente que *prima facie* no pueden considerarse nulas las cláusulas que atribuyen el desempeño arbitral a una persona jurídica al poder interpretarse la voluntad de las partes en el sentido que sea árbitro el administrador o representante de la persona jurídica.

GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.721, categórico en cuanto a la exclusión de las personas jurídicas puesto que no admite excepciones de ningún tipo la condición de persona natural de los árbitros.

Igualmente bajo el art.15 LA: ALONSO PUIG, Artículo 15, p.215, nota 1; GISBERT, pp.6-7. También entendiendo que si el convenio designa una persona jurídica, ésta sólo podrá administrarlo: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.58.

Bajo la LA (1988) la doctrina se posicionó tanto a favor como en contra de esa posibilidad. Vid. el tratamiento de esta cuestión en Manuel ALBALADEJO, El sedicente arbitraje de personas jurídicas. Actualidad Civil, nº7, semana 12-18 febrero 1990, pp.93-99, llegando a la conclusión bajo la LA (1988) que sólo las personas naturales pueden ser árbitros. Se entiende, sin embargo, en el ámbito de dicha Ley que en los arbitrajes de equidad existe la duda (no así en los de derecho, porque el art.12.2 exige que sean abogados en ejercicio): Frederic MUNNÉ CATARINA, La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Prearbitral. Aranzadi, 2002, p.29.

Por su parte, bajo la LA (1953) resultaba claro que tanto en los arbitrajes de Derecho como en los de equidad sólo las personas naturales podían ser árbitros al establecerlo claramente el art.20 LA (1953): “El nombramiento de árbitros habrá de recaer en Letrados que ejerzan la profesión. No obstante, si las partes estipulan que los árbitros puedan fallar, no con arreglo a derecho, sino a su saber y entender, podrán designar a quienes prefieran con tal de que sean personas naturales, que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir”.

Vid. Sin embargo, abogando porque las personas jurídicas puedan ser árbitros: CAIVANO, pp.189-193.

enfatisando que en relación con el nombramiento de árbitros “nada impone la Ley”, exceptúa el hecho de que “se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena”.

A nuestro juicio, sin embargo, la cuestión puede enfocarse desde un punto de vista evolutivo acerca del rol que puede desempeñar una persona jurídica, así como partiendo del propio tenor literal del art.13 LA. Al no existir una prohibición expresa bajo la LA, las personas jurídicas podrían ser árbitros tanto en el caso de arbitrajes institucionales como en supuestos de arbitrajes *ad hoc*, siempre que la persona jurídica y la persona natural por ella designada para el ejercicio de la función arbitral cumplan los requisitos legal o contractualmente previstos. Tanto el artículo 12.1 LA (1988) como el 13 LA señalan que pueden ser árbitros las personas naturales, aunque no dice que sólo puedan ser árbitros las personas naturales.

En consecuencia, en nuestra opinión, existe la posibilidad de que las personas jurídicas, por medio lógicamente de personas físicas, pudieran ejercer de árbitros con el límite de la aplicación del principio de la independencia e imparcialidad de los árbitros (art.17.1 LA, que además añade que el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial).

La posibilidad de que un árbitro pueda ser una persona jurídica es en la actualidad legalmente viable gracias a la estructuración del ejercicio colectivo de profesiones liberales vía personas jurídicas<sup>217</sup>. Un argumento a favor de esta posible interpretación reside en la reciente Ley de Mediación bajo cuyo art.11 se ha previsto expresamente que:

*“1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley”.*

En este caso, y si se trata de un arbitraje *ad hoc*, la obligación de contratar el seguro residirá en la persona jurídica, generalmente una sociedad profesional. Las pólizas examinadas en principio deberían tener en consideración este hecho para ajustar la redacción, aunque no deberían existir mayores problemas de interpretación en este punto pues las pólizas suelen acoger definiciones amplias en relación con el asegurado. Indicado lo anterior, enfatizar que, como veremos posteriormente, no deben

---

<sup>217</sup> Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales.

Así por ejemplo puede ser administrador concursal tanto una persona física como una jurídica: art.30.1 Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal y art.2.1 del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241.

También puede ser administrador de una sociedad de capital una persona jurídica por medio también de su representante persona física. Vid. En relación con el SRC y la consideración del asegurado: RONCERO, pp.190-193.

confundirse los roles entre la administración de un arbitraje –puede hacerlo una persona jurídica- y dictar el laudo –también según nuestra interpretación puede hacerlo una persona jurídica- por lo que en este caso necesariamente no pueden unirse en la misma persona ambas funciones ya que dejaríamos de estar en presencia de un arbitraje institucional.

### **2.3. El seguro por cuenta ajena: las instituciones arbitrales en nombre de los árbitros**

En los arbitrajes administrados por una institución arbitral, los árbitros quedarán protegidos en su responsabilidad por medio de la contratación del seguro por la propia institución a nombre de los árbitros. El elenco de instituciones administradoras obligadas a la contratación del seguro obligatorio a favor de los árbitros se extrae mediante una delimitación negativa, ya que se exceptúan legalmente de dicha obligación a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas, cuestión que abordaremos en el epígrafe siguiente.

El pago del seguro por cuenta de otro, esto es, el llamado seguro por cuenta ajena, no es inusual en determinados ámbitos de la responsabilidad civil, siendo muy común en el caso de las corporaciones profesionales para cubrir a sus colegiados<sup>218</sup>. Así sucede en el caso de los abogados inscritos en un colegio profesional donde el tomador es el Colegio y la prima es por ella asumida de forma directa<sup>219</sup>. También es el caso de los administradores de las sociedades mercantiles donde la prima suele ser habitualmente

---

<sup>218</sup> Incluso se considera que se ha llegado al punto de contribuir a la constitución de entidades aseguradoras promovidas por los Colegios y que se dedican específicamente a asegurar los riesgos de los colegiados entre ellos el de responsabilidad profesional: Miguel IRIBARREN, El seguro obligatorio de responsabilidad civil de las sociedades profesionales. En Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas. Civitas/Thomson, 2011, p.370. El autor explica a continuación las diversas técnicas negociadoras mediante las que se articula el seguro por cuenta ajena. En este sentido, las pólizas analizadas en este trabajo y que han sido contratadas por instituciones administradoras revelan el mismo sistema: contratación en nombre propio por parte de la institución. Cuestión distinta es que sería factible un sistema mixto en el que el árbitro obtenga una ampliación de cobertura asumiendo el pago de la prima excesiva.

<sup>219</sup> Vid. Por ejemplo, el seguro colectivo del ICAM que incluye a los colegiados en ejercicio que figuren dados de alta en el Colegio, aunque con un ámbito geográfico limitado generalmente a España, y así expresamente se señala que: “Queda expresamente incluida la Responsabilidad Civil del Asegurado derivada de la actividad del asegurado como árbitro en los procedimientos de arbitraje regulados por la ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre”, lo que a nuestro juicio incluye tanto a los arbitrajes *ad hoc* como a los institucionales. Igualmente cubre a la Corte de Arbitraje del ICAM “por errores profesionales en el ejercicio de las funciones propias de su cometido, según lo establecido en la legislación vigente”. Por ello, algunas Asociaciones Internacionales de Abogados ofrecen cobertura a nivel internacional a los Colegios Nacionales, incluyendo la totalidad de sus miembros. Por ejemplo, la póliza de AIG Europe para la Unión Iberoamericana de Abogados (UIBA) como tomador y Cada Ilustre Colegio Nacional de Abogados con la totalidad de sus miembros como asegurados. La cobertura se extiende a todos los países miembros de la UIBA (salvo Puerto Rico y Cuba).

asumida por cuenta de la sociedad<sup>220</sup>, tomadora en el seguro, aunque en este caso la prima se articula como una retribución en especie según la doctrina mercantilista mayoritaria<sup>221</sup>; los notarios por medio de la Junta de Decanos del Consejo General del Notariado<sup>222</sup> y en el caso de los administradores concursales cuando se trata de una persona jurídica<sup>223</sup>.

Lógicamente en el caso del arbitraje no podemos entender que la contratación del seguro por la institución responda a un pago en especie, entre otros motivos, porque la retribución del árbitro deriva de las partes en el procedimiento, aunque cierto es que dependiendo de las instituciones arbitrales los honorarios se reciben directamente por medio de la institución. Esto es, en ocasiones el árbitro factura directamente a las partes del arbitraje, mientras que otras se factura a la institución arbitral, pero el origen del dinero es siempre el mismo: una o las dos partes en el arbitraje dependiendo el primer caso de si la parte demandada no satisface su parte relativa a la provisión de fondos.

Podría, no obstante, considerarse si es el árbitro quien soporta el coste del seguro en aquellas situaciones en las que las instituciones arbitrales –sólo algunas realizan esta práctica- cobran a los árbitros un porcentaje de sus honorarios por la prestación de sus

---

<sup>220</sup> Vid. Además destacando los iniciales problemas de licitud de la contratación del seguro de D&O por la sociedad: RONCERO, pp.35-47 y pp.87-97; IRIBARREN, pp.25-26; FERNÁNDEZ DEL MORAL, pp.51-52, y p.55; y María Jesús GUERRERO LEBRÓN, El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos. Madrid: La Ley, 2004, pp.55-57. Contra: CAMPINS, pp.1008 y ss.

La previsión expresa de la Ley de Arbitraje elimina las incertidumbres que sí se han producido en el campo de la administración societaria acerca de la licitud del pago de la prima del seguro realizado por la sociedad (mayores detalles en IRIBARREN, pp.89-101) o los efectos negativos al eliminar la función preventiva de responsabilidad (CAMPINS, pp.998 y ss, considerando el argumento infundado). Esta habitualidad en la forma de contratar la prima del seguro de D&O presenta, sin embargo, ciertas ventajas que a la postre han prevalecido sobre los posibles efectos negativos y que han sido resaltadas por la doctrina, algunas de las cuales se pueden considerar también en el ámbito del seguro arbitral. Vid. Por ejemplo: GUERRERO LEBRÓN, pp.56-57.

<sup>221</sup> Vid. Con ulteriores referencias: RONCERO, pp.103-122; y GUERRERO LEBRÓN, pp.234-240, aunque los autores citados establecen algunas excepciones como la relativa a la cobertura de reembolso de la sociedad y la cobertura otorgada a los administradores de otras sociedades del grupo.

<sup>222</sup> Póliza MAPFRE donde constan como asegurados: “1. Cada uno de los Notarios en activo, aunque con posterioridad a la fecha de este contrato pasen a otra situación y con independencia de que ejerzan su actividad de forma individual en una única notaría o de forma convenida con otro Notario bajo la misma forma comercial. 2. Despachos que se constituyan por varios Notarios como única organización para la prestación de servicios notariales. 3. Cada uno de los Notarios jubilados o excedentes antes de la entrada en vigor de este contrato. 4. Todos y cada uno de los herederos de cada Notario fallecido, antes de la fecha de efecto o durante la vigencia de este contrato (...).”. Resulta también asegurado el propio tomador. Idéntica redacción en la Póliza ESTRELLA Seguros también contratada por ella.

<sup>223</sup> Así indirectamente se desprende del art.2.2 del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241: “Cuando la administración concursal sea una persona jurídica, la cobertura del seguro o garantía equivalente incluirá la responsabilidad de los profesionales que actúen por cuenta de ésta”.

servicios –en torno a un 10%- , de tal forma que se entendiera que el porcentaje del montante total de los honorarios de los árbitros dirigido a pagar a la institución arbitral por la prestación de sus servicios incluye también el coste de la contratación del seguro a nombre de los árbitros.

No consideramos que, en su caso, este pago que hace el árbitro a la institución de arbitraje pueda verse como una contraprestación en especie ya que el análisis de las pólizas contratadas por algunas de las instituciones administradoras españolas evidencia que la determinación de la prima se efectúa tomando datos objetivos como el número o cuantía de los arbitrajes administrados por una institución y no subjetivos basados en la persona de los árbitros, máxime cuando a priori resulta muy difícil conocer la exacta determinación de los árbitros que resultarán beneficiados por la cobertura de la póliza. Además de ello, en realidad ese pago del árbitro se hace sobre el total de sus honorarios por lo que supone en realidad para el centro arbitral una forma indirecta de que sus servicios de administración sean indirectamente soportados por los operadores del arbitraje sin que se refleje de forma directa en el coste del servicio que se publicita y que pagan las partes.

El seguro arbitral es un seguro colectivo de grupo<sup>224</sup> pues se establecen como beneficiarios del mismo el conjunto de árbitros que en un momento dado acepten el encargo o función de arbitrar. Por ello, es el colectivo de árbitros futuros, esto es, los que acepten el encargo en un determinado momento temporal, los que quedan amparados por el seguro, por lo que no se requiere de su consentimiento y ni siquiera de su conocimiento, tan es así que algunas instituciones no publicitan este dato entre sus árbitros<sup>225</sup>. Bastara a estos efectos con indicar el colectivo por su nombre: árbitros y tribunal arbitral para entender comprendidos a los sujetos que hayan aceptado arbitrar.

Como curiosidad de algunas pólizas, y derivado del hecho de que algunas Cortes son parte de Corporaciones de Derecho Público, el caso conocido de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria, y sin que ello implique modificación respecto de lo aquí considerado, resaltar como en ocasiones aquellas son aseguradas al mismo nivel que los árbitros actuando como tomadora el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España en lo que es nuevamente un seguro colectivo o de grupo al que deben adherirse las Cortes de Arbitraje, aunque las Cortes de Arbitraje y las Cámaras de Comercio han de pagar una prima adicional en función de diversas opciones que se ofrecen según el límite por siniestro y límite agregado anual para cada asegurado, estableciéndose primas progresivas en función

---

<sup>224</sup> Vid. Rafael ILLESCAS ORTIZ, El seguro colectivo o de grupo. Sevilla: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, 1975.

<sup>225</sup> En este caso, aunque no entramos en ello, se presenta la evidente cuestión de la interpretación del contrato, delimitación del riesgo y de las cláusulas limitativas, por la situación especial que se produce en estos seguros colectivos, ya que se plantea si la suscripción expresa por el tomador es suficiente para imputar las limitaciones al asegurado (cfr. Art.3 LCS).

del número de arbitrajes y sin que asuma el Consejo Superior de Cámaras obligaciones como tomador del seguro, salvo en el caso de la Corte Española de Arbitraje<sup>226</sup>.

En otras pólizas figura como tomadora la Cámara de Comercio e Industria de una determinada provincia en nombre de la Corte de Arbitraje.

Con independencia de la modalidad adoptada y con el fin de facilitar el análisis, ejemplos y explicaciones a lo largo de esta obra asumiremos que la condición de tomadora la ostenta la propia Corte o institución administradora del arbitraje.

Para finalizar, indicar que las pólizas examinadas tienen en común la fijación de una franquicia, llamada también deducible en algunas pólizas<sup>227</sup>, que es “aquella parte de la indemnización en la que el asegurado queda como asegurador de sí mismo”<sup>228</sup>, esto es, la cantidad que se obliga a asumir el asegurado, siendo responsable del exceso el asegurador, y que viene a configurarse como una forma de incentivar la diligencia del asegurado<sup>229</sup>. La franquicia puede ser una cantidad fija o porcentual<sup>230</sup> que se fija

---

<sup>226</sup> Por ejemplo se establecen 4 opciones idénticas a la que ahora se expone con primas progresivas: “Opción A.

Prima mínima por asegurado/Corte de Arbitraje: XXX euros

Hasta 7 arbitrajes no corresponde regularización.

A regularizar de 7 a 25 arbitrajes a una PRIMA NETA de XXX euros por arbitraje.

A regularizar a partir de 25 hasta 50 arbitrajes a una PRIMA NETA de XXX euros por arbitraje.

A regularizar a partir de 50 arbitrajes a una PRIMA NETA de XXX euros por arbitraje”.

<sup>227</sup> Y definido en algunas pólizas como “Cantidad que en cada siniestro y por todo concepto de pago corre por cuenta del Asegurado o Tomador y a partir del cual resultarán exigibles las prestaciones del Asegurador”. O similarmente en la póliza del ICAM: “La cantidad que en cada siniestro y según lo pactado, en su caso, en la póliza para cada uno de los riesgos cubiertos, sea a cargo del asegurado”.

Sobre la diversa terminología, siendo *franquicia* la más utilizada a nivel comparado, puede verse: Rafael LARA GONZÁLEZ, La oponibilidad a terceros de la cláusula de franquicia en los seguros de responsabilidad civil. En Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas. Civitas/Thomson, 2011, p.408, derivando la expresión *deducible* del derecho anglosajón, mientras que el derecho alemán prefiere la de *auto seguro*, que resulta, sin duda, descriptora de la realidad.

<sup>228</sup> LÓPEZ-COBO, p.207.

<sup>229</sup> Los beneficios para el asegurador y asegurado han sido descritos por LARA GONZÁLEZ, La oponibilidad, p.409: así desde el lado del asegurador mejora el resultado del riesgo implicado, evita tramitar y gestionar pequeños siniestros, y es una forma indirecta de incrementar el precio del seguro; desde el lado del asegurado abarata el seguro al reducirse la siniestralidad y por ende ayuda a la estabilidad de la prima. Vid también Juan Perán Ortega, la responsabilidad civil y su seguro. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 203-205.

<sup>230</sup> Así consta en las definiciones de la póliza colectiva de las Cámaras de Comercio para las Cortes arbitrales: “Aquella cuantía de dinero, expresada en términos fijos o porcentuales, que corresponde al asegurado, de tal forma que el asegurador sólo será responsable de pagar en exceso de la cantidad establecida como franquicia en el apartado 8 de las condiciones particulares. La Franquicia será aplicable en cada RECLAMACIÓN y para todo tipo de daños y gastos”. O en la póliza específica contratada por una importante institución arbitral: “Es la cantidad expresamente pactada en las condiciones particulares que se deducirá de la indemnización que corresponda en cada siniestro”.

Estas definiciones resultan coherentes con la que se establece en el SRC Profesional de Abogados de MAPFRE: “Franquicia: la cantidad o procedimiento para su deducción establecidos en las condiciones

en las condiciones particulares, aunque también pueden combinarse ambos criterios. Considerada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a su naturaleza jurídica como una cláusula delimitadora, desde el punto de vista cuantitativo, del objeto del seguro y no como cláusula limitativa<sup>231</sup>.

En la mayoría de las pólizas examinadas, la modalidad escogida ha sido la de expresar una cantidad fija<sup>232</sup> y su génesis reside en estimular la actuación jurídicamente correcta del asegurado frente al hecho asegurado o si se prefiere buscan disuadir al asegurado de comportamientos oportunistas. En alguna de las pólizas además la franquicia marca el límite de la cuantía indemnizatoria en su umbral inferior en el sentido que si la cuantía indemnizatoria por el siniestro es inferior a la cantidad estipulada en la póliza por la franquicia, la póliza no cubre el siniestro<sup>233</sup>. La franquicia también se establece en relación con la defensa jurídica a que en una misma póliza pueden coexistir diferentes tipos de franquicia o incluso franquicias para riesgos en pólizas de segunda capa<sup>234</sup>.

### III. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN ESPAÑA: LOS CENTROS ARBITRALES

La LA se refiere a las instituciones arbitrales como instituciones que podrán contratar el seguro por cuenta ajena. Por otra parte, de la obligación de contratación de un SRC o garantía equivalente se exceptúan a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas (art. 21.1 2º inciso LA). La delimitación positiva y negativa, junto a las diversas formas jurídicas que pueden adoptar los centros arbitrales, obliga a realizar un examen algo más detallado acerca del art.14 LA dedicado al arbitraje institucional. Una vez delimitadas las instituciones que pueden ejercitar funciones arbitrales, y sujetas por lo tanto también al estándar de responsabilidad del art. 21.1 LA, estaremos en disposición de considerar la excepción legal de contratación del SRC en materia arbitral.

---

particulares de esta póliza, que no será de cuenta del asegurador por ser asumida directamente por el asegurado o por otro seguro distinto. Por tanto, el asegurador sólo indemnizará los siniestros hasta el límite de la suma asegurada en exceso de las cantidades resultantes como franquicias”. En definitiva establecida una franquicia en las condiciones particulares, puesto que no pueden estar en las generales, lo que exceda de la misma será de cuenta del asegurador.

Efectivamente, el asegurador se obliga a cubrir hasta la cantidad máxima fijada en la póliza y que actuará en exceso del deducible o franquicia que se convenga a cargo del asegurado. Este límite, como se indica en alguna de las pólizas, “resultará efectivo para cada siniestro y, como máximo, para el conjunto de siniestros de cada período de vigencia de la póliza de seguro”, pudiendo establecerse sublímites.

Además de la franquicia fija o porcentual, con o sin límites, se habla también de la “franquicia parcial cualitativa”, la cual no va referida a todos los riesgos cubiertos sino únicamente a una parte (LÓPEZ-COBO, p.208).

<sup>231</sup> LARA GONZÁLEZ, La oponibilidad a terceros, p.413.

<sup>232</sup> Por ejemplo en la Póliza del ICAM: 1000 euros del importe de cada siniestro. Si se amplía individualmente la póliza y dependiendo de las cuantías la franquicia varía.

<sup>233</sup> Así en la póliza MAPFRE de SRC de abogados que cubre también a los árbitros.

<sup>234</sup> Mayores detalles: LÓPEZ-COBO, pp.208-209.

El artículo 14 LA se refiere al arbitraje institucional estableciendo el poder de las partes de encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a las mismas. La LA configura el catálogo de instituciones que de forma exclusiva y excluyente pueden desarrollar dicha función<sup>235</sup>, lo que implica que si bien teóricamente, porque en la práctica resultara poco habitual, puede encomendarse a un tercero, persona física o jurídica distinta de las enumeradas legalmente, la administración de un arbitraje, sin embargo, no tendrán la consideración de instituciones arbitrales en el sentido del art.14 LA<sup>236</sup>, y por lo tanto no estarán obligadas a contratar un SRC a nombre de los árbitros, recayendo pues la obligación en los propios árbitros.

Los centros considerados en el art.14 como instituciones administradoras son de tres tipos:

- Corporaciones de Derecho Público
- Entidades Públicas
- Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro

En todos los casos sus normas reguladoras o estatutos deberán prever que puedan desarrollar funciones arbitrales<sup>237</sup>. Si fuera el caso, y entre sus funciones estuviera también la mediación, se deberán adoptar medidas para asegurar la separación entre ambas actividades (art.5.1 LM). Resulta aconsejable a tenor de lo dispuesto en el art.14 párrafos 1º y 2º LA que los centros arbitrales delimiten mediante el establecimiento de normativa separada y específica la que corresponda a su estructura orgánica (estatutos o normas reguladoras: órganos de que se compone, sistema de adopción de acuerdos, funciones encomendadas) frente a la estructura funcional (esto es, los reglamentos arbitrales conforme al que desarrollarán la administración del arbitraje)<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Consideraba también bajo la LA de 1988 que el listado del art.10 era de *numerus clausus*: MUNNÉ CATARINA, p.33. Lo que sí se rechazó durante la tramitación parlamentaria fue la inclusión de una lista de entidades que podrían realizar arbitrajes (id., p.34).

Otras leyes de arbitraje han optado por configurar un listado de centros. Vid. Por ejemplo, artículo 11 Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (1998): "Las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma".

<sup>236</sup> En este sentido también: José María ALONSO PUIG, El arbitraje institucional (artículo 14). Comentarios a la Ley de Arbitraje. Coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2006, p.688.

<sup>237</sup> Similar dicción en el art.5 LM (Las instituciones de mediación): "1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma (...)".

<sup>238</sup> En este sentido, también, M<sup>a</sup> Ángeles JOVÉ PONS, La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona. Justicia, 1997, nº2, p.485.

Se notará que si bien las Entidades Públicas aparecen en el catálogo de instituciones administradoras no sucede así en el caso de “los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas” que, en cambio, aparecen nombradas en el art. 21.1 2º inciso LA, lo que obliga a tener que delimitar el ámbito aplicativo de los arts.14 y 21.1 2º inciso LA para así poder discernir las instituciones obligadas o por el contrario exentas de la obligación legal de contratación de un SRC.

El artículo 14 LA es una de las normas que en la reforma de mayo 2011 de la Ley de Arbitraje fue objeto de modificación mediante la incorporación al catálogo de instituciones administradoras a las Entidades Públicas (art.14.1 a) LA), desapareciendo la mención al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), actual Comisión Nacional de la Competencia (CNC). La redacción original del art.14.1 a) LA (2003) era:

“Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales<sup>239</sup>, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia”<sup>240</sup>.

La reforma de 2011 al incluir a las Entidades públicas en el catálogo de instituciones administradoras ha implicado refinar el concepto de lo que se entienda por una corporación de derecho público pues como se ha indicado ya con anterioridad a la modificación operada en mayo de 2011 se entendía que las Entidades Públicas podían realizar funciones arbitrales si así se establecía legalmente, y buena prueba de ello resultaba la mención expresa al TDC, actual CNC. Al mismo tiempo se despejan dudas en torno a la inclusión en el catálogo de instituciones administradoras de otras entidades que se entendían, al menos por un sector doctrinal, como centros arbitrales al margen de la Ley de Arbitraje aunque creadas por Ley<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> La función arbitral es una dicción que también está presente en la vigente LA y que carece de definición aunque debe entenderse relacionada con las funciones arbitrales de administración y designación de árbitros, y no la función propiamente arbitral de emisión de un laudo que es la que realizan los árbitros. Así también: MUNNÉ CATARINA, pp.40-41, aunque desde una perspectiva finalista de la norma, entiende que en los estatutos o normas reguladoras bastará con que aparezca la función de administración puesto que la designación se puede diferir a un tercero. No estamos, sin embargo, de acuerdo y, en nuestra opinión, la función arbitral debe referirse a las dos funciones principales encomendadas: la administración y la designación de árbitros.

<sup>240</sup> Más restringida era la redacción bajo la LA (1988): Artículo 10.º1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a: a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Los reglamentos arbitrales de las Corporaciones de Derecho Público y de las Asociaciones y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente. 3. La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje”.

<sup>241</sup> Así ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.702, se refería a las Juntas Arbitrales de Consumo, de Transporte, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual. Otros autores sin embargo consideraron que aunque no mencionadas debían entenderse como instituciones arbitrales de carácter público: GISBERT, p.9.

Cierto es que podría realizarse otra interpretación en línea con otro objetivo de la Ley de reforma (Ley 11/2011) que no sólo tiene como objetivo reformar la Ley 60/2003 de Arbitraje sino además introducir el llamado “arbitraje institucional en la Administración General del Estado”. Sin perjuicio de las acertadas críticas que ha recibido dicha reforma, lo cierto es que podría conectarse de forma estricta el concepto de entidad pública como institución administradora al hilo de la Disposición Adicional única de la Ley 11/2011, por lo que la delimitación de las entidades administradoras obligadas a la contratación del SRC resultaría en función a dicha Disposición Adicional, y sólo restaría considerar qué instituciones tienen la consideración de “sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas”.

Sin embargo, esta última interpretación creemos que puede descartarse por dos motivos. La primera porque la Disposición Adicional única al establecer el llamado “Arbitraje institucional de la Administración General del Estado” no está estableciendo un verdadero arbitraje y de hecho el procedimiento de resolución de controversias ahí establecido no se incardina en el marco de la Ley de Arbitraje<sup>242</sup>. La segunda porque precisamente el motivo por el cual se introduce a las entidades públicas en el catálogo de instituciones administradoras puede hallarse en otra reforma legal producida un mes y medio antes que consistió en unificar determinadas normas de los llamados organismos reguladores por virtud de la Ley 2/2011, 4 marzo, de Economía Sostenible, y entre ellas la función arbitral, incluyéndose entre los organismos reguladores la CNC<sup>243</sup>.

En conclusión puede afirmarse que la reforma de la LA de mayo de 2011 ha supuesto, al menos, delimitar o refinar el elenco de las instituciones administradoras, cuando no ampliar el elenco de instituciones que se incluirán en su ámbito, con la consiguiente necesidad de deslindar entre lo que se conoce como arbitraje institucional administrativo (entidades públicas que tienen encomendados arbitrajes sectoriales) y reservar el concepto de corporaciones de derecho público (arbitraje institucional corporativo) estrictamente a los Colegios profesionales y a las Cámaras de Comercio<sup>244</sup>. De dicha

---

<sup>242</sup> Considera precisamente que no es un propio arbitraje: Marta GARCÍA PÉREZ, Arbitraje y Derecho Administrativo. Thomson-Aranzadi, 2011, pp.155 y ss, y particularmente 159-161, muy crítica con la denominación “arbitraje institucional”. Como al efecto indica oportunamente la autora (id., p.178): “La Ley 11/2001 no recoge un arbitraje en sentido estricto, sino un procedimiento administrativo revestido de una terminología típicamente arbitral, como si quisiera disfrazarse aquél para encajar, sin forzar demasiado, en una ley de reforma de la de Arbitraje. Utilizando una expresión coloquial, el hábito no hace al monje”. También en este sentido: Juan Carlos MARESCA CABOT, El arbitraje institucional en la Administración General del Estado. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.309-310.

<sup>243</sup> Compárese el tenor del art.10.2 Ley de Economía Sostenible (“Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley”) con el art.14.1 a) LA (“Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras”).

<sup>244</sup> La delimitación aparece en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Arbitraje, pp.10 y ss.

distinción deriva que sólo las Entidades públicas, pero no las Corporaciones de Derecho Público, están exentas de la obligación de contratar un SRC<sup>245</sup>.

### **3.1. Corporaciones de Derecho Público: Cámaras de Comercio y Colegios profesionales**

Las Corporaciones de Derecho Público son como indica el art.37.1 CC creadas o reconocidas por Ley, esto es, con carácter forzoso, y en esto se diferencian básicamente de las asociaciones o entidades no lucrativas que responden a la voluntad de sus creadores. Dentro de las corporaciones de derecho público en sentido estricto (arbitraje institucional corporativo) que realizan funciones arbitrales corresponden a esta categoría tanto los Colegios profesionales, destacando singularmente los Colegios de Abogados<sup>246</sup>, como las Cámaras de Comercio, Industria o Navegación. Se trata de entidades que son formalmente públicas pero que no forman parte de ninguna Administración Pública<sup>247</sup>, y por lo tanto que participan de una dualidad de fines públicos y privados<sup>248</sup>.

Destacan, sin duda, las Cortes de Arbitraje dependientes de las Cámaras de Comercio. La Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación<sup>249</sup> rige las Cámaras de Comercio a nivel estatal, y las define (art. 1.1) como corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Sus competencias pueden lógicamente resultar ampliadas por Ley, y, en nuestro caso, el sistema arbitral cumpliría perfectamente tanto con los fines generales de las Cámaras (la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, y la prestación de servicios a las empresas (art.1.2)), como con los objetivos particulares: las Cámaras pueden desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente (Art.2.1 i)). Debe notarse que ni todas las provincias españolas tienen su correspondiente Corte, ni todas tienen la misma importancia en función del volumen de asuntos que gestionan, destacando la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio e Industria (CAM) como la institución que más arbitrajes administra en España, al menos según las estadísticas disponibles.

---

<sup>245</sup> En contra: GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.749.

A favor de nuestra interpretación: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.962-963.

<sup>246</sup> Vid. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

<sup>247</sup> Así se pronuncia el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Arbitraje, p.20.

<sup>248</sup> Baldomero ANDRÉS CIURANA, Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional). Actualidad Civil, 15-21 enero 2001, nº3, p.96, explicando con mayores detalles los rasgos generales y específicos de las diversas corporaciones de derecho público que pueden realizar funciones arbitrales, como las Cámaras de Comercio, y el Colegio de Abogados (id., pp.96-100).

<sup>249</sup> BOE de 23 de marzo de 1993, núm. 70.

En relación con los Colegios Profesionales, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales indica en el artículo 5 n) como parte de su competencia: “Resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión”. Y en su letra ñ): “Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”, este último según redacción dada por Ley de Mediación. Entre los Colegios profesionales que desarrollan funciones arbitrales, los Colegios de Abogados resultan lógicamente los que más experiencia y tradición tienen en esta materia.

Un número significativo de los Estatutos de los Colegios Profesionales en nuestro país reproducen las funciones establecidas en la Ley estatal incluida las funciones arbitrales, por lo que, al menos, potencialmente pueden erigirse como instituciones administradoras de arbitraje de conformidad con el art.14.1 a) LA.

### **3.2. Entidades Públicas: sistemas arbitrales dependientes o integrantes de las Administraciones Públicas y los organismos reguladores**

Como se ha indicado la reforma 11/2011 de 20 de mayo de la LA introduce a las Entidades Públicas dentro del listado de centros arbitrales que pueden desarrollar tareas de administración del arbitraje. Además de su expresa mención en el art.14.1 a) LA, las entidades públicas aparecen por segunda y última vez mencionadas en el art. 21.1 2º inciso LA para exceptuarlas de la obligación de contratación de un seguro, junto con los “sistemas arbitrales integrantes o dependientes de las Administraciones Públicas”.

En relación con los “sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas”, no están mencionadas expresamente en el catálogo de entidades administradoras de arbitraje aunque deben entenderse incluidas dentro de las entidades públicas y ello porque aunque no se definen en ningún momento en nuestra legislación, existen sistemas arbitrales creados por el Gobierno en sectores especializados, por ejemplo, en el ámbito de consumo o en el de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>250</sup>. Incluso aunque no pudieran comprenderse dentro del concepto de entidad pública, lo que sí es cierto es que se regulan, si bien supletoriamente por la Ley de Arbitraje, incluso son sistemas que, en nuestra opinión, entrarían claramente en la dicción legal del art. 21.1 2º inciso LA<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Ley 51/2003, de 2 de diciembre, BOE, nº289, 3 diciembre 2003 (art.17), y que ha sido desarrollado por medio del Real Decreto 1417/2006, 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. A este sistema le es aplicable supletoriamente la Ley de Arbitraje como indica la Disposición Final 1ª 1 del Real Decreto 1417/2006.

<sup>251</sup> Entra también posiblemente el “sistema arbitral” articulado para fomentar la utilización y el adecuado funcionamiento del arbitraje en los contratos de arrendamiento de vivienda en la Comunidad de Madrid. Vid.

En definitiva, la expresión “sistema arbitral” engloba, en nuestra opinión, a los arbitrajes sectoriales que aparecían en la DA Primera LA (1988)<sup>252</sup>, excepto por el arbitraje en materia de seguros<sup>253</sup>, y a los que resulta de aplicación supletoria la LA (art.1.3)<sup>254</sup>, siempre que hayan creado y articulado un sistema administrado de arbitraje, esto es, que cumplan con los rasgos esenciales para ser considerados una institución administradora de arbitraje. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente puesto que no todos los arbitrajes sectoriales mencionados cumplirían todas las condiciones.

La inclusión de las Entidades públicas en el listado de centros arbitrales debe considerarse un acierto ante las dudas expresadas por un sector de la doctrina que entendía que el sistema arbitral de consumo no podría encuadrarse bajo la dicción original del art.14 LA y ello por el carácter de *numerus clausus* de la lista<sup>255</sup>, aunque hubiera resultado recomendable que se hubiera incluido también expresamente la mención a los sistemas arbitrales.

---

Orden 61/2008, de 4 de marzo por la que se crea el Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid, como órgano administrativo colegiado adscrito en la actualidad a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Conforme al artículo 4 de la Orden según la nueva redacción dada por Orden 730/2012, de 15 de marzo: «Son fines del Consejo Arbitral los siguientes: a) El fomento del sistema arbitral de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda, mediante el estudio, análisis de necesidades y elaboración de propuestas, en el marco de la vigente Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010), encaminadas a impulsar el arbitraje, mejorar la sustanciación de las actuaciones arbitrales y la ejecución de los laudos.

b) La articulación de un sistema arbitral de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación de los contratos de arrendamiento de vivienda.

c) La implantación de un sistema arbitral que garantice que las partes acogidas al mismo puedan disponer de árbitros con experiencia y, en su caso, especializados en arrendamientos de viviendas, y en las mismas condiciones en la administración del arbitraje».

<sup>252</sup> “1. La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; el de Ordenación del Seguro Privado; la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.

2. Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos”.

<sup>253</sup> El “sistema arbitral de seguro” fue derogado mediante la LOSSP de 1995.

<sup>254</sup> La Disposición Adicional única de la LA establece su aplicación supletoria al arbitraje de consumo, lo que, con razón, se ha considerado innecesario: Manuel OLIVENCIA, Artículo 2. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.53. Vid. Además *infra* apartado 5.1.1 para el sistema de arbitraje en la propiedad intelectual y el transporte terrestre.

<sup>255</sup> Javier GUILLÉN CARAMÉS, Nuevos retos en la configuración jurídica de los métodos extrajudiciales en el ámbito de consumo. En Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar. Marta Gonzalo Quiroga (Directora/Editora). Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, pp.194-195. En contra, considerando que si bien no entran estrictamente en la dicción del art.14 LA (antes de la redacción de 2011) sí deben entenderse incluidas dentro del término arbitraje institucional ya que el arbitraje de consumo es el paradigma del arbitraje “administrativizado”: Diana MARCOS FRANCISCO, El arbitraje de consumo y sus nuevos retos. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p.177.

Ahondando en la configuración de las entidades públicas como instituciones administradoras de arbitraje, introducidas novedosamente en la reforma de 2011, sólo aparecen mencionadas en dos únicas ocasiones, lo que unido al hecho de que no existen en las normas del derecho administrativo una definición o listado de entidades públicas, obliga a tener que precisar qué instituciones puedan quedar comprendidas dentro del catálogo de las entidades públicas.

El punto de partida del análisis es la redacción original del art.14.1 a) LA (2003) que expresamente mencionaba entre las corporaciones de derecho público al Tribunal de Defensa de la Competencia, actual CNC. La expresa mención a un organismo regulador nos da la pista correcta, al menos en parte, acerca del actual significado que pueda dársele al concepto de “entidades públicas” bajo el art.14.1 a) LA.

Corresponden a esta categoría las entidades públicas que se someten, al menos en parte, al derecho administrativo (arbitraje institucional administrativo) y tienen encomendadas actividades arbitrales al servicio de la resolución de conflictos que “afecten o se encuentren ligados con alguna especial intensidad a algún interés público cuya tutela se encuentra de forma directa encomendada a la Administración”<sup>256</sup>. Entre ellos destacan determinados órganos establecidos en las leyes de liberalización de servicios públicos: así en los sectores de la electricidad, de las telecomunicaciones, de los hidrocarburos o de los servicios postales<sup>257</sup>. O los organismos reguladores disciplinados inicialmente al amparo de la Ley 2/2011, 4 marzo, de Economía Sostenible<sup>258</sup>, y posterior-

---

<sup>256</sup> Vid. GUILLÉN, p.186 en relación con los arbitrajes en materia de consumo, transportes y organismos reguladores. Se pronuncia así también: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, pp.104 y ss, en relación también con el arbitraje en materia de propiedad intelectual y de seguros.

<sup>257</sup> Da cuenta detallada de todos ellos y sus normas reguladoras: Alejandro HUERGO LORA, La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, pp. 240 y ss.

<sup>258</sup> De conformidad con el art.10.2 de la Ley de Economía Sostenible “los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley”. Vid. GARCÍA PÉREZ, op.cit., pp. 133 y ss., en relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; Comisión Nacional de la Energía; la Comisión Nacional del Sector Postal; y el Comité de Regulación Ferroviaria. Indica la Exposición de Motivos III de la Ley de Economía Sostenible que: “El Capítulo II aborda la reforma de los organismos reguladores, introduciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente, y su actuación de acuerdo con principios de eficiencia y transparencia”. Específicamente el art.8 de la Ley indica que: “3. Los Organismos reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial. 4. Los Organismos reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente Ley, y por sus estatutos, aprobados mediante el correspondiente Real Decreto. En lo no previsto en las anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de

mente unificados bajo la reciente Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)<sup>259</sup>.

El objeto de la Ley 3/2013 es el de agrupar las funciones relativas a los organismos reguladores, esto es, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales<sup>260</sup> bajo el nuevo macroregulador: La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) cuyo objetivo reside en “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”.

Específicamente el art.5.1 b) Ley 3/2013 establece que la CNMC realizará las siguientes funciones:

“b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad”.

---

14 de abril (RCL 1997, 879), de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (RCL 2003, 2753), General Presupuestaria y por el resto del ordenamiento jurídico.

<sup>259</sup> BOE, nº134, 6 junio 2013, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. La Ley deroga el capítulo II del Título I y la Disposición Final 4ª de la Ley 2/2001, de 4 de marzo de Economía Sostenible (Disposición Derogatoria h).

<sup>260</sup> Básicamente todas ellas estaban incluidas también en la Disposición Adicional 10ª de la ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Ley 6/1997, de 14 de abril. De acuerdo con el apartado 1º, que se modifica ahora con la Ley 3/2013 se sustituyen por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, continuando dichos organismos rigiéndose por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE. De conformidad con el apartado 2º “Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen del personal, bienes, contratación y presupuestos, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo”. Por último indicar que en el apartado 3º se establece que: “En todo caso, los Organismos públicos referidos en los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria (RCL 1988, 1966 y 2287) que les sean de aplicación”.

Parecería derivarse del art.5.1 b) Ley 3/2013 que las funciones de arbitraje a que se refiere el legislador son las relativas tanto a la administración como a la emisión de un laudo arbitral, sobre todo a la vista de la regulación anteriormente existente donde se confundían los roles de administración y de resolución mediante laudo.

Efectivamente, sin perjuicio de comentar las disposiciones de la nueva Ley 3/2013 en relación con la función arbitral, así como en relación con el recientemente aprobado Estatuto de la CNMC<sup>261</sup>, que aclara esta controvertida cuestión, interesa destacar cómo se regulaba la “función arbitral” con anterioridad.

Para ello y sin entrar en el detalle de cada uno de los organismos reguladores, veamos simplemente la estructura del arbitraje en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) bajo la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 (LDC, Ley 15/2007, de 3 de julio) donde se establecían entre las funciones de la CNC la de “realizar las funciones de arbitraje, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes” (art.24 f) LDC)<sup>262</sup>.

Se reiteraba tanto en el Reglamento<sup>263</sup> como en el Estatuto donde se establecía formalmente que la función arbitral recaía en la CNC<sup>264</sup>; aunque era el Consejo de la CNC quien podía “Emitir laudo arbitral en aplicación del artículo 24.f) de la Ley 15/2007, de 3 de julio” (art.10.1 c) del Estatuto)<sup>265</sup>. Ahora bien, conforme al art.12 s) entre las competencias de la Dirección de Investigación (uno de los órganos de dirección de la CNC, art.4 Estatuto) estaba la de “tramitar y elevar la correspondiente propuesta de laudo arbitral al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de

---

<sup>261</sup> Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº209, 31 agosto 2013.

<sup>262</sup> Todo el *Título III* donde se contenía el art.24 fue derogado por la letra e) de la disposición derogatoria de la Ley 3/2013.

<sup>263</sup> Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero - RCL\2008\502. Vid. Art.72.1. Derogado por la Disposición Derogatoria única del Estatuto de la CNMC.

<sup>264</sup> Artículo 2 del Estatuto de la CNC (Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia). Objeto. “La Comisión Nacional de Competencia es el organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional así como de velar por la aplicación coherente de la normativa de defensa de la competencia mediante el ejercicio de las funciones de instrucción, resolución, impugnación, arbitraje, consulta y promoción de la competencia”. El Estatuto de la CNC ha sido derogado por la Disposición Derogatoria única del Estatuto de la CNMC.

<sup>265</sup> Artículo 9 del Estatuto CNC. Composición del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia “1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estará formado por el Presidente y seis Consejeros, que tendrán retribuciones de Directores Generales, uno de los cuales ostentará la Vicepresidencia”.

febrero”. En todo caso se trataba de un verdadero arbitraje sometido a la Ley 60/2003 excepto en aquello expresamente previsto en el Reglamento de la LDC (arts.72-78).

Del relato normativo efectuado parece derivarse una fusión acerca de las funciones descritas pues se asumía tanto la relativa a la administración del arbitraje (parece derivarse que sería similar a las que realizan las instituciones administradoras de arbitraje)<sup>266</sup>, al tiempo que una función arbitral en el sentido de resolución de controversias mediante un laudo.

En relación con la vigente normativa debe indicarse que pese a la tibieza de los términos de la Ley 3/2013 en relación con la función arbitral que podría decantar en una primera lectura, sobre todo a la luz de los antecedentes reseñados, a considerar que la confusión de roles entre administración del arbitraje y emisión de un laudo continúa, hemos de considerar que el desarrollo estatutario se inclina, correctamente a nuestro juicio, por separar ambos roles y atribuir la administración del arbitraje al Consejo (art.46 Estatuto de la CNMC).

Sin perjuicio de que volveremos sobre esta cuestión más adelante pues resulta relevante al objeto de determinar si estamos o no en presencia de un arbitraje institucional, señalar para finalizar, y aunque no se trate de un arbitraje, que los organismos reguladores pueden tener encomendadas funciones resolutorias aunque sujetas a un posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativo, y que ahora pasan a ser asumidas por la CNMC (art.12 en relación con el art.36 Ley 3/2013)<sup>267</sup>.

### **3.3. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro: asociaciones y fundaciones**

Ha de estarse de acuerdo con el sector de la doctrina que entiende que por “asociaciones y entidades” deben entenderse instituciones a las que se reconozca personalidad jurídica, dejando fuera agrupaciones de personas que no ostenten dicha cualidad<sup>268</sup>.

Por ello, sin duda pueden entenderse incluidas las Asociaciones creadas al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo de Asociaciones, que configura a las asociaciones como entidades sin ánimo de lucro<sup>269</sup> basadas en la voluntariedad de

---

<sup>266</sup> ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.702, considera que son instituciones arbitrales al margen de la Ley de Arbitraje y que pueden conceptuarse en algunos casos como tribunales arbitrales permanentes cuyos miembros están predeterminados.

<sup>267</sup> Así claramente derivaba también del artículo 22 Ley de economía sostenible. Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores: “Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora”.

<sup>268</sup> MUNNÉ CATARINA, p.34.

<sup>269</sup> Art.1.2 “...se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico”.

sus miembros<sup>270</sup>. Y a las fundaciones, amparadas bajo la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sin perjuicio de las normativas autonómicas. La fórmula es muy amplia por lo que tienen cabida, como ha señalado la doctrina, las federaciones deportivas, comités olímpicos y paralímpicos, organizaciones no gubernamentales, cooperativas, etc<sup>271</sup>.

#### **IV. LA DISTINCIÓN ENTRE EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE AD HOC A LOS EFECTOS DE DETERMINAR EL OBLIGADO LEGALMENTE A LA CONTRATACIÓN DEL SRC**

La obligación legal de contratación del seguro por parte de las instituciones arbitrales a nombre de los árbitros debe entenderse en relación con aquellas instituciones que tienen encomendada como función en sus normas o estatutos reguladores la administración de arbitrajes y la designación de árbitros (art.14.1 LA)<sup>272</sup>. En el caso de arbitrajes *ad hoc*, el seguro deberá ser contratado directamente por los árbitros. No es ésta la única norma en la que se establece un diferente régimen jurídico entre uno y otro tipo de arbitraje, destacando el art.4 a) LA y el art.11 bis al menos según la interpretación mayoritaria.

Lo anterior nos sitúa ante la cuestión de determinar en qué casos estamos ante arbitrajes administrados que obligan a la institución a la contratación de un SRC a favor de los árbitros, y nos introduce directamente en la consideración de aquellos elementos que deben considerarse específicos o característicos de una institución administradora, esto es, los elementos esenciales que permiten configurar a un centro o entidad como una institución administradora de arbitraje.

La cuestión resulta problemática ante el silencio del legislador en esta materia pues, en primer término, la LA carece de una definición del arbitraje institucional o del arbitraje *ad hoc*. Y, en segundo lugar, la práctica, especialmente en el arbitraje internacional, demuestra que existen arbitrajes *ad hoc* que están muy próximos a los arbitrajes institucionales<sup>273</sup>. Para finalizar, la distinción que aquí efectuaremos nos dará pie para

---

<sup>270</sup> Artículo 2. Contenido y principios de la Ley de Asociaciones:

“1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos.

2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida”.

<sup>271</sup> ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.701.

<sup>272</sup> Rasgos distintivos que también se predicán de las instituciones de mediación. Vid. Art.2.1 LM: “...que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación...”.

<sup>273</sup> Así la doctrina señala que existen pluralidad de situaciones de carácter intermedio entre ambos tipos de arbitraje: Rafael VERDERA SERVER/Carlos ESPLUGUES MOTA, Artículo 9. Comentarios a la Ley de Arbi-

abordar también en el siguiente epígrafe con mayor detalle las excepciones legales a la contratación del SRC.

#### **4.1. Elementos definitorios del arbitraje institucional**

Un repaso a la doctrina que ha estudiado esta cuestión junto con el análisis de los principales reglamentos institucionales tanto nacionales como internacionales<sup>274</sup>, nos lleva a la conclusión que el núcleo de los caracteres o requisitos que debe cumplir un centro o institución de arbitraje que desarrolle funciones administradoras de un arbitraje que aparecen compartidas por todas ellas y que están además recogidas de forma directa o indirecta en el articulado de la Ley de Arbitraje son: la adopción de una forma tipificada legalmente, la existencia de normas reguladoras que establezcan la función de administración de arbitrajes, el desarrollo de funciones arbitrales con carácter permanente, la existencia de un reglamento de arbitraje, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros.

##### *4.1.1. Instituciones o centros que sean o adopten una de las formas tipificadas en el art.14.1 LA y en cuyos estatutos o normas reguladoras prevean funciones arbitrales*

A nuestro juicio el listado de entidades que pueden desarrollar funciones arbitrales y que anteriormente hemos analizado se establece con un carácter de *numerus clausus* en la Ley de Arbitraje tal y como se deriva de la tramitación parlamentaria en relación con la LA (1988) y que, a su vez, deriva del contrapeso impuesto por la inexistencia de un control de la Administración sobre las entidades que pueden realizar funciones arbitrales.

Todas las instituciones son, además, entidades sin ánimo de lucro<sup>275</sup>. En este caso y aunque pudiera cuestionarse este carácter cerrado de la lista y particularmente la prohibición que tendrían las sociedades mercantiles de realizar funciones arbitrales a la vista de la reciente Ley de Mediación que no parece constreñir a las entidades que puedan prestar el servicio de mediación en cuanto a su fin lucrativo (art.5.1 LM),

---

traje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.466. Y Evelio VERDERA Y TUELLS, La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005, p.23, nota 8, indicando que las fronteras entre ambos tipos de arbitraje son movilizadas y complejas (citado también por los anteriores autores).

<sup>274</sup> En la doctrina, véase: MUNNÉ CATARINA, p.20: “En el arbitraje ad hoc, las propias partes designan de forma directa o indirecta al árbitro, sin que existan reglas predeterminadas, mientras que en el arbitraje institucional las partes encomiendan a una institución la designa o confirmación del árbitro y la administración del arbitraje, de acuerdo con un procedimiento preestablecido”. Id., p.32, en relación con el carácter habitual o permanente de los centros arbitrales, y p.33 en relación con la forma del centro. Vid. También: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, pp.86 y ss.

<sup>275</sup> Vid también: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.96.

lo cierto es que ello nos llevaría, por una parte, a entrar en la difícil polémica acerca de si una sociedad mercantil puede o no tener ánimo de lucro, y por otra a reafirmar el objetivo del legislador que se reitera en la propia dicción del art.14.1 b) LA cuando señala como entidades aptas para realizar funciones arbitrales a las asociaciones sin ánimo de lucro siendo que dicha mención es totalmente innecesaria puesto que la Ley de Asociaciones ya establece como elemento definitorio de las asociaciones su finalidad no lucrativa.

Sea como fuere, la mayoría de la doctrina coincide en descartar la posibilidad de que sociedades mercantiles administren arbitrajes<sup>276</sup>, al tiempo que la realidad demuestra que no existen en nuestro país sociedades mercantiles que realicen dicha función, por lo que cuando la iniciativa es privada la forma jurídica acogida es la de una asociación o, en su caso, la de una fundación.

Igualmente las instituciones arbitrales deberán prever en sus estatutos o normas reguladoras funciones arbitrales.

#### *4.1.2. Desarrollo de la función arbitral con carácter permanente*

En relación con el carácter permanente o estable que se predica de la prestación del servicio por parte de la institución arbitral, no aparece el mismo contemplado en la vigente Ley de Arbitraje aunque de forma unánime la doctrina se ha encargado de resaltar este dato, que fue acogido a nivel legal por la LMA en cuyo art.2 a) define el “arbitraje” como cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral *permanente* la que haya de ejercitarlo.

La LMA diferencia así indirectamente el arbitraje institucional del *ad hoc* ante las dificultades que encontró el Grupo de Trabajo por encontrar una fórmula que conceptuara a ambos tipos de arbitraje. De esta forma los redactores de la LMA entendieron que la mejor solución viable era un concepto lo más amplio posible que abarcara todos los tipos de arbitraje<sup>277</sup>.

#### *4.1.3. Existencia de un reglamento de arbitraje*

La Exposición de Motivos (II) Ley 60/2003 indica que “la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la ad-

---

<sup>276</sup> GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.762; y Pedro MARTÍNEZ GONZÁLEZ, El nuevo régimen del arbitraje. Barcelona: Bosch, 2011, p.80, aunque no ve motivos por los que no pueda prestarse el servicio arbitral por una sociedad mercantil.

Algunos autores han considerado que es excesiva la prohibición legal y que nada impediría que instituciones con ánimo de lucro cumplieran bien su labor aunque el lucro no debiera ser la única finalidad de la institución arbitral: ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.695.

<sup>277</sup> Vid. Syed AHMAD IDID, Ad hoc Arbitration versus Institutional Arbitration. The Law Review, 2006, p.245.

ministración de arbitrajes”. Por su parte, el art.14 LA dedicado al arbitraje institucional completa la anterior descripción al señalar como elementos descriptivos del mismo la designación de árbitros junto con la administración del arbitraje.

El Reglamento, en consecuencia, vertebró los otros dos elementos característicos de una institución arbitral que son la administración y la designación de árbitros (art.14.2 LA), lo que supone elevar la existencia del Reglamento a carácter de esencial<sup>278</sup>, a diferencia de lo que sucedía bajo la LA (1988) donde doctrinalmente se consideraba un elemento opcional<sup>279</sup>.

El Reglamento se configura como un elemento fundamental en el arbitraje institucional al cumplir la importante función de completar o integrar la voluntad de las partes como indica oportunamente el art.4 a) y b) LA<sup>280</sup>. A diferencia de algunas Leyes de Arbitraje<sup>281</sup>,

---

<sup>278</sup> En contra: MIRÓ, p.233, aunque considerando absolutamente conveniente que exista uno.

<sup>279</sup> Así señalando bajo la LA (1988) el carácter meramente potestativo del Reglamento: MUNNÉ CATARI-NA, p.33. 2.

Así se desprendía claramente del art.10.2 LA (1988) que únicamente establecía que: “Los reglamentos arbitrales de las corporaciones de derecho público y de las asociaciones y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente” frente a la dicción actual del art.14.2 LA: “Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios Reglamentos”, de donde se deriva, a nuestro juicio, el carácter esencial del Reglamento.

En relación con la exigencia de protocolización bajo la anterior LA (1988), este requisito se enlazaba con criterios de seguridad jurídica y publicidad así como de fijación de la normativa del Reglamento particularmente teniendo en cuenta el carácter meramente privado de algunas instituciones arbitrales. Véase tanto la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988 considerando motivos de seguridad jurídica por lo que se refería a la necesidad de dotar de fijeza a los Reglamentos en relación con su protocolización. Y en la doctrina: Tomás MORATO, Administración y gestión de un arbitraje: experiencia cameral. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2000-2001, pp.303-304; y GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.768 considerando poco adecuada la desaparición del requisito de la protocolización notarial.

<sup>280</sup> Esta característica aparece mencionada como esencial en relación con el arbitraje institucional en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, p.12.

<sup>281</sup> Traemos como ejemplos los artículos 39 y 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador de 4 septiembre 1997 que establecen:

“Art. 39.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento. Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

Art. 40.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;

la Ley española no contempla los asuntos o materias que deberán comprenderse en el Reglamento, si bien los reglamentos más utilizados en nuestro país suelen ser bastante uniformes al contemplar las cuestiones relativas al nombramiento, designación y recusación de árbitros, así como los pormenores relativos al procedimiento arbitral, y por supuesto las cuestiones relativas a los costes.

Lo más habitual es que las instituciones administradoras administren arbitrajes de conformidad con su normativa o estatutos y con arreglo a su propio reglamento arbitral. Éste será el supuesto más habitual en la práctica y al que se refiere la propia LA al indicar que “las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus *propios reglamentos*” (art.14.2 LA).

Sin embargo, la práctica arbitral no es ajena a supuestos en los que centros arbitrales administran arbitrajes conforme a otros reglamentos<sup>282</sup> siendo el caso más frecuente en la práctica internacional la de la administración del procedimiento conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que es un reglamento inicialmente diseñado para arbitrajes *ad hoc*, donde las partes acuerdan que sea la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya la administradora del procedimiento conforme al Reglamento CNUDMI (no actúa meramente como autoridad designadora o nominadora), o en el caso de arbitrajes comerciales, por ejemplo, si la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) aceptara administrar un arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En estos casos no estaríamos ante un arbitraje *ad hoc*, sino administrado<sup>283</sup>.

---

a) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;

b) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago éstas;

c) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades; y

Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores”.

Véase también arts.13 y 14 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (1998):

“Artículo 13. Todo centro de arbitraje ubicado en Venezuela tendrá su propio reglamento, el cual deberá contener:

a) Procedimiento para la designación del Director del centro, sus funciones y facultades;

b) Reglas del procedimiento arbitral;

c) Procedimiento de elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deben reunir los árbitros; las causas de exclusión de la lista; los trámites de inscripción y el procedimiento para su designación;

d) Tarifas de honorarios para árbitros; y tarifas de gastos administrativos, las cuales serán revisadas y renovadas cada año;

e) Normas administrativas aplicables al centro; y

f) Cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro.

Artículo 14. Todo centro de arbitraje contará con una sede permanente, dotada de los elementos necesarios para servir de apoyo a los tribunales arbitrales, y deberá disponer de una lista de árbitros, cuyo número no podrá ser inferior a veinte (20)”.

<sup>282</sup> En la doctrina también se percata de esta situación considerándola una realidad en el arbitraje internacional: ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.683.

<sup>283</sup> Se reconoce precisamente el éxito del Reglamento CNUDMI en función del “gran número de instituciones independientes que se han mostrado dispuestas a administrar arbitrajes (y que lo han hecho) conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sin limitarse a actuar conforme a su propio reglamento”. Vid.

Del mismo modo, estaríamos en presencia de arbitrajes administrados aunque se utilizará el reglamento de otra institución. Por ejemplo, si las partes sometieran a la CAM la administración de un arbitraje conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París-. En este caso, y siempre que lo aceptara la CAM, se trataría de un arbitraje administrado por una institución arbitral conforme al reglamento de otra institución. Para ser más precisos indicar que no sería un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (esto es, vulgarmente hablando no estaríamos ante un “arbitraje CCI”), sino ante un arbitraje de la CAM que administra el reglamento que las partes han acordado y que resulta ser el de la CCI<sup>284</sup>.

A tenor de lo indicado, a los efectos del SRC obligatorio, resulta evidente que las instituciones administradoras deberán contratar un seguro a favor de sus árbitros.

#### *4.1.4. La administración del arbitraje y la designación de los árbitros*

Como se ha indicado en el apartado anterior, esencial en la configuración de una institución arbitral es que ésta disponga de un reglamento conforme al cual se dedique a la administración de arbitrajes (Exposición de Motivos (II) LA), y así lo reitera el art.14.1 LA al señalar como elementos definitorios del arbitraje institucional la designación de árbitros junto con la administración del arbitraje.

En consecuencia, resulta consustancial al arbitraje institucional<sup>285</sup> la administración del arbitraje y la designación de árbitros. Esta última obligación ha quedado, además, reforzada tras la reforma de la LA en 2011 al incluirse un nuevo apartado 3º al artículo 14 donde se establecen determinadas obligaciones de las instituciones arbitrales en relación con la designación de los árbitros: velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

Entre las funciones de las instituciones administradoras no puede entenderse comprendida la de dictar el laudo, ya que la resolución de la controversia corresponde a los

---

Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010, 23 agosto 2012, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>284</sup> Supuesto previsto por la propia CAM en su art.3 del Estatuto donde se establece que: “La Corte administrará el arbitraje según lo dispuesto en su Reglamento, salvo manifestación expresa en contrario de las partes, que requerirá la aprobación expresa de la Corte (...)”.

Lo anterior no es óbice para que algunas Cortes deseen preservar que su Reglamento sólo sea por ellas administrado como sucede precisamente con la Corte de Arbitraje de la CCI que establece en su art.1.2 del Reglamento que: “La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento, incluyendo el examen previo y la aprobación de laudos dictados de conformidad con el Reglamento”.

<sup>285</sup> Otros nombres otorgados han sido: arbitraje corporativo, organizado o administrado. Vid. La utilización de la diferente nomenclatura y la crítica a las que aquí se mencionan: JOVÉ PONS, p.471.

Debe recordarse que el art.10.3 LA (1988) ya se refería a la función de administración como eje de las obligaciones de un centro arbitral: “La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje”.

árbitros, cuestión ésta sobre la que volveremos posteriormente en el siguiente epígrafe pues resulta relevante al objeto de evaluar la excepción legal en la contratación del SRC establecida para las entidades públicas.

En lo que atañe a la designación de los árbitros, debe notarse que este concepto y el de nombramiento de los árbitros son intercambiables bajo la vigente LA (véase claramente arts.14.1, 14.3, 15.2, 15.3, 15.6, 16 LA).

Lo característico del arbitraje institucional es que la designa es reglada, esto es, las partes se someten al procedimiento de nombramiento de árbitros contenido en el reglamento de arbitraje, por lo que lógicamente habrá que estar a lo que determine el específico reglamento acordado por ellas.

Si seguimos el procedimiento establecido, por ejemplo, en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria, se deja libertad a las partes para que decidan de común acuerdo el árbitro único o que cada una de ellas nombre a un árbitro en el caso de arbitrajes con tribunal arbitral de tres miembros, debiendo en este último caso los dos árbitros así nombrados designar al tercero. Pues bien, faltando acuerdo de las partes o no procediendo alguna de ellas a efectuar el nombramiento, la institución de arbitraje procederá al mismo (art.12 Reglamento CAM).

Lo relevante a efectos del arbitraje institucional es que la institución de arbitraje, en nuestro caso la CAM, deberá nombrar o designar en unos casos, o en otros confirmar los nombramientos ya efectuados por las partes, de tal forma que en última instancia en ella reside el control total sobre el árbitro nombrado unilateralmente por las partes, pues puede rechazar su nombramiento, ergo no confirmarlo si entiende, a su exclusivo criterio, que de la relación de la persona designada con la controversia, las partes o sus representantes pudieran surgir dudas sobre su idoneidad, disponibilidad, independencia o imparcialidad (art.13.3 Reglamento CAM). En definitiva, la intervención del árbitro en el arbitraje institucional sólo es posible porque la institución lo nombra o lo confirma, debiendo someterse en su actuación durante el procedimiento arbitral a lo dispuesto en el Reglamento de arbitraje<sup>286</sup>.

Se desprende de lo anterior, así como de la configuración legal de la Ley de Arbitraje en torno a la figura del árbitro, que los principios que rigen el nombramiento de los árbitros se basan sobre todo en la igualdad y la autonomía de la voluntad (art.15 LA).

Igualmente importante aunque no esencial en la configuración del arbitraje institucional, si bien puede entenderse fácilmente incluida en la tarea de administración es la de auxiliar a las partes y al árbitro, así como supervisar al árbitro durante el desarrollo del procedimiento arbitral, tanto en relación con la infraestructura como en cuestiones relacionadas con aspectos jurídico-procedimentales<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> En este sentido también: MUNNÉ CATARINA, p.20.

<sup>287</sup> Vid. Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, p.12.

## 4.2. Elementos definitorios del arbitraje *ad hoc*

Según acabamos de ver, el rasgo distintivo que nos permite afirmar que estamos en presencia de una institución administradora de arbitrajes es que dicha institución se dedique de forma estable y permanente a la función de administración de un procedimiento arbitral y la designación de árbitros, resultando indiferente si se realiza dicha función al amparo de su propio reglamento arbitral, lo que será el supuesto habitual, o si decide aceptar dicha función al amparo del reglamento institucional de otra entidad o al amparo de un concreto reglamento no vinculado a una específica institución. También resulta indiferente el que la institución finalmente realice o no la labor de designación de árbitros o sólo las funciones administradoras. La cuestión reside en la aptitud para realizar la designación de árbitros con independencia de que finalmente no llegue a efectuarla.

De este modo, puede decirse que la función de designación de árbitros es inherente a la institución de arbitraje, pero puede no concretarse si las partes acuerdan por sí mismas el nombramiento de árbitros, incluso difiriendo a un tercero distinto de la institución administradora su nombramiento, si bien las Cortes ostentan el control último sobre el árbitro nombrado por las partes pues han de confirmar su nombramiento.

Carácter igualmente básico de una institución administradora es la separación entre las funciones de administración y la de resolución de conflictos, de tal forma que los centros arbitrales administran arbitrajes pero no resuelven ellas mismas las disputas mediante laudo; derivado de lo anterior es la separación funcional e independencia entre quien administra y emite el laudo<sup>288</sup>.

---

<sup>288</sup> Vid. De forma clara: artículo 1.2 Reglamento Arbitraje CCI: “La Corte no resuelve por sí misma las controversias. Administra la resolución de controversias por tribunales arbitrales, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI”.

En otra esfera de las relaciones, por ejemplo, cuando se trate de cuestiones en las que tenga que intervenir la propia Corte se siguen los mismos principios básicos. Así, el art.9 del Estatuto CAM señala que: “Cuando cualquiera de los miembros de la Corte tenga algún interés directo en el litigio sometido a arbitraje, quedará afectado de incompatibilidad para participar en cuantas decisiones afecten a dicha contienda”. Y art.11.4 del mismo Estatuto indicando “Durante la duración del ejercicio de su cargo, ninguno de los miembros del Pleno, de la Corte, de la Comisión de Designación o de cualquier otro órgano de la Corte podrá ser designado árbitro por la Comisión de Designación, salvo acuerdo previo expreso de las partes, o salvo que la propia Comisión, atendidas las circunstancias del caso, lo considere oportuno, en cuyo caso se dará traslado a las partes para que un plazo de 3 días formulen, si así lo consideran, oposición al nombramiento que, de producirse, será vinculante para la Corte”. Este principio o regla general también se aplica cuando la Corte actúe como autoridad nominadora.

Asimismo art.1 Estatuto de la CCI en el que se establece la total independencia de la Corte respecto de la CCI y sus otros órganos, e igualmente la independencia de sus miembros respecto de los comités nacionales y grupos de la CCI. Del mismo modo el art.2 del Estatuto CCI establece que el Presidente de la Corte y los miembros de la Secretaría no podrán participar en arbitrajes administrados por la CCI salvo acuerdo entre las partes.

Vid. También Posición nº2 del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) en relación con la neutralidad e independencia del propio TAB. Conforme a dicha Posición, el TAB para preservar su independencia y neutralidad no formará parte de iniciativas federativas, asociativas, uniones temporales o similares.

Definidos los elementos que caracterizan al arbitraje institucional, conceptualizar el arbitraje *ad hoc* resulta relativamente sencillo pues en él las partes deciden prescindir de la presencia de una institución o centro arbitral, procediendo ellas mismas, en principio, al nombramiento de los árbitros<sup>289</sup> y, sobre todo, y éste es a nuestro juicio el elemento fundamental, a la administración del arbitraje con ayuda o bajo la dirección de los árbitros dependiendo de los casos<sup>290</sup>. Así se ha definido el arbitraje *ad hoc* de forma negativa como aquél que no es institucional<sup>291</sup> o más precisamente como aquel “arbitraje concreto para un caso determinado que las partes o los árbitros, o ambos conjuntamente, establecen en función del deseo expreso de aquellos o de las particularidades del caso”, siendo arbitraje administrado o institucional aquel que “es encomendado a una institución especializada, ya sea de carácter corporativo o profesional o de mayor espectro sectorial”<sup>292</sup>.

El sometimiento a un reglamento es evidentemente posible en los arbitrajes *ad hoc*, como lo demuestra la propia existencia del Reglamento Arbitraje CNUDMI, aunque también en el caso de que las partes se sometan al reglamento de algún centro arbitral. Lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos de la LA indicando que “las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes”<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> Consenso general en la doctrina acerca de la presencia de estos elementos en la definición del arbitraje *ad hoc*. Por ejemplo, entre otros, JOVÉ PONS, p.473: “El arbitraje “ad hoc” es aquel instituido por las partes para poner fin a un conflicto determinado existente entre ellas, sin intervención de ninguna entidad interpuesta y haciendo las propias partes la designación directa de los árbitros”.

<sup>290</sup> La Ley de Arbitraje comercial de Venezuela (1998) en su art.2 se refiere a la distinción entre ambos tipos de arbitraje indicando que: “El arbitraje puede ser institucional o independiente. Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes. Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje”. La Ley de Arbitraje de Colombia define en su art.2 el arbitraje *ad hoc* como aquel que es conducido directamente por los árbitros, siendo institucional aquel que es administrado por un centro de arbitraje. Existe una presunción favorable al arbitraje institucional ya que “a falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional”. Vid. Ley 1563 de 2012, de 12 julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Por su parte, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (Decreto Legislativo 914 de 11 julio 2002) define en su art.3 f) el Arbitraje *Ad-hoc* como “aquel en el cual las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su controversia; mientras que en la letra g) del mismo artículo define al Arbitraje o Mediación Institucional como “aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el respectivo Centro de Arbitraje o de Mediación, autorizado de conformidad a esta ley”.

<sup>291</sup> ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, pp.679-680. El autor considera esencial en el arbitraje institucional: la administración del arbitraje; la presencia de una institución administradora; y la administración conforme a un reglamento.

<sup>292</sup> SAP Madrid, 19 abril 2007, La Ley 66980; y SAP Madrid, 3 febrero 2009, La Ley 44919.

<sup>293</sup> A este arbitraje se refiere un sector de la doctrina como arbitraje reglamentado por oposición al administrado. Vid. Manuel OLIVENCIA, Artículo 4. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de

En definitiva, el arbitraje *ad hoc* es aquel en el que las partes ordenan y regulan ellas mismas los detalles procedimentales o se someten a un reglamento pero sin que exista una institución que administre el arbitraje, conviniendo asimismo las partes el nombramiento de árbitros; dicho nombramiento podrá ser realizado por ellos mismos, o difiriendo a un tercero dicho nombramiento incluso en aquellos casos en que el mismo está ya predeterminado.

Evidentemente al acogernos a esta definición del arbitraje *ad hoc* estamos rechazando la distinción que realizan algunos autores entre el arbitraje institucional, el *ad hoc* y el deferido. En la última categoría se entiende aquel arbitraje en el que la designación de los árbitros no se realiza por las partes, sino que se confía a un tercero, persona física o jurídica, sin que éste se encargue de la administración del arbitraje<sup>294</sup>. En otras palabras, el arbitraje deferido sería un arbitraje *ad hoc* en el que las partes difieren el encargo de nombramiento de árbitros a un tercero.

Esta distinción nació al albur de la LA (1988) donde sistemáticamente se contenían dos preceptos reguladores de los dos tipos de arbitraje, el artículo 9 pensado para el arbitraje *ad hoc*, y el art.10 para el arbitraje institucional<sup>295</sup>. El art.9 en su párrafo 1º LA (1988) establecía que el contenido del convenio arbitral podía extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento, y de conformidad con el párrafo 2º las partes podían deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros.

A nuestro juicio, esta triple distinción en cuanto al tipo de arbitraje debe rechazarse tanto bajo la derogada Ley de Arbitraje de 1988, por razones lógicas de sistemática en la propia norma, como en la vigente, por lo que en consecuencia debe mantenerse únicamente la diferencia entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*.

La distinción o línea divisoria entre ambos tipos de arbitraje viene esencialmente determinada por las tareas de administración del arbitraje y el consiguiente “control” o supervisión que la institución ejerce sobre los árbitros y el procedimiento. Esa triple distinción, por otra parte, que estamos ahora criticando, no es la mayoritariamente seguida en nuestra doctrina. Incluso es rechazada internacionalmente como se evidencia claramente tanto en la forma de designar los árbitros en el Reglamento de la CNUDMI, modelo por excelencia del arbitraje *ad hoc*, como en el hecho de que la LMA

---

diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.79. También la jurisprudencia: SAP Madrid, 27 diciembre 2011, La Ley 294739. Por su parte, ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.685, entiende que no se trata de una tercera vía sino que seguimos en presencia de un arbitraje *ad hoc*, aunque desaconseja este tipo de situaciones en que las partes acuerden someter un arbitraje *ad hoc* al reglamento de una institución arbitral, pues dicho reglamento está diseñado para contar con la intervención de una institución administradora.

<sup>294</sup> Aboga por esta distinción: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.86.

<sup>295</sup> Como se deriva tanto de la estructura, sistemática como la literalidad de las dos disposiciones. Nótese como el artículo 10.1 comenzaba su dicción: “1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a (...)”

no acoge dicha distinción<sup>296</sup>. Por último, indicar que tampoco tiene mucho sentido desde el momento en que en los arbitrajes *ad hoc* resulta altamente probable que si las partes no han prefijado –de forma determinada o determinable– en el convenio arbitral el tercero que resolverá la disputa, y a falta de un posterior acuerdo entre ellas, tengan irremediabilmente que acudir a un tercero –el juez o la autoridad designadora– para que se inicie el procedimiento de nombramiento o designa del árbitro<sup>297</sup>.

Desde la perspectiva definatoria y división aquí seguida entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional, resulta lógica la distinción que realiza el legislador entre los sujetos obligados a la contratación del seguro de responsabilidad civil; obligación que recae en los árbitros en los casos de arbitrajes *ad hoc*, esto es, en aquellos arbitrajes en los que las partes acuerdan ellas mismas las reglas especiales por las que se desarrollará o administrará el procedimiento arbitral, así como el nombramiento de árbitros, sin perjuicio de que las partes puedan pactar o así se haya previsto legalmente que intervenga un tercero en el nombramiento de los árbitros para los casos de desacuerdo entre ellas.

De esta forma, deberá considerarse también como arbitraje *ad hoc*, aquél en el que habiendo nombrado las partes una institución arbitral su única función resida en el nombramiento de árbitros, esto es, actúe como autoridad nominadora, pues en este caso la institución arbitral no administra el procedimiento<sup>298</sup>, y de hecho una vez que nombra a los árbitros y cobra la tasa correspondiente literalmente desaparece del procedimiento arbitral y, en consecuencia, no asume obligación alguna relativa a la administración del arbitraje<sup>299</sup>. Empero lo anterior las instituciones administradoras deberán velar por la transparencia en la designación de los árbitros respetando el principio de igualdad entre ellas, por lo que podrían incurrir en responsabilidad. En relación con estas funciones y por lo que atañe al presente trabajo, se observa como algunas pólizas de seguros contratadas por instituciones administradoras presentan vacíos de cobertura pues se liga la descripción del riesgo a la responsabilidad civil bajo el art. 21 LA y a la

---

<sup>296</sup> Vid. Artículos 8 a 10 Reglamento CNUDMI (2010).

El artículo 2 a) LMA define el arbitraje como “cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”.

<sup>297</sup> Vid. Art.8 Reglamento CNUDMI (2010) y art.15 LA.

<sup>298</sup> Vid. Por ejemplo Art.2 d) Estatuto CAM que establece entre sus funciones: “La intervención como autoridad nominadora en procedimientos arbitrales no sometidos al Reglamento”. Y art.3 del Apéndice III (Costos del arbitraje y honorarios) del Reglamento CCI (La CCI como autoridad nominadora).

<sup>299</sup> Como indica claramente la SAP Madrid, 19 abril 2007, La Ley 66980: “El tercero al que las partes confieren el nombramiento de árbitros puede ser tanto una persona física como jurídica, incluyendo una institución arbitral; ahora bien, el hecho de que las partes encomienden la designación de los árbitros a una institución arbitral no implica, por sí solo, que el arbitraje sea institucional (administrado), pues es posible que las partes en un arbitraje *ad hoc* (no administrado) quieran únicamente a la institución como tercero que nombre a los árbitros; y el hecho de que las partes encomienden el nombramiento de árbitros a una persona jurídica tampoco implica, por sí solo, que el arbitraje sea institucional, máxime cuando esta persona jurídica puede carecer de la condición de institución arbitral por no tener reglamentación”.

labor de administración de arbitrajes, no pareciendo que quede cubierta por la póliza la función que pueden desempeñar las Cortes como autoridades nominadoras<sup>300</sup>.

Mayores dudas se presentan en aquellos casos en que ya por voluntad expresa de las partes, ya porque las partes han pactado un reglamento de arbitraje, se prevé un mayor papel de las instituciones de arbitraje. No se trata de una situación anómala o extraña, pudiendo suceder que las partes pacten en el convenio arbitral un arbitraje *ad hoc* designando a una determinada institución como autoridad nominadora, al tiempo que le encargan determinadas funciones de administración del arbitraje como la relativa a la gestión y uso de las salas para las audiencias. O, por ejemplo, por situarnos en casos reales: un arbitraje *ad hoc* sometido al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 donde la función de la autoridad nominadora o, en su caso, la autoridad designadora, que bajo el Reglamento CNUDMI está residenciado en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, no consiste únicamente en nombrar a los árbitros sino que conforme a las nuevas funciones asumidas por la autoridad nominadora bajo el nuevo Reglamento su papel durante el procedimiento arbitral ha resultado sensiblemente incrementado, particularmente en relación con el control sobre los gastos y honorarios de los árbitros, acercándose al arbitraje institucional<sup>301</sup>. Tan es así que bajo el Preámbulo del Reglamento de 1976 se aludía al mismo como un reglamento para arbitrajes *ad hoc*, habiendo desaparecido esta mención bajo el Reglamento de 2010 que contiene una mayor versatilidad en cuanto a las funcionalidades prácticas que puede desplegar el mismo, destacando las relacionadas con los arbitrajes institucionales donde el Reglamento puede aparecer como modelo para las instituciones o, incluso, como reglamento institucional con las necesarias adaptaciones<sup>302</sup>.

Dicha proximidad, sin embargo, no debe hacernos caer en la confusión. No se trata de un arbitraje institucional porque las partes siguen teniendo el control de la administra-

---

<sup>300</sup> Así en una de las pólizas contratadas por una importante institución arbitral se establece en la descripción del riesgo que: "Las garantías de riesgo comprenden la Responsabilidad Civil del Asegurado por daños y perjuicios causados a sus clientes, derivadas de:

-Responsabilidad Civil prevista por el Artículo 21 de la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje, que pueda derivarse de lo daños y perjuicios patrimoniales que puedan causar involuntariamente la Corte de Arbitraje, sus empleados, los miembros de la misma, o los árbitros, como motivo de la actividad consistente en la administración de los arbitrajes, por la Corte de Arbitraje, o por los árbitros que resuelven los mismos, de acuerdo con las normas legales reguladoras de los arbitrajes y las aprobadas por la Legislación vigente al respecto".

<sup>301</sup> Efectivamente, "el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 asigna seis funciones principales a la autoridad nominadora: a) nombrar a los árbitros, b) decidir sobre la recusación de árbitros; c) sustituir a árbitros; d) prestar asistencia en la determinación de los honorarios de los árbitros; e) participar en el mecanismo de revisión de los gastos y honorarios; y f) asesorar en relación con la cuantía de los depósitos que deban efectuarse". Vid. Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010, 23 agosto 2012, nº30, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>302</sup> Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS/Ignacio TORTEROLA, Introducción. En Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado. Legis, 2010, pp.XXI y ss.

ción del procedimiento arbitral, incluso en aquellos casos en que soliciten la prestación de determinados servicios administrativos a la autoridad nominadora<sup>303</sup>, por lo que no surge la relación jurídica típica que se establece entre los árbitros, la institución y las partes bajo el arbitraje administrado.

Efectivamente, los actos de administración o gestión se presentan como una realidad jurídica autónoma o independiente en el arbitraje administrado, frente al arbitraje *ad hoc* en que la administración del arbitraje forma parte del conjunto de obligaciones del árbitro<sup>304</sup>. Es en el primer caso en el que se establece una relación entre la institución y el árbitro, debiendo quedar fuera los arbitrajes *ad hoc* en los que la institución administradora actúe como nominadora<sup>305</sup>, aunque en este caso lógicamente sí que se le aplican a las instituciones arbitrales las obligaciones que derivan de la aceptación del encargo, como las establecidas en el art. 14.3 LA<sup>306</sup>, incurriendo por lo tanto en responsabilidad si se dan los presupuestos del art. 21.1 LA<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> Ilustrativo es a estos efectos el procedimiento para la administración del arbitraje internacional aprobado por el Centro Internacional de Arbitraje de Hong-Kong en cuya introducción se afirma: “Nada de lo que se indique en ellos impedirá que las partes en una controversia con arreglo al Reglamento de la CNUDMI designen al Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong como autoridad nominadora, ni que soliciten la prestación de determinados servicios administrativos del Centro sin someter el arbitraje a las disposiciones que figuran en los Procedimientos. Ni la designación del Centro como autoridad nominadora conforme al Reglamento ni una solicitud de las partes o del tribunal de asistencia administrativa específica y limitada deberán interpretarse como designación del Centro como administrador del arbitraje según se describe en los Procedimientos. A su vez, a menos que se indique lo contrario, una solicitud de administración por el Centro habrá de interpretarse como la designación del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong como autoridad nominadora y administrador con arreglo a dichos Procedimientos”. Vid. Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010, 23 agosto 2012, nota 14, p.9, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

Entre nosotros agudamente ha destacado las numerosas decisiones que las partes pueden delegar en una institución arbitral aunque sin que ello implique la encomienda de la administración: ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, pp.686-687.

<sup>304</sup> MUNNÉ CATARINA, p.21.

<sup>305</sup> El rol de autoridad nominadora aparece claramente descrito al hilo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010) en su artículo 6.

Por supuesto responde también al arbitraje *ad hoc* el sistema de designa de árbitros previsto en la Ley de Arbitraje cuando las partes no han acordado el procedimiento de designación de los árbitros y que se articula en el art.15 LA dejando al tribunal competente la elección del árbitro o árbitros.

<sup>306</sup> Ya no puede propiamente hablarse única y exclusivamente de una relación de mandato entre las partes y la institución nominadora, puesto que interfieren *ex lege* las nuevas obligaciones previstas en el art.14.3 LA que, a nuestro juicio, son también aplicables a las instituciones en los nombramientos de árbitros para los arbitrajes *ad hoc*. En consecuencia, aunque a la institución se le confiere un mandato por las partes, el mismo debe sujetarse a los criterios legales: cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, velar por la transparencia en su designación, así como su independencia.

<sup>307</sup> Precisamente y en relación con el ámbito de aplicación del art. 21.1 LA entendemos no se aplica a los terceros –sean o no instituciones arbitrales- a quienes se encomiende únicamente la designación de un árbitro. En este sentido, también: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.955-958; y MARTÍNEZ ESPIN, p.429. Igualmente bajo la LA (1988): Francisco LLEDÓ YAGÜE, Artículo 16. Comentario a la Ley de Arbitraje.

Una última reflexión derivada de las distinciones anteriormente efectuadas entre el arbitraje institucional y el *ad hoc*, es que las partes deberán sopesar cuidadosamente el tipo de arbitraje conforme al cual desean someter sus disputas. Hoy en día los operadores económicos prefieren el arbitraje institucional frente al *ad hoc*<sup>308</sup> especialmente en el caso de tratarse de partes que no tengan una gran experiencia en arbitraje<sup>309</sup>, aunque esta tendencia que es típica del arbitraje comercial, no se da con la misma intensidad en los arbitrajes entre inversionistas y Estados donde, incluso, se aprecia una tendencia creciente a favor del arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI<sup>310</sup>.

---

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). Madrid: Tecnos, 1991, p.278, considerando que se aplicarán los artículos del Código Civil relativos al mandato. La responsabilidad se rige por las reglas generales del ordenamiento jurídico y no existirá la acción directa. No obstante aunque el autor indicado deja la puerta abierta a que la primera parte del art. 21.1 LA se aplique a las instituciones que actúan como designadora, lo descarta finalmente (de acuerdo también MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.164) pues llevaría al absurdo de que los supuestos en que la designación se realiza por un tercero que no es institución arbitral tendrían otro régimen diferente de responsabilidad. Ahora bien, como nuevamente advierte el autor esta interpretación no salva el incongruente resultado que se produce entre los diferentes regímenes de responsabilidad que se darían ahora, y esta incongruencia no se explica suficientemente en la aparente potenciación del arbitraje institucional privilegiando el régimen de responsabilidad de los centros arbitrales. En todo caso, y en relación con el segundo inciso del art. 21.1 LA, esto es la acción directa, la cuestión es mucho más clara, pues al hablarse de arbitrajes encomendados a una institución lleva necesariamente a que se aplique únicamente al arbitraje administrado (así también: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.165).

Curiosamente OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.961, en relación ahora con el SRC considera que no se refiere a la responsabilidad de los árbitros bajo el art. 21 tal y como es interpretado, sino a todos los supuestos de responsabilidad de los árbitros.

En relación también con el ámbito de aplicación del art. 21.1 LA se ha entendido que el mismo no se aplica al arbitraje internacional (MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.126).

<sup>308</sup> Así, por todos: Julio GONZÁLEZ SORIA, Artículo 14. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.206; y VERDERA/ESPLUGUES, Artículo 9, pp.466-467, desaconsejando, incluso el arbitraje *ad hoc* por las dificultades prácticas que puedan surgir, pero advirtiendo también de lo importante que es la elección de la institución arbitral. En un ámbito internacional puede verse: Nassib G. ZIADÉ, Reflections on the Role of Institutional Arbitration Between the Present and the Future. Arbitration International, 2009, vol.25, nº3, pp.427-430.

<sup>309</sup> De este modo resulta habitual referirse a las ventajas del arbitraje institucional frente al *ad hoc* tales como: simplificación en la redacción del convenio arbitral; facilidad y garantía en la designación de los árbitros; certidumbre en el coste del arbitraje; previsión y seguridad jurídica; asistencia administrativa; asistencia logística a las partes y a los árbitros; asesoría y supervisión de los árbitros. En este sentido, véase: Javier ÍSCAR DE HOYOS, El arbitraje institucional. Revista Jurídica de Castilla y León, enero 2013, nº29, pp.5-6. Y Ramón MULLERAT, Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional. En Liber Amicorum Bernardo Cremades. Editores: Miguel Ángel Fernández-Ballester/David Arias. Madrid: La Ley, 2010, pp.867-872.

<sup>310</sup> Vid. International Arbitration Survey (2010), Choices in International Arbitration, disponible en: [http://www.arbitrationonline.org/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf).

Incluso se opina que en el arbitraje comercial internacional la tendencia podría estar cambiando hacia una mayor utilización del arbitraje *ad hoc* debido a que el arbitraje es cada vez un medio de resolución de disputas más utilizado lo que hace que los operadores al estar más familiarizados con el mismo puedan prescindir de las instituciones administradoras. Vid. C. Mark BAKER/Efrén C. OLIVARES, *Ad hoc* International Arbitrations- The Way of the Future?. Liber Amicorum Abascal Part I. World Arbitration & Mediation Review, 2012, vol.6, nº1, p.35.

Para finalizar, un último apunte derivado de otra de las reformas introducidas en mayo de 2011 y que parece hacer tambalear la ubérrima libertad de las partes en la elección del tipo de arbitraje, institucional o *ad hoc*. Se trata de la previsión del nuevo art.11 bis apartado 3º de la LA en relación con la impugnación de acuerdos sociales, que parece exigir imperativamente que el arbitraje sea institucional vetando el arbitraje *ad hoc*, al tiempo que impide la libre elección de árbitros por las partes pues parece encomendar imperativamente dicha designación a la institución arbitral. Dicho precepto establece que:

“Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de acuerdos sociales<sup>311</sup> por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”.

El nuevo artículo 11 bis en materia de arbitraje estatutario, profusamente utilizado en la práctica mercantil española, pese a la bondad de su introducción está dando numerosos problemas de interpretación, destacando, en primer término, las voces que reclaman la posible inconstitucionalidad en relación con las mayorías requeridas para la modificación estatutaria consistente en la introducción del convenio arbitral estatutario (art.11 bis 2 LA)<sup>312</sup> y, en segundo término, en relación con la obligatoriedad de que el arbitraje sea institucional. Siendo este último aspecto el que presenta cierto interés de cara al presente trabajo. Tres son las posibles interpretaciones que se están desarrollando en nuestra doctrina:

1) Sólo cabe el arbitraje institucional, estando vetado el arbitraje *ad hoc*, y los árbitros sólo pueden ser designados por una institución de arbitraje<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> No distingue entre acuerdos nulos y anulables y, por lo tanto, se aplica a todos, lo que supone aclarar las dudas que existían entre la doctrina en torno a su aplicación a los acuerdos nulos. Vid. Sin embargo, considerando que no serían arbitrables las impugnaciones de acuerdos nulos que lesionen intereses de terceros: Manuel OLIVENCIA, Artículo 11 bis. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., pp.178-179.

<sup>312</sup> Vid. Considerando el precepto inconstitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE): Manuel OLIVENCIA, La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales. Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa. Marcial Pons, 2013, pp.11-20. También: OLIVENCIA, Artículo 11 bis, p.176, al considerarlo equivalente al arbitraje forzoso. Por el contrario, considerando que no se vulnera dicho principio constitucional: Jesús OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 11 bis, Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/ Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.690.

Conviene recordar lo establecido por la Exposición de Motivos de la LA (1988) “Se dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de la voluntad, pero se adoptan las cautelas lógicas frente a las posibles situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes. Así, se declara nulo el convenio que coloque a una de las partes en situación de privilegio en relación con la designación de los árbitros” Y “El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el Título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley”.

<sup>313</sup> Así parece mantenerlo Manuel OLIVENCIA RUIZ, Company Arbitration in Spanish Law, Liber Amicorum

2) Sólo es posible el arbitraje institucional, pero el procedimiento de designación de los árbitros será el que establece el Reglamento institucional pactado, siendo que éstos suelen dejar libertad a las partes para efectuar el nombramiento o designación de los árbitros, aunque sujeta dicha designación a la confirmación por la propia institución (argumento ex art.14.1 LA)<sup>314</sup>.

3) Es posible tanto el arbitraje institucional como el arbitraje *ad hoc*<sup>315</sup>.

Como solución práctica y deseable para evitar la inseguridad jurídica que deriva de las distintas interpretaciones del art.11 bis LA, la propuesta de convenio arbitral tipo para su inclusión en los estatutos de las sociedades de capital recientemente propuesto por el CEA, en el que se decanta por el arbitraje institucional y de Derecho<sup>316</sup>.

## V. LAS INSTITUCIONES EXCEPTUADAS DE LA CONTRATACIÓN OBLIGATORIA DEL SRC A NOMBRE DE LOS ÁRBITROS

Las distinciones anteriormente realizadas en los dos epígrafes anteriores han servido para delimitar el elenco de centros de arbitraje que pueden constituirse en nuestro país conforme al art.14 LA, a la vez que han permitido diferenciar el arbitraje institucional

---

Abascal. Part II. World Arbitration & Mediation Review, 2012, vol.6, nº2, p.382. Id., Artículo 11 bis, pp.177-179, considerando que la medida garantiza la objetividad e independencia de los árbitros; OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 11 bis, p.692, aunque crítico puesto que en el arbitraje *ad hoc* se puede deferir el nombramiento y designación de los árbitros a un tercero; Joan PICÓ i JUNOY/Daniel VÁZQUEZ ALBERT, La revitalización del arbitraje societario. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p.112; ARMAS, p.186; y MIRÓ, pp.227-228.

Contrasta claramente esta interpretación con la ya lejana y arcaica prohibición de deferir el nombramiento de árbitros a una de las partes o a un tercero bajo el art.22.2 LADP, donde el art.22 indicaba que: “Los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo. No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos”.

<sup>314</sup> Así la doctrina considera que los centros de arbitraje realizan una designación institucional que puede consistir tanto en una designación propiamente dicha como en la homologación de la designación de las partes. Así, MUNNÉ CATARINA, p.102.

<sup>315</sup> Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa). Spain Arbitration Review, 2012, nº13, pp.123 negando la inconstitucionalidad del art.11 bis.2 LA. Considera también que cabe el arbitraje *ad hoc* en materia de impugnación: VICENTE-ALMAZÁN, pp.21-22, aduciendo no sólo el tenor literal de la norma sino además la proclamación en la Exposición de Motivos relativa al “mayor acoplamiento a la libre competencia que reclaman las instituciones de la Unión Europea pues sería contradictorio ampliar la competencia por un lado y restringirla por otro. En definitiva, en su opinión, el art.11 bis 3 se limita a favorecer el arbitraje institucional pero no a su imposición. Siguiendo a este autor: José Fernando MERINO MERCHÁN, Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011. Revista Jurídica de Castilla y León, enero 2013, nº29, pp.32-33.

<sup>316</sup> Vid. Informe sobre el Arbitraje Societario en España, incluyendo convenio arbitral tipo y artículo modelo para el reglamento de cortes arbitrales, elaborado por la Comisión para el estudio del arbitraje societario (22 febrero 2013), y en cuyo anexo B se contiene el convenio arbitral modelo. Disponible en: [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea\\_Arbitraje\\_Societario.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea_Arbitraje_Societario.pdf).

del arbitraje *ad hoc*. Es ahora el momento de abordar el análisis de las excepciones legales previstas en relación con la contratación obligatoria del SRC, donde volveremos sobre una cuestión apuntada anteriormente y que a nuestro juicio es un rasgo esencial del arbitraje institucional: la separación entre las tareas de administración que corresponden a la institución y la de juzgar que corresponde a los árbitros. Distinción que precisamente se difumina o confunde en el caso de determinados arbitrajes en los que participan las instituciones exceptuadas legalmente de la contratación del SRC.

Conforme al art. 21.1 2º inciso LA no tienen obligación de contratar un SRC a nombre de sus árbitros ni las entidades públicas ni los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas<sup>317</sup>.

En relación con los “sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas”, tal y como se ha comentado anteriormente, no están mencionadas expresamente en el catálogo de entidades administradoras de arbitraje aunque deben entenderse incluidas dentro de las entidades públicas.

Que dichas entidades estén exceptuadas de la obligación de contratar un SRC a nombre de sus árbitros no implica que dichas instituciones no puedan incurrir en responsabilidad civil. Antes al contrario, su actuación está sujeta a responsabilidad siguiendo lo preceptuado en el art. 21.1 LA puesto que las entidades públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas son instituciones administradoras de arbitraje en el sentido del art.14 LA y, en consecuencia, están sometidas a la Ley de Arbitraje por lo que responden en los casos de mala fe, temeridad o dolo.

Llegados a este punto, a nuestro juicio, son dos las cuestiones más importantes que se suscitan en relación con esta excepción legal que estamos analizando<sup>318</sup>. La primera se refiere a al análisis concreto de dichas instituciones y las funciones arbitrales legalmente encomendadas ya que en algunos casos surge la duda acerca de su naturaleza jurídica, esto es, si realmente son instituciones arbitrales o si ejercen como árbitros, lo que incide de forma importante en la determinación de quién ha de

---

<sup>317</sup> Una excepción similar se encuentra Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241, en cuyo artículo 2.3 se establece que “no existirá la obligación de aseguramiento cuando una Administración Pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de la anterior sea nombrada administrador concursal y designe para llevar a cabo tales cometidos a una persona natural que tenga la condición de empleado público. En los demás casos, la obligación de aseguramiento será exigible a la persona natural que hubiera designado. Tampoco existirá obligación de aseguramiento cuando sea designado administrador concursal el personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o del Consorcio de Compensación de Seguros”.

<sup>318</sup> La escasa doctrina que se ha pronunciado al respecto de esta excepción lo ha hecho escueta y críticamente: Vid. considerando des acertada la regulación: Gonzalo STAMPA, La reforma de la Ley de Arbitraje. Diario La Ley, nº7725, 28 octubre 2011, Ref. D-405 (La Ley 17409/2011).

soportar la obligación legal de contratar un SRC. Y, en segundo lugar y estrechamente conectada con lo anterior, averiguar los fundamentos legales, esto es, la *ratio legis* de la excepción legal de la Ley de Arbitraje en relación con la contratación obligatoria de un SRC.

### **5.1. Las entidades públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas: ¿instituciones arbitrales o árbitros?**

Entre las características esenciales de una institución de arbitraje está ciertamente la de administrar pero no la de resolver las controversias entre las partes, función que queda reservada para los árbitros. Efectivamente, a nuestro juicio, entre las funciones de las instituciones administradoras no puede entenderse comprendida la de dictar el laudo, ya que la resolución de la controversia corresponde a los árbitros<sup>319</sup>. Pese a que a primera vista podría parecer innecesaria esta precisión, no está de más realizarla a la vista de los vaivenes legislativos en esta materia y la confusión del legislador, que no se da únicamente en relación con las entidades públicas sino que se ha producido aunque sea nominalmente, pero no en la práctica, en el caso de los colegios profesionales que son corporaciones de derecho público y por lo tanto obligadas a la contratación del SRC a nombre de los árbitros<sup>320</sup>.

Nos centraremos a continuación en la posible función o rol de las entidades públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas para determinar qué tipo de funciones ejercen: ya como institución administradora de arbitrajes, ya como árbitro.

---

<sup>319</sup> En definitiva, estamos en presencia de dos actividades independientes y diferenciadas en el arbitraje institucional: una la de administrar arbitrajes y otra la de dictar un laudo. Así también: MUNNÉ CATARINA, p.29, aunque considerando que actuando en nombre e interés propio las personas físicas integrantes de un centro arbitral pueden ejercer funciones arbitrales; y ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.693: "En el ámbito estricto de la LA, una institución arbitral nunca puede ser árbitro. La misión de la institución en un arbitraje institucional no es juzgar la controversia, sino administrar el arbitraje. Debiendo añadirse, por lo demás, que ninguna persona jurídica puede ser árbitro". Respecto de la último, discrepamos tal y como se ha indicado anteriormente (*supra*, apartado 2.2).

<sup>320</sup> Así la legislación en relación con los Colegios Profesionales se refiere a la resolución de la controversia mediante laudo en La Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, cuyo artículo 5 n) enuncia como parte de su competencia: "Resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión". Debe notarse, según estamos comentando, la impropia redacción ya que los Colegios Profesionales no pueden resolver un conflicto mediante laudo. Podrán administrar un arbitraje, pero serán los árbitros, personas naturales, las que realicen la función arbitral. Vid. Correctamente: art.14.1 LA que no se refiere en modo alguno a la resolución de la controversia por las instituciones administradoras y también en relación con las instituciones de mediación, art.5.1 LM: "La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley".

### 5.1.1. La confusión entre la administración y la resolución de controversias mediante laudo: la Comisión de la Propiedad Intelectual y las Juntas Arbitrales de Transporte

Característica esencial de las instituciones administradoras, en nuestra opinión, es que no se fusionan las tareas de administración con las de resolución de controversias. Esta posición claramente seguida por la doctrina española suele, sin embargo, confundirse o mezclarse con otra de diferente calado e intensidad: la condición de los árbitros como personas naturales. Efectivamente el razonamiento que se emplea es que las instituciones administradoras no pueden arbitrar sino únicamente administrar porque la condición de árbitro aparece reservada a las personas naturales<sup>321</sup>.

Como decimos entendemos que es esencial al arbitraje institucional la separación y, por lo tanto, independencia orgánica, funcional, jerárquica, entre quien administra y quien emite el laudo, ya que de otro modo se difuminarían las fronteras entre el arbitraje institucional y el *ad hoc*, importante al establecer el legislador normas de diferente aplicación a uno y otro tipo de arbitraje<sup>322</sup>.

Consecuencia de dicha independencia es que cuando el legislador asigna aparentemente funciones arbitrales de administración a determinadas instituciones que en realidad realizan funciones decisorias, como en el caso de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) o las Juntas Arbitrales de Transporte (JAT)<sup>323</sup>, aunque no en el caso de las JAC (Juntas Arbitrales de Consumo), donde ésta administra, quedando reservada la función decisoria a los órganos arbitrales<sup>324</sup>, que son independientes de quien

---

<sup>321</sup> Por ejemplo: JOVÉ PONS, p.475: “Por último, debe tenerse presente –como característica fundamental– que, entre las funciones que realiza la institución arbitral no se incluye la decisión o resolución de la controversia. Esta actividad decisoria es exclusiva de los árbitros y como tales, por expresa disposición del art.12.1 de la L.A., sólo pueden actuar personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Las mencionadas Instituciones no arbitran o deciden el asunto, sino que se limitan a organizar y administrar el sistema arbitral y a designar, en su caso, a los árbitros”.

También en igual sentido: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.87: “La actuación de las instituciones arbitrales se caracteriza, al menos en nuestro Derecho, porque entre las funciones que se les puede encomendar, que serán lo amplias que determinen las partes y permitan sus normas reguladoras, no se incluye la decisión o resolución de la cuestión litigiosa”, indicando a continuación que: “La función de arbitrar se reserva, por expresa disposición del art.12.1 de la Ley de Arbitraje, a las personas naturales (...). Precepto que impide que las instituciones arbitrales decidan cuestiones litigiosas, dada su condición de personas jurídicas”. Asimismo, GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.770.

<sup>322</sup> En nuestra opinión, una futurible fusión entre el arbitraje *ad hoc* y el institucional no sería en modo alguno deseable pues constreñiría la libertad de las partes en cuanto a la elección del tipo de arbitraje.

<sup>323</sup> ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.111, puesto que las JAT acumulan funciones de administración y de decisión. Igualmente señala expresando sus dudas acerca de su verdadera naturaleza jurídica que se trata de un órgano permanente, preexistente al litigio, que no se crea *ad hoc* para conocer cada controversia sometida a su conocimiento. Sobre la función arbitral de las JAT, véase: Sonia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Las juntas arbitrales del transporte: constitución y funciones (en especial, como “depositarias” de las mercancías). Valencia: Tirant lo blanch, 2005, pp.48 y ss.

<sup>324</sup> Vid. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo,

administra, puede decirse que no son instituciones que administren arbitrajes sino que ejercen como árbitros en lo que será un arbitraje *ad hoc* y no un arbitraje administrado.

La confusión o, si se prefiere, fusión entre la administración y la resolución se ve claramente en el desarrollo reglamentario de las funciones arbitrales legalmente atribuidas a la CPI, pese a que del texto de la Ley sólo se deriva la función de resolución de controversias. Así, el artículo 158.3, 2º a) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>325</sup> considera que la Comisión actuará en su función de arbitraje: “dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre éstas y las asociaciones de usuarios de su repertorio o las entidades de radiodifusión o de distribución por cable. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntario y deberá constar expresamente por escrito”.

La función arbitral aparece desarrollada por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual y es ahí donde aparece el rol de la CPI también como administradora, estando encomendada a la Sección Primera de la CPI la relativa a la resolución de controversias (art.2 RD 1889/2011)<sup>326</sup>.

En el art.7.7 b) del RD 1889/2011, aparecen claramente indicadas las dos funciones: “En caso de aceptación del arbitraje, constancia del pago de la provisión de fondos para los gastos de administración del procedimiento por la Comisión de Propiedad Intelectual y los honorarios de los miembros de la Sección Primera, en el importe que se establezca de conformidad con la disposición final tercera”.

---

artículos 5, 16 y 18.1. En la doctrina: LARA GONZÁLEZ, pp.153-154.

Asimismo aparecen diferenciados ambos roles en el sistema arbitral creado en materia de discapacidad. Así el art.4 del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad en sus letras e) y f) establecen que son funciones de las juntas: “e) La designación de los árbitros en cada procedimiento; y f) La gestión y administración de los procedimientos arbitrales”.

<sup>325</sup> Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, BOE, nº 97/1996 de 22 de Abril.

<sup>326</sup> Vid. Además: Art.3.3: “Los miembros de la Sección Primera ejercerán sus funciones con independencia, neutralidad e imparcialidad y estarán sometidos a las normas sobre recusación y abstención contenidas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Las decisiones de la Sección que resuelvan cuestiones de fondo o de ordenación procesal en toda clase de procedimientos serán adoptadas por mayoría de sus miembros. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los miembros de la Sección, el Presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de tramitación e impulso del procedimiento”. Y Art.7.2 d): “Los miembros de la Sección Primera ejercerán sus funciones con independencia, neutralidad e imparcialidad y estarán sometidos a las normas sobre recusación y abstención contenidas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Las decisiones de la Sección que resuelvan cuestiones de fondo o de ordenación procesal en toda clase de procedimientos serán adoptadas por mayoría de sus miembros. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los miembros de la Sección, el Presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de tramitación e impulso del procedimiento”.

De forma similar el artículo 38.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres establece la función arbitral de las JAT en el sentido de resolución de controversias<sup>327</sup>. Aquí y a diferencia de la CPI, no existe un desdoblamiento entre la Junta como administradora y un órgano dependiente de ella que realiza la función arbitral, sino que es la propia Junta, esto es, el propio tribunal arbitral quien juzga y administra el arbitraje<sup>328</sup>.

No se trata de privar a estos arbitrajes de su naturaleza como tales, ya que son verdaderos arbitrajes pues concurren en ellos las notas básicas que caracterizan a dicha institución: voluntariedad de las partes de someter su disputa a un arbitraje y exclusión de la vía judicial<sup>329</sup>, pero sí de establecer su verdadera identidad: no son arbitrajes institucionales con particularidades<sup>330</sup>, sino arbitrajes *ad hoc*. A nuestro juicio no resulta

---

<sup>327</sup> Artículo 38.1 Ley 16/1987 de 30 de julio: “Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento.

Asimismo, les corresponderá resolver, en idénticos términos a los anteriormente previstos, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la presente Ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial.

Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratado”.

<sup>328</sup> Así se desprende de la lectura de la normativa de desarrollo contenida en la sección 3ª del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE, 8 octubre 1990.

<sup>329</sup> Respecto a la voluntariedad en materia de arbitraje bajo las JAT debe notarse que el art.38 Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad. Sobre esta cuestión con ulteriores citas de la doctrina española: Pilar PERALES VISCASILLAS, La presunción legal de sometimiento al arbitraje. En Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II. El Convenio Arbitral. Carlos Alberto Soto (Director). Lima, 2011, pp.145-164.

<sup>330</sup> Así lo entiende: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, pp.113-114 considerando que se trata de arbitrajes institucionales públicos que presentan las siguientes particularidades: a) carecen de estatutos aprobados por sus asociados, y por lo general es un Real Decreto el que lleva acabo la publicación de lo que puede considerarse como el Reglamento arbitral; b) son arbitrajes gratuitos; c) en algunos, JAT y CPJ, se produce una doble gestión administrativa y de resolución de disputas. Esta última nota, lleva al autor a mantener sus dudas acerca de la naturaleza arbitral de dichas instituciones, esto es, si se trata de un verdadero arbitraje y no de una decisión de la administración “vestida” de arbitraje. Así el citado autor (id., pp.108-110) considera que la coincidencia de funciones de administración y gestión así como la potestad de decidir la controversia aleja la naturaleza de la Comisión de aquella que es propia de las instituciones arbitrales.

Por su parte y en relación con la CPI se entiende por Elena MARTÍNEZ GARCÍA, El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 257 y ss., que no se trata de un verdadero órgano administrativo o de una jurisdicción especial; sino de un arbitraje colegiado e institucional, y no difiere de las instituciones que se prevén en materia de consumo o transporte.

esencial en el arbitraje *ad hoc* que las partes ellas mismas efectúen la elección de los árbitros, sino que pueden delegar en un tercero dicha elección<sup>331</sup>. A mayor abundamiento y consecuencia de la libre elección de las partes de someter su disputa a un arbitraje *ad hoc* “regulado” es que la elección de los árbitros se realiza también por las partes aunque de forma indirecta y previamente determinada, pues ceden la libertad de que gozan en el nombramiento de los árbitros a favor un organismo especializado cuyos componentes actuarán como tales<sup>332</sup>. Se trata, además, de arbitrajes regulados supletoriamente por la LA y por lo tanto no están al margen de la misma. Por ello, debe mantenerse también la aplicación de la norma sobre responsabilidad y la obligación de contratación del SRC (art. 21 LA)<sup>333</sup>.

En definitiva, en el arbitraje institucional deben mantenerse claramente separadas las funciones de administración y la de resolver el litigio mediante laudo, de tal forma que las instituciones administradoras no podrán dictar un laudo. Si una institución que en principio es apta para la administración de arbitrajes es quien dicta el laudo, se estaría transformando el tipo de arbitraje, que pasaría de ser un arbitraje institucional a un arbitraje *ad hoc*.

La conclusión alcanzada debe ahora ponerse en relación con la obligación legal de contratar una SRC. A nuestro juicio, al no poder erigirse ni la CPI ni las JAT como instituciones administradoras, no tendrían la obligación de contratación del SRC puesto que dicha obligación recae, según hemos indicado ya anteriormente, en los árbitros cuando el arbitraje es *ad hoc*. Por ello, en principio la obligación legal de contratar el seguro recae en los árbitros de la sección primera de la CPI o en los miembros de las JAT, que es tanto como decir que es la propia Comisión o la Junta quienes tienen dicha obligación pues resultaría absurdo que fueran los miembros integrantes de la Comisión o de las Juntas los que contrataran dicho seguro.

Empero lo anterior, en esta hipótesis creemos que el legislador habría pecado de falta de precisión o finura jurídica a la hora de establecer las excepciones en el art. 21.1 LA sin haber percibido claramente la distinción efectuada entre la administración de un arbitraje y la resolución de controversias, lo que coadyuva a que el legislador deba proceder a modificar estos sistemas arbitrales diferenciando ambas funciones como sí sucede con las JAC y recientemente con la CNMC, como veremos en el siguiente epígrafe.

Mientras no se lleve a término esa separación y, por lo tanto, persista esa cuasi “identidad” entre el organismo regulador y el órgano de él dependiente encargado de la resolución de disputas, la conclusión es que en el propio desarrollo reglamentario del

---

<sup>331</sup> Parece exigirlo así considerando que los arbitrajes sometidos a organismos reguladores no son verdaderos arbitrajes: GUILLÉN, p.191.

<sup>332</sup> Entiende, sin embargo, en relación con las JAT que la potestad decisoria del conflicto no les viene atribuida por la voluntad concurrente de las partes sino por disposición de la Ley: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.111.

<sup>333</sup> Así establecen tanto el art.2.2 del RD 1889/2011 (CPI) como el art.9.10 del RD 1211/1990 (JAT) la aplicación supletoria de la LA, por lo que no pueden quedarse estos sistemas arbitrales al margen de la misma.

SRC el legislador debería aclarar el sentido del art. 21.1 2º inciso LA. Para ello, tendría dos opciones. Una sería claramente indicar, tal y como hemos indicado en el texto que en los arbitrajes encomendados a la CPI o a las JAT serán los árbitros los encargados de contratar el seguro, o bien entender que si bien dichos sistemas arbitrales no son entidades públicas que administran arbitrajes, sino que propiamente hablando desarrollan funciones como árbitro en arbitrajes de tipo *ad hoc*, estarían dichos sistemas arbitrales/árbitros exceptuados de la obligación legal de contratar un SRC<sup>334</sup>.

### 5.1.2. *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como institución administradora de arbitrajes*

Anteriormente tuvimos ocasión de examinar el catálogo de entidades que pueden incluirse dentro de esta categoría y destacábamos como particularmente en el caso del nuevo organismo regulador (CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) podría producirse una confusión de roles entre la administración del arbitraje y la de laudo, a la vista de la normativa anteriormente vigente para los diversos organismos reguladores, como veíamos examinando la CNC, que en realidad realizaba funciones de resolución de conflictos mediante laudo. Efectivamente, si bien legalmente los organismos reguladores tenían atribuida la función de resolver mediante laudo no podía hablarse de un arbitraje institucional puesto que el mismo organismo regulador no podía erigirse al mismo tiempo en institución administradora y en árbitro ni siquiera aunque la función de juzgar se realizara por medio de alguno de sus organismos dependientes puesto que se estaría contraviniendo de forma grave el principio de separación e independencia entre el centro arbitral y los árbitros<sup>335</sup>. Lógicamente la función de administrar el arbitraje, de designar a los árbitros y de controlar su actuación deja de existir cuando se produce una identidad entre los organismos que supuestamente tienen encomendadas dichas funciones típicas del arbitraje.

---

<sup>334</sup> Ello en conexión con la fundamentación legal de la excepción que analizaremos *infra* apartado 5.2. Por otra parte, éste podría ser el resultado a la vista del artículo 2.3 del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, nº241, 6 octubre 2012, donde se exceptúa de la obligación de asegurar en aquellos casos en que una entidad pública sea nombrada administradora concursal y designe a una persona natural que sea empleado público, pero no en caso contrario donde la obligación recae en dicha persona.

<sup>335</sup> En relación con la Comisión Nacional del Sector Postal se entendió que la Comisión era la institución administradora y el Consejo Rector quien realizaba la función arbitral. Vid. Dictamen del Consejo de Estado 653/2009, de 2 de julio, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo General de la Ley 23/2007, de 8 de octubre de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal. Sin embargo, esta separación que se daba en otros organismos reguladores, era meramente ficticia y quebraba, tal y como hemos indicado en el texto, una de las características esenciales del arbitraje institucional: la separación entre quien administra y quien emite el laudo. Así GARCÍA PÉREZ, p.161, aunque no lo advierte en relación con la Comisión Nacional del Sector Postal, p.146 y parece contradecir su propia conclusión en relación con otros organismos reguladores, por ejemplo, p.136 en relación con la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

La distinción aparecía nítida en la STS 16 enero 2008<sup>336</sup> en relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), donde la Ley estipulaba como función específica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el arbitraje respecto de los operadores sometidos a su actividad de supervisión cuando éstos voluntariamente lo solicitaran. Entre las facultades de la CMT estaba la de “arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden”, y específicamente se añadía que “el ejercicio de esta función arbitral no tendría carácter público”.

Analizando pues la función arbitral privada de la CMT, la STS 16 enero 2008 señalaba en sus FJ 6º a 8 que:

*“La función arbitral “privada” que pueden asumir los denominados “organismos reguladores” debe distinguirse -y no siempre se hace con la suficiente claridad- de la que compete a esos mismos organismos para determinar, en caso de conflicto entre los operadores (por falta de acuerdo sobre problemas de compartición de redes, de interconexión o similares), medidas ejecutivas con fijación de las condiciones correspondientes que suplan aquel acuerdo. No se trata, en estos últimos supuestos, de un arbitraje voluntario sujeto a la Ley 60/2003 ( RCL 2003, 3010), de Arbitraje, sino de una función pública determinada por la necesidad de preservar los intereses generales subyacentes en la regulación de cada sector, cuyo ejercicio se traduce en una decisión estrictamente administrativa, con fuerza de obligar, impugnabile ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

*Por el contrario, cuando las leyes hacen referencia al arbitraje “privado” (más propiamente, excluyen el carácter público de la función arbitral) que determinados organismos reguladores pueden llevar a cabo, se limitan a ofrecer cobertura suficiente para el desempeño por estos nuevos organismos de una función arbitral “clásica” enmarcada en la Ley 60/2003. La actuación arbitral, que culminará normalmente en el laudo dictado en el ejercicio de dicha función, sigue en estos casos el mismo régimen jurídico que la llevada a cabo por cualquier árbitro y los laudos que emitan dichos organismos están sujetos al mismo régimen de impugnación que todos los demás (ante la jurisdicción civil).*

*Aun cuando no coincidente del todo con el denominado “arbitraje institucional” al que se refiere el artículo 14.1 de la Ley 60/2003 (pues en él se prevé que las partes encomienden a determinadas instituciones la “administración” del arbitraje y la “designación de árbitros”, mientras que en las figuras como la de autos es la propia corporación quien asume el papel de árbitro), esta modalidad de arbitraje, al que las leyes han querido expresamente negar su carácter público, se somete enteramente al régimen privado y, en concreto, a las disposiciones de la Ley 60/2003. El artículo 1.3 de dicha*

---

<sup>336</sup> STS 16 enero 2008, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) (JUR 899).

*Ley dispone que su contenido será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes (...).*

*La decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, favorable a “admitir la reclamación arbitral” de un operador (“Telecable de Asturias, SAU”) pese a la oposición de otro (“Sogecable, SA”) no puede calificarse como un acto administrativo separable dentro del procedimiento arbitral “privado” sino como una singular -y expresamente prevista en la Ley- actuación “procesal” del árbitro que, con carácter previo a la resolución de las demás cuestiones, rechaza las excepciones opuestas por la parte demandada en el procedimiento arbitral.*

*A este género de decisiones arbitrales se refiere de modo específico el artículo 22 de la Ley 60/2003 ( RCL 2003, 3010): los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o “cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. Y contra dichas decisiones, si se adoptan con carácter previo a la emisión de laudo y tienen carácter desestimatorio de las excepciones opuestas (como en este caso ocurre), aquel mismo precepto legal prevé una singular acción de anulación ante la jurisdicción civil, acción que no suspenderá el procedimiento arbitral (artículo 22.3 de la Ley 60/2003).*

*La decisión arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones objeto de litigio era, precisamente, aquella en la que se resolvieron, desestimándolas, las excepciones opuestas por “Sogecable, SA” cuya estimación hubiera impedido entrar en el fondo de la controversia. El organismo regulador en funciones arbitrales privadas prefirió rechazar aquellas excepciones con carácter previo y no en el laudo definitivo, como también podía haber hecho. Aun cuando la Ley 60/2003 no exige de modo explícito que dichas decisiones previas revistan la forma de laudo, éstas tienen la misma naturaleza que los laudos y quedan sujetas al mismo régimen de impugnación.*

*Que no existe ninguna diferencia sustancial, de naturaleza, entre las decisiones previas y los laudos definitivos lo confirma no sólo la exégesis del artículo 22 de la Ley 60/2003 sino la propia exposición de motivos de la ley, a tenor de la cual “queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La Ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas”.*

*Hemos de concluir, pues, que la aplicación tanto del artículo 48 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre ( RCL 2003, 2593 y RCL 2004, 743), General de Telecomunicaciones (y, en el mismo sentido, del artículo 6 del Real Decreto 1994/1996 [ RCL 1996, 2471], por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), como del artículo 22 de la Ley 60/2003 [ RCL 2003, 3010], de Arbitraje, hacían inviable la impugnación Contencioso-Administrativa de la decisión objeto de litigio, precisamente porque el citado artículo 48 de la Ley 32/2003 rechaza de modo*

*expreso que la función arbitral ejercitada en este caso tenga carácter público y el también citado artículo 22.3 de la Ley 60/2003 prevé una específica acción de nulidad ante los tribunales civiles de las decisiones arbitrales como la de autos.*

*Admitir en este caso la “separabilidad” (y consiguiente impugnabilidad ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa) del “acto” mediante el cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como árbitro independiente, se limitaba a resolver determinadas excepciones procesales surgidas en el seno del conflicto (asimismo arbitral) suscitado entre “Sogecable, SA” y otro operador sería tanto como introducir, además, un elemento distorsionador del propio procedimiento arbitral. La controversia que las partes en un arbitraje puedan entablar respecto de cualquiera de los obstáculos a su juicio existentes para la validez de la relación arbitral, del laudo o de las decisiones previas a él que tengan su misma naturaleza, queda encomendada al orden jurisdicción civil”.*

El legislador español parece finalmente haber advertido la separación de las funciones de administración y de resolución de controversias mediante laudo en la nueva normativa referida al macro regulador –la CNMC- en particular al desarrollar la función arbitral mediante el Estatuto de la CNMC. Si bien analizando aisladamente la Ley 3/2013 parece que el legislador continúa confundiendo las funciones de administración y las de resolución de controversias, ya que se refiere genéricamente a la *función arbitral*, siendo que el Consejo es quien tiene atribuidas las funciones de arbitraje (art. 14.1)<sup>337</sup>, la distinción se aclara con el Estatuto de la CNMC de 31 agosto 2013 que ha especificado en el Artículo 46 que la *función arbitral* se constriñe a la administración del arbitraje:

#### “Función arbitral

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que

---

<sup>337</sup> También de acuerdo con el Estatuto de la CNMC (art.8.1):“El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia, de arbitraje y resolución de conflictos previstas en los artículos 5 a 12, ambos inclusive, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como las demás atribuidas por la normativa vigente”.

Indicar además que en los arts.21 y 23 del Estatuto de la CNMC se refiere a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, así como a la Dirección de Energía como órganos encargados de emitir informe en las actuaciones arbitrales previas al laudo arbitral en las materias previstas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como su normativa de desarrollo, así como en las materias previstas en por la Ley 54/1997, de 24 de noviembre y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad y gas natural, así como su normativa de desarrollo, en la forma que determine el Reglamento de Arbitraje del Consejo de la Comisión.

Bajo la Ley de Economía Sostenible, los Organismos reguladores ejercían sus funciones a través de un Consejo (art.11), entre cuyas funciones indelegables se encontraban si las tuviesen atribuidas, las funciones de arbitraje. Ya no se menciona en el art.14.1 Ley 3/2013 que entre dichas funciones indelegables esté el arbitraje, lo que coadyuva a la interpretación que mantenemos en texto de que ahora sólo se establece la función de administración pero no la de resolución de disputas.

le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.
3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo”.

La lectura del art.46 del Estatuto de la CNMC nos parece evidenciar que el legislador se ha decantado por establecer la función de la CNMC como autoridad administradora del arbitraje, sin que haya estipulado que entre dichas funciones esté la de resolver la controversia mediante laudo. Se corrige así la grave confusión existente con anterioridad en las diversas normativas sobre los distintos organismos reguladores ahora unificados en la CNMC.

Destaca igualmente la expresa mención y obligación de utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), prototipo del arbitraje *ad hoc*, pero que sirve también para ser utilizado en arbitrajes administrados, según ya se dijo. De este modo, estamos en presencia de un arbitraje institucional administrado por la CNMC<sup>338</sup> con utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o, en su caso, cualquier otro reglamento que determine el Consejo, lo que podría, incluso, implicar la elaboración y utilización de un reglamento propio como al efecto prevé el propio Estatuto de la CNMC (art.23 e). Además, se establece que cada una de las Salas del Consejo, en atención a la materia objeto de la reclamación, podrá designar a los árbitros, lo que implica, a nuestro juicio, que debe mantenerse la separación entre las funciones de administración y las de resolución de controversias, por lo que ni el Consejo ni cualquiera de los órganos de él dependientes podrán realizar dichas tareas de resolución de disputas.

Así las cosas y en relación con la contratación obligatoria del SRC debe considerarse que la CNMC es una entidad pública a los efectos del art.14.1 LA y por lo tanto una institución administradora de arbitraje que queda exceptuada de la obligación de contratación de una SRC a nombre de los árbitros. Serán los árbitros quienes tendrán la obligación de contratar un SRC para cubrir sus eventuales responsabilidades civiles.

---

<sup>338</sup> Indica el art.11.2 c) del Estatuto de la CNMC que corresponde a la Asesoría Jurídica: “Tramitar los procedimientos arbitrales previstos por el artículo 5.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio”.

## 5.2. *Ratio legis* de la excepción legal

A nuestro juicio, la *ratio legis* de la excepción legal del art. 21.1 LA y por la que no están obligados a contratar un SRC las entidades públicas ni los sistemas arbitrales integrantes o dependientes de las administraciones públicas, no se halla —o, al menos, no de forma nítida— en la Directiva 2006/122 de Servicios o en la Ley española de transposición (Ley 17/2009) donde, sin embargo, sí hemos encontrado gran parte de la razón de ser de la contratación obligatoria del seguro. A nuestro juicio, conforme a ambas normativas quedan excluidas las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, resultando que la actividad que desarrollan las entidades administradoras de arbitraje, aunque sean entidades públicas, no pueden entenderse ahí comprendidas.

La razón o fundamento de la exclusión podría, en nuestra opinión, encontrarse en la presunción de solvencia de la Administración y la técnica del auto seguro que era propia de la gestión de riesgos en la Administración hasta la reciente irrupción del seguro<sup>339</sup>.

Efectivamente, inicialmente las Administraciones únicamente practicaban una técnica de auto seguro, es decir, que la Administración asumía la gestión de sus propios riesgos como si fuera el asegurador al estimar que la prima que habría de pagar sería superior al importe de los riesgos que, en su caso, iría asumiendo la Administración<sup>340</sup>. En este sentido, resulta intrascendente que el seguro cubriera a la Administración o a los funcionarios de ella dependientes, o ambos, puesto que ahora se trata de evaluar la excepción legal por la que la Administración no tiene la obligación de contratar un seguro por cuenta de los árbitros en el bien entendido, y es importante recordarlo, que el perjudicado ostenta una acción directa contra la institución administradora bajo la Ley de Arbitraje.

La contratación de SRC por las Administraciones Públicas es un fenómeno de cuño reciente, que empieza a desarrollarse a partir de la década de los 90 del siglo pasado<sup>341</sup>,

---

<sup>339</sup> En este sentido HUERGO LORA, *El seguro*, pp.19-20.

Comentando la imposición obligatoria del SRC en el art. 21 LA, se indica que la excepción de las entidades públicas responde a su situación de capacidad económica para el cumplimiento de las obligaciones: REVILLA, *Capacidad*, p.121.

En Italia y Francia es frecuente la contratación de SRC, mientras que el auto seguro es la práctica todavía habitual, aunque se exceptúan las actividades de alto riesgo como la derivada de circulación de vehículos a motor. Vid. Begoña ARQUILLO COLET, *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Barcelona: Atelier, 2008, pp.76-86; y HUERGO LORA, *El seguro*, pp.34-48.

<sup>340</sup> Resultando aconsejable la existencia de una partida presupuestaria fija o un fondo de compensación sin ánimo de lucro. Vid. ARQUILLO COLET, pp.94-96 y HUERGO LORA, pp.21 y ss, y p.133 (descartando la exigencia obligatoria de contratar seguros por la Administración). Ambos autores consideran factible el auto seguro en la actualidad en relación con determinados casos, especialmente en el caso de las Administraciones más pequeñas.

<sup>341</sup> El análisis evolutivo en este punto desde el auto seguro hasta la habitual contratación de SRC por parte de las Administraciones, puede verse con mayor detalle en la doctrina administrativista con explicación de sus causas que han sido enunciadas someramente en el texto: HUERGO LORA, *El seguro*, pp.21 y ss. Especialmente importante es la contratación de SRC en el ámbito de la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria.

y aunque no exento de algunas incertidumbres jurídicas en torno a su licitud<sup>342</sup>, hoy se encuentra plenamente asentado<sup>343</sup> habiendo recibido una regulación expresa, si bien no exclusiva, exhaustiva o excluyente respecto de la regulación jurídico-privada en la LCS, ya con anterioridad a la vigente Ley de Contratos del Sector Público.

Si bien con el tiempo las Administraciones han venido a participar de las ventajas de la externalización de los riesgos por medio de entidades aseguradoras, debido sobre todo al proceso de descentralización en las Administraciones con el consiguiente incremento de responsabilidad, el aumento en las reclamaciones contra la Administración y la posible responsabilidad por sumas elevadas y, por último, en la aplicación de las técnicas modernas de gestión de riesgos que pasa necesariamente por el contrato de seguro por quien está en mejores condiciones de evaluar los riesgos y su coste<sup>344</sup>, no debe descartarse que en relación con determinados riesgos remotos, y aquí podríamos incardinar los que derivan de la actividad arbitral, de no muy alta probabilidad y de escasa cuantía ya que se trata en muchas ocasiones de arbitrajes de consumo, a lo que probablemente se una la crisis económica en el momento de imponerse la obligación legal de contratación del seguro en la Ley de Arbitraje, se haya considerado innecesaria la asunción por las Administraciones del coste del aseguramiento de la responsabilidad civil de los árbitros que actúan en arbitrajes por ella administrados<sup>345</sup>,

---

<sup>342</sup> Da cuenta de las incertidumbres jurídicas en relación con la admisibilidad del contrato de seguro en el que participe una Administración Pública incluyendo las posiciones doctrinales minoritarias contraria al aseguramiento de la Administración: HUERGO LORA, *El seguro*, pp.65-86.

La cuestión de si la Administración podía concertar contratos de seguro vino provocada por una Resolución de la Dirección General de Seguros (DGS) de 26 junio 1996, que negó la posibilidad de que las Administraciones Públicas pudieran celebrar contratos de seguro. Sin embargo esta es una posición que ha sido muy criticada y desde luego no seguida por el mercado asegurador. Vid. Los comentarios al respecto, entre otros, María Jesús MONTORO CHINER/María Concepción HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Barcelona: Atelier, 2002, pp.51 y ss, y Anexo, pp.120-125 donde aparece reproducido el texto de la Resolución; HUERGO LORA, *El seguro*, pp.65-67; y ARQUILLO COLET, pp.41-43.

<sup>343</sup> ARQUILLO COLET, p.25 considerando que hoy la contratación de seguros por la Administración es la regla general. Id., p.33 en relación con los SRC para dar cobertura a actividades de riesgo. Si bien la autora resalta (p.67) que la contratación de pólizas de seguros por la Administración General del Estado es escasa debido a la solvencia de la Administración, las dificultades de aseguramiento por el gran volumen de actividad e incluso la imposibilidad de asegurar determinados riesgos, aunque sí se recurre al seguro en sectores muy concretos.

<sup>344</sup> HUERGO LORA, pp.61 y ss; y ARQUILLO COLET, pp.67 y ss.

<sup>345</sup> Referencias al auge del seguro en la Administración pueden verse en: HUERGO LORA, pp.79 y ss; y ARQUILLO COLET, pp.30 y ss. Han sido los ámbitos sanitarios y de la responsabilidad de la Administración en los que con mayor intensidad se han dejado sentir el incremento de la litigiosidad y así ambos autores prestan especial atención a ambos en sus monografías.

En este sentido, como se ha indicado oportunamente, en relación con el seguro arbitral en general: "The fact that mediation and arbitration are considered relatively low-risk insurance activity does not in any fashion negate the necessity of insurance nor does it suggest that it should be overlooked": David I BRISTOW/ Jesmond PARKE, *The gathering storm of mediator & arbitrator liability*. *Dispute Resolution Journal*, Aug-Oct 2000, vol.55, nº3, p.23.

máxime cuando los sujetos que tiene la condición de árbitros no son, por regla general, personal funcionario que trabaja para la Administración por lo que a ellos se aplica la obligación legal.

Efectivamente aunque en el plano arbitral existe una acción directa del perjudicado frente a la institución administradora (art. 21.1 LA), ésta lo es con carácter potestativo y no obligatorio. De este modo, existen notables diferencias frente a la responsabilidad de la Administración por las actuaciones de su personal particularmente tras las reformas introducidas en los años 90 en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por las que el perjudicado no puede dirigir su acción directamente contra el personal de la Administración sino contra la Administración misma, a excepción de la responsabilidad penal o de la responsabilidad puramente personal del funcionario<sup>346</sup>. No extraña, en consecuencia, que en la actualidad la contratación de SRC por parte de las Administraciones cubra su responsabilidad tanto directa como subsidiaria y que el personal de la Administración pública tenga la condición de asegurado en la póliza<sup>347</sup>.

Otro factor a considerar en la excepción que estamos comentando y que deriva tanto de la comparativa recién realizada como de la ratio de la excepción en la contratación del SRC obligatorio, reside en que la contratación obligatoria del seguro por los árbitros beneficia de forma indirecta a la Administración sin necesidad de que ella tenga que sufragar el coste del seguro. Esta técnica, aunque salvando las distancias pues se produce en un mero plano contractual, relativa a la imposición obligatoria del seguro, no resulta desconocida en el ámbito de la contratación administrativa en atención al régimen de responsabilidad previsto en el art.198 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)<sup>348</sup>, por lo que la Administración puede exigir en el pliego de condiciones al contratista la cobertura de la responsabilidad tanto del contratista como la de la Administración frente a los daños que se produzcan a terceros mediante la imposición de la contratación de un SRC<sup>349</sup>.

En el caso del seguro arbitral, la contratación del seguro por los árbitros beneficia de forma indirecta a la institución administradora que tiene el carácter de Administración

---

<sup>346</sup> ARQUILLO COLET, p.63; y HUERGO LORA, El seguro, p.33. El tenor literal del art.145.1 Ley 30/1992 es bastante claro: "(...) los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio". Luego, conforme a la Ley 30/1992, la Administración responde directamente y de forma objetiva frente al perjudicado, sin perjuicio de la obligación de ésta de la exigencia de la responsabilidad al funcionario cuando hubiera indemnizado a los lesionados. Ahora bien, nótese que al responder los funcionarios únicamente en los casos de dolo, culpa o negligencia graves (art.145.2 Ley 30/1992) existe un ámbito de responsabilidad de los funcionarios el de la simple culpa o negligencia, de la cual no se obligan a responder ellos mismos en vía de regreso, y de la que responde en todo caso la Administración por lo que ésta deberá cerciorarse de que la póliza de SRC cubre todos sus posibles ámbitos de responsabilidad.

<sup>347</sup> HUERGO LORA, El seguro, p.34.

<sup>348</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE de 16 de noviembre de 2011, núm. 276).

<sup>349</sup> Vid. HUERGO LORA, El seguro, pp.56 y ss.

puesto que ésta tiene una acción de resarcimiento frente a los árbitros por lo que aunque haya pagado la indemnización frente al perjudicado por virtud de la acción directa del art. 21.1 LA, ésta contará siempre con la garantía que le ofrece la suscripción obligatoria del seguro por parte del árbitro.

## **VI. LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR UN SRC ÚNICAMENTE EN EL CASO DE ARBITRAJES CON SEDE EN ESPAÑA**

La obligación de la contratación de un SRC surge en todas aquellas circunstancias en que la Ley 60/2003 de Arbitraje resulte de aplicación. Por lo tanto, la obligación de contratación del seguro nace con independencia del tipo de arbitraje (administrado o *ad hoc*) y, por supuesto, con independencia de si el arbitraje es de derecho o de equidad, nacional o internacional.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que la Ley de Arbitraje es una Ley general no cualificada por su ámbito material, aunque su ámbito de aplicación natural es el derecho privado, civil y sobre todo mercantil. Funciona además como una ley supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes (art. 1.3 LA), por lo que, salvo que en éstas se disponga otra cosa, la contratación del seguro obligatorio también se aplica en estos casos. Se exceptúan expresamente los arbitrajes laborales (art. 1.4 LA) que quedan consecuentemente fuera del ámbito de aplicación de la LA.

Precisamente las pólizas de seguro responden a esta lógica consideración y así al extender la póliza de RC de los abogados a la RC como árbitro se hace en relación con los procedimientos regulados por la Ley de Arbitraje<sup>350</sup>.

A continuación, examinaremos con mayor detalle el ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje en sus aspectos territorial y objetivo destacando algunos problemas de interpretación que podrían solventarse en el desarrollo reglamentario.

### **6.1. Arbitrajes con sede en España**

La obligación de los árbitros surge en el caso de arbitrajes con sede en España, ya sean nacionales o internacionales, y no cuando se trate de arbitrajes con sede en otro país pues en este caso será dicha normativa la que resulte de aplicación como *lex arbitri*.

Resulta controvertido en la doctrina del arbitraje internacional la determinación del derecho aplicable a la responsabilidad de los árbitros y en general en relación con el es-

---

<sup>350</sup> Así se establece, por ejemplo, en la Póliza de MAPFRE: “Queda amparada la responsabilidad civil del asegurado derivada de su actividad como árbitro, en los procedimientos de arbitraje regulados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”.

tatuto personal del árbitro al manejarse diferentes criterios: la ley personal del árbitro, la ley aplicable al contrato, la ley aplicable al procedimiento arbitral, etc. La respuesta puede ser diferente dependiendo de si el arbitraje es institucional o *ad hoc*. Así se ha sugerido que en el arbitraje *ad hoc*, el derecho aplicable será el de la sede del arbitraje, pero en el caso del arbitraje institucional ha de ser la sede de la institución porque los deberes y prerrogativas de los árbitros vendrán determinados en gran medida por los reglamentos institucionales<sup>351</sup>.

A nuestro juicio esta última posición debe descartarse pues supone privilegiar un elemento accidental al arbitraje, como es la sede de la institución administradora frente a la *lex arbitri* seleccionada por las partes. Igualmente debe descartarse la aplicación de la ley personal del árbitro, que presenta serios problemas, entre otros, cuando se trata de tribunales arbitrales en los que los árbitros tienen diferentes nacionalidades. Por último, la aplicación de la ley aplicable al contrato, esto es, al contrato que rige entre las partes y el árbitro tampoco resulta de ayuda, pues podríamos encontrarnos con diferentes leyes aplicables en el caso de pluralidad de árbitros y sobre todo porque la cuestión de la responsabilidad y obligación de aseguramiento se enlaza con las obligaciones y deberes de los árbitros durante el procedimiento arbitral por lo que resulta aconsejable que sea la *lex arbitri*, esto es, la ley de arbitraje determinada conforme al lugar del arbitraje la que regule esta cuestión. Se facilita así que la responsabilidad de los árbitros se regule de forma unitaria y coherente por la *lex arbitri*. Ley que puede imponer, como hace el art. 21 LA, la obligación de contratar un SRC<sup>352</sup>.

En este sentido, el art.1.1 de la LA es muy claro al establecer el ámbito de aplicación de la Ley a los “arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional”. Conviene, pues, no confundir ambos extremos, pues una cuestión es la relativa al ámbito de aplicación normativo de la Ley de Arbitraje y otra la de distinguir el carácter nacional o internacional del arbitraje al objeto de aplicar determinadas normas específicas al segundo entre las que no se encuentra, por cierto, la obligación de contratación del SRC<sup>353</sup>. Por lo demás, tampoco ha previsto el legislador el alcance extraterritorial de la obligación legal de contratación de un seguro

---

<sup>351</sup> Así a favor de esta posibilidad: GAILLARD/SAVAGE, nº1011.

<sup>352</sup> Sin embargo, la cuestión se torna compleja cuando la *lex arbitri* guarda silencio al poder ser diferentes los criterios de conexión a aplicar.

<sup>353</sup> El artículo 3 LA se encarga de establecer cuando el arbitraje se considera internacional a los efectos de la Ley de Arbitraje utilizando un criterio muy amplio, basado en gran parte en la Ley Modelo de la CNUDMI. Se notará que la Ley española es una ley monista en el sentido que no dispone de un doble régimen jurídico dependiendo del carácter nacional o internacional del arbitraje, sino que el régimen es unitario y únicamente existen algunas normas especiales. Esta extensión en relación con el alcance aplicativo del modelo de la CNUDMI, nacido con clara vocación de aplicación al arbitraje comercial internacional, no es una peculiaridad española sino que aproximadamente la mitad de las legislaciones basadas en la Ley Modelo han seguido este enfoque, como pone de relieve: BINDER, nº1-029.

o garantía equivalente como sí ha hecho, por el contrario, con otros preceptos de la Ley de Arbitraje<sup>354</sup>.

Efectivamente, y en relación con el SRC obligatorio de lo que se trata es de determinar las situaciones en las que dicha obligación es exigible a los árbitros, lo cual lógicamente está en íntima conexión con el ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje y ésta viene dada por el criterio generalmente seguido en el arbitraje de aplicar la teoría de la sede o lugar del arbitraje. En consecuencia, si el lugar del arbitraje es España, los árbitros tienen la obligación legal de contratar un SRC, aunque el arbitraje sea internacional, y ello por supuesto con independencia de la nacionalidad del árbitro.

## 6.2. Implicaciones legales en relación con el lugar del arbitraje

El lugar del arbitraje es un concepto legal y no necesariamente físico, que podrá coincidir o no con el lugar donde las audiencias previas, audiencias sobre el fondo, o la inspección de los bienes tengan lugar<sup>355</sup>. Efectivamente, en la moderna teoría del arbitraje, sobre todo en el ámbito internacional, el lugar del arbitraje es un lugar escogido por meras razones de conveniencia judicial<sup>356</sup> o legal, como un lugar ficticio, o como un lugar de conexión que juega una función formal. No en vano es tradicional en el arbitraje la consideración de que los árbitros carecen de foro.

Como tal concepto legal es importante para determinar el lugar donde se tendrá dictado el laudo (art.36.5 LA), y en consecuencia un concepto clave en relación a la nacionalidad del laudo y por ende importante de cara al procedimiento de exequátur<sup>357</sup>; la naturaleza del arbitraje: nacional o internacional (Art.3.1.b LA); la ley aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri*)<sup>358</sup>; y en relación con la determinación del tribunal competente para la anulación del laudo. También podrá ser relevante en relación con la determinación del derecho sustantivo o material aplicable a la disputa y los tribunales que prestarán asistencia y supervisión al tribunal arbitral<sup>359</sup>.

---

<sup>354</sup> Singularmente las mencionadas en el art.1.2 de la Ley de Arbitraje que son disposiciones que tienen un alcance extraterritorial y que se aplican aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España. Esta disposición ha sido redactada siguiendo al art.1.2 LMA.

<sup>355</sup> Posición unánime en la doctrina: LEW/MISTELIS/KRÖLL, nº21-59. Y en las Leyes de arbitraje modernas por influjo del art.20.2 LMA. Sobre estas cuestiones, véase con ulteriores citas: Pilar PERALES VISCASILLAS, Place of Arbitration (Article 16) and Language of Proceedings (Article 17) in the UNCITRAL Arbitration Rules: some Proposals for a Revision. Croatian Arbitration Yearbook, 2006, vol.13, pp.205-222.

<sup>356</sup> Tal y como se indica en la section 3 de la English Arbitration Act (1996): “*In this Part “the seat of arbitration” means the juridical seat of the arbitration (...)*”, y art.16.1 LCIA: “*The parties may agree in writing the seat (or legal place) of their arbitration*”.

<sup>357</sup> Vid. art.V.1 e) NYC; art. IX de la Convención de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional y art. 1.2º LMA.

<sup>358</sup> Vid. Art.V.1.d) NYC, y art.1.2 LMA.

<sup>359</sup> Vid. También: Ramón MULLERAT, The seat of arbitration. What makes an arbitration seat a good international seat. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.250-251.

En lo que ahora nos interesa, resaltar que el lugar del arbitraje determina la aplicación de la Ley española de arbitraje como *lex arbitri* si dicho lugar está en territorio español y, en consecuencia, la obligación del árbitro de contratar un SRC aunque se trate de un arbitraje internacional.

### **6.3. La determinación del lugar del arbitraje y su relación con la obligación legal de contratar un SRC**

El criterio de la sede o lugar del arbitraje es, por lo demás, un criterio que introduce certidumbre jurídica en relación con la obligación legal de la contratación de un SRC pues es fácil y sencillo de determinar. Aunque no podemos dejar de apuntar la existencia de teorías que abogan por desvincular al arbitraje internacional de toda ley nacional (*anational, delocalized or floating arbitration*), aunque nótese sería dependiente de la Ley nacional en relación con el reconocimiento y ejecución del laudo, de momento la doctrina que prevalece en el arbitraje comercial internacional es la de conectar el lugar del arbitraje con la ley aplicable al procedimiento arbitral.

La determinación del lugar o sede del arbitraje (referencia jurídica) corresponde *prima facie* a la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Así lo reconoce claramente el art.26.1 LA estipulando que “las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje”<sup>360</sup>. A falta de tal acuerdo, el art.26.1 LA estipula que el lugar “lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”, siendo ésta la práctica habitual en el arbitraje internacional a nivel legal<sup>361</sup>, aunque no tanto a nivel de reglamentos institucionales donde la respuesta es diferente dependiendo del reglamento.

Los operadores jurídicos han advertido cada vez más la importancia de acordar en el convenio arbitral el lugar del arbitraje ya que es una de las disposiciones importantes que debe existir en todo convenio arbitral<sup>362</sup>, aunque, como se ha indicado, no es un elemento esencial y por ello la Ley de Arbitraje o, en su caso, los reglamentos aplicables cubren la omisión del acuerdo de las partes. Los Reglamentos de Arbitraje advierten de la importancia del lugar o sede del arbitraje estipulando como uno de los elementos opcionales a incluir en la cláusula modelo el relativo al lugar del arbitraje (ciudad o país).

---

<sup>360</sup> No obstante, en ciertas modalidades de arbitraje se limita la autonomía de la voluntad de las partes. Así por ejemplo, en las Reglas de Rotterdam, es decir, en el Convenio de la CNUDMI de 2008 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, El Arbitraje en las Reglas de Rotterdam. En Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional. Directores: Rafael Illescas Ortiz y Manuel Alba Fernández. Madrid: Civitas, Thomson-Reuters y Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp.440-495.

<sup>361</sup> Así se entiende como regla general en las leyes de arbitraje: art. 20.1 MAL, art.26.1 LA, y sección 1043(1) CC Procesal Alemán.

<sup>362</sup> La doctrina considera que es un elemento clave en toda cláusula arbitral: LEW/MISTELIS/KRÖLL, n°8-24.

La elección de la sede debe realizarse con sumo cuidado existiendo diversos factores que las partes toman en consideración a la hora de elegir un lugar. En relación con el SRC obligatorio se trata de un factor de clara atracción para España de arbitrajes internacionales. En este sentido, y aunque ciertamente puedan discutirse los efectos que una obligación como la que analizamos pueda tener en los usuarios del arbitraje, lo cierto es que el legislador español ha considerado que una forma de dotar de seguridad, certeza y atracción a los arbitrajes con sede en España es la de exigir un seguro obligatorio a los árbitros que cubran los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de su actuación en un procedimiento arbitral.

Cuestión distinta es la de determinar si la obligación legal de contratar un SRC podría negativamente influenciar a los árbitros al tomar esta decisión en defecto de acuerdo entre las partes. Lo primero que debe indicarse es que en un altísimo<sup>363</sup> porcentaje son las partes las que acuerdan el lugar o sede del arbitraje, lo que en el caso de resultar una sede en España produce como efecto en el caso de SRC obligatorios la limitación para elegir el derecho aplicable al contrato de seguro<sup>364</sup>. Sólo supletoriamente, conforme a la Ley de Arbitraje, serán los árbitros los encargados de adoptar la decisión en torno a la sede. No se trata de una cuestión que sea enteramente discrecional para los árbitros pues la Ley de Arbitraje exige que su determinación venga dada por las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes (art.26.1 LA). Si bien los criterios son amplios y flexibles<sup>365</sup>, sin duda, entre los elementos a considerar no se encuentra

---

<sup>363</sup> Vid. International Arbitration Survey (2010), Choices in International Arbitration, disponible en: [http://www.arbitrationonline.org/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf).

<sup>364</sup> Vid. Art.107.1 b) LCS. En relación con instituciones arbitrales con sede en España: art.107.1 a) LCS, que se refiere a los contratos de seguro que cubren riesgos localizados en España celebrados por un tomador con residencia habitual en dicho país. Por lo que se refiere a los problemas de interpretación que presentan, véase: Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, La determinación del derecho aplicable al contrato internacional de seguro. RES, 1997, nº90, pp.32 y ss. En relación con la normativa comunitaria sobre la ley aplicable: Fernando SÁNCHEZ CALERO, Consideraciones preliminares sobre el régimen comunitario de los contratos de seguro. RES, 2009, nº140, pp.567-576; y Víctor FUENTES CAMACHO, Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I. RES, 2009, nº140, pp.617-634.

Resultan relevantes en esta materia el Artículo 18 (Acción directa contra el asegurador del responsable): "La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro". Reglamento (CE) N°864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). DO L 199, 31.7.2007. Y artículo 7 del Reglamento (CE) N°593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DO L 177, 4.7.2008.

<sup>365</sup> La doctrina considera una amplia gama de circunstancias que podrán ser tomadas en consideración por los árbitros tanto de tipo legal –país que haya ratificado el CNY y que cuente con una jurisprudencia por arbitraje- como extra legales –buena comunicación, país estable, etc., aunque sin que se haga mención a exigencias legales impuestas a los árbitros. Vid. LEW/MISTELIS/KRÖLL, nº8-25; Fernando MANTILLA-SERRANO, Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional. Madrid: Iustel, 2005, pp.159-160; Mark HULEATT-JAMES/Nicholas GOULD, International Commercial Arbitration. A Handbook. London/Hong Kong: LLP, 1999, pp.34-35; Alan REDFERN/Martin HUNTER with Nigel BLACKABY/Constantine PARTASIDES, Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet and Maxwell, 2004, nº3-51, 6-12-

la conveniencia de los árbitros, por lo que a los efectos de elegir un lugar o sede, la exigencia de contratación de un SRC o garantía equivalente debería descartarse completamente.

#### **6.4. Arbitrajes administrados por instituciones que no tienen sede en España**

A nuestro juicio, la determinación del obligado legalmente a la contratación del SRC presenta algunos problemas en el caso de arbitrajes internacionales administrados por instituciones arbitrales extranjeras, por ejemplo: un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) con sede en Madrid, donde se presenta la duda de si dichas instituciones deben estar obligadas a la contratación de un SRC máxime cuando no tienen su sede en nuestro país, y la designación del lugar del arbitraje no depende de dichas instituciones sino que se sujeta, en la mayor parte de las situaciones, al propio acuerdo de las partes.

No se trata aquí de dilucidar si dichas instituciones pueden incurrir en responsabilidad y si esta se regirá por el art. 21.1 LA porque claramente la respuesta es afirmativa, sino de si conviene mantener la obligación para la institución administradora con sede fuera de España de contratar un SRC. Recordar que el obligado a la contratación del SRC es el árbitro –aunque la Ley traslada la obligación a la institución administradora– y que el propósito que persigue la Ley de Arbitraje de fomentar que España sea definitivamente sede de arbitrajes internacionales podría verse seriamente perjudicado de entenderse que las instituciones administradoras extranjeras están sujetas a dicho requisito, ya que podría producir como efecto que se desaconsejaran sedes españolas o que no se elijan por la propia institución si dispone de dicho poder<sup>366</sup>.

En este sentido, entendemos que en el desarrollo reglamentario podría aclararse esta cuestión y, en nuestra opinión, en arbitrajes institucionales internacionales administrados por instituciones que no tienen sede en España deberían ser los propios árbitros los que tendrán que contratar dicho seguro o garantía equivalente. No debe, en este sentido, olvidarse que los árbitros cuando aceptan el arbitraje se someten también a la *lex arbitri*.

---

16. En relación con la práctica de la ICC: DERAIS/SCHWARTZ, pp.202-204, señalando que la lista de criterios para que el tribunal arbitral pueda determinar el lugar es muy amplia.

<sup>366</sup> Parece entender que sí se aplicara la obligación de contratar un SRC: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.300, aunque crítico con la regulación: “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 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”.

## VII. EL ASEGURADO EN EL SRC OBLIGATORIO

El estudio realizado en los apartados anteriores ha permitido discriminar al sujeto obligado legalmente a la contratación de un SRC y por lo tanto la persona que bajo el contrato de seguro ostentará la posición de tomador. Así, cuando el árbitro es el sujeto obligado por la Ley a la contratación del SRC es lógico que contrate el seguro por cuenta propia y en su propio beneficio, esto es, como asegurado.

Además, y derivado de la obligación legal que recae sobre las instituciones administradoras sabemos que el asegurado será el árbitro puesto que el SRC que contraten las instituciones ha de serlo por cuenta ajena.

El análisis de las pólizas evidencia que efectivamente las instituciones administradoras contratan el SRC figurando como asegurados los árbitros. En alguna ocasión, ello se realiza claramente nombrando expresamente al árbitro entre los sujetos asegurados<sup>367</sup>, lo que desde nuestro punto de vista es un acierto al eliminar posibles incertidumbres derivadas de la interpretación de clausulados estándar como se verá a continuación.

Efectivamente, en otras pólizas, se recurre a formulaciones más genéricas de las que no resulta tan clara la cobertura de los árbitros y que podrían prestarse a discusión, como sucede cuando se indica que será asegurado: “cualquier persona que desarrolle actividades en relación de dependencia con **usted**, que tenga naturaleza laboral o de prestación temporal de servicios, así como cualquier contratista y/o subcontratista, pero siempre y cuando actúe bajo la supervisión de **usted**” (subrayado nuestro).

Aunque podemos considerar que el árbitro presta una prestación temporal de un servicio, en modo alguno podemos entender que dicha prestación se realiza en relación de dependencia con la institución administradora del arbitraje. Y no tanto porque la Ley de Arbitraje establezca que el árbitro es independiente e imparcial, puesto que ello se predica en relación con las partes del arbitraje, sino porque no existe dependencia ni en el sentido jurídico ni en el sentido vulgar del término. Además al aparecer en la misma cláusula sujetos (contratistas y subcontratistas) que nada tienen que ver con la figura de los árbitros se enturbia la interpretación del precepto y la cuestión de si los árbitros quedan amparados por el SRC contratado por la institución administradora.

---

<sup>367</sup> Por ejemplo en la póliza contratada por un centro arbitral en nuestro país se indica que quedan cubiertas: “Las garantías de riesgo comprenden la Responsabilidad Civil del Asegurado por daños y perjuicios causados a sus clientes, derivadas de la Responsabilidad Civil prevista por el Artículo 21 de la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje, que pueda derivarse de lo daños y perjuicios patrimoniales que puedan causar involuntariamente la Corte de Arbitraje, sus empleados, los miembros de la misma, o los árbitros, como motivo de la actividad consistente en la administración de los arbitrajes, por la Corte de Arbitraje, o por los árbitros que resuelven los mismos, de acuerdo con las normas legales reguladoras de los arbitrajes y las aprobadas por la Legislación vigente al respecto”.

En la póliza del ICAM si bien se menciona la actividad arbitral, debe notarse que la póliza sólo cubre a los abogados en ejercicio, lo que presenta una cierta incongruencia con las condiciones para ser árbitro (véase *supra* apartado 2.2).

Pese a las dificultades de interpretación reseñadas, en nuestra opinión, una interpretación sistemática de la indicada cláusula, en la que también aparecen como asegurados los empleados de la institución arbitral, debe en buena lógica concluir en la inclusión también de los árbitros como asegurados.

Otras pólizas son también problemáticas al realizar descripciones genéricas del asegurado, por ejemplo, cuando se define a los asegurados como “las personas físicas que, bien en nombre propio o como legal representante de una persona jurídica, ostente, durante la vigencia de la póliza, la condición de miembro, empleado o colaborador de la Corte (...) en el desempeño de su cargo y ejercicio de sus funciones o de su actividad por cuenta de la Entidad tomadora del seguro”. En este caso, no obstante, pudiera entenderse que los árbitros entran bajo la dicción de “colaborador de la Corte”.

## **VIII. EL SRC VOLUNTARIO: LA INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA COMO TOMADORA Y ASEGURADA**

Según la interpretación que mantenemos bajo el nuevo art. 21.1 2º inciso LA resultan obligados a la contratación del seguro de responsabilidad civil los árbitros en el caso de arbitrajes *ad hoc* y las instituciones arbitrales en su nombre en los casos de arbitrajes administrados. Obligación que surge con independencia del tipo de arbitraje, derecho o equidad, o de su carácter nacional o internacional. La obligación de los árbitros surge en el caso de arbitrajes con sede en España, y no cuando se trate de arbitrajes con sede en otro país pues en este caso será dicha normativa la que resulte de aplicación como *lex arbitri*.

Además, según hemos indicado, las instituciones arbitrales no tendrían obligación de contratar un seguro en los arbitrajes *ad hoc* en los que intervienen como autoridad nominadora, aunque pueden incurrir en responsabilidad contractual. Al mismo tiempo y por imperativo legal no tienen obligación de contratar un seguro a nombre de los árbitros las Entidades Públicas ni los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.

De acuerdo con la obligación legal que estamos analizando, si bien el tomador variara dependiendo del sujeto obligado a la contratación del seguro, el asegurado será siempre y como mínimo el árbitro.

La obligación de contratación del seguro y de ahí las personas que resulten aseguradas no está, sin embargo, en perfecta correspondencia con la regla de responsabilidad que se recoge en el art. 21.1 LA. Este precepto establece la responsabilidad civil tanto de los árbitros como de las instituciones arbitrales. Particularmente en el caso de las instituciones administradoras dicha responsabilidad les alcanza en relación con los daños y perjuicios que causaren por incumplir su obligación de cumplimiento fiel del encargo. Se trata, por lo tanto, de una responsabilidad propia derivada de la aceptación de la

administración de un procedimiento arbitral o derivada de la aceptación del encargo de servir como autoridad nominadora en un arbitraje *ad hoc*. Responsabilidad legal en la que incurre la institución pero que, a diferencia de lo que sucede con los árbitros, no está sometida a la obligatoria contratación de un seguro.

Del mismo modo tampoco existe dicha correspondencia entre la contratación obligatoria del seguro y la responsabilidad legal en los casos de arbitrajes administrados cuando el perjudicado entabla la acción directa frente a la institución administradora puesto que en este caso y en aplicación estricta de la obligación legal el asegurado será el árbitro y no la institución administradora.

Una simple constatación lógica lleva a concluir que las instituciones arbitrales tienen un interés principal en la contratación de un seguro que cubra la responsabilidad de los árbitros y que, al mismo tiempo, cubra su propia responsabilidad. Constatación que es fácil de observar en cuanto se considera que, en ocasiones, resultara difícil separar responsabilidades cuando exista una conexión entre la responsabilidad de la institución por la elección de un árbitro y la actuación de éste, o cuando se dé un supuesto de responsabilidad conjunta.

Las pólizas de las instituciones administradoras de arbitraje que hemos tenido ocasión de examinar responden precisamente a dicha consideración, de tal forma que, como no podía ser de otra manera, las pólizas no discriminan entre el SRC obligatorio y el voluntario sino que en una única póliza se asegura a la institución administradora figurando tanto ella como los árbitros en concepto de asegurados.

Mención especial, aunque breve, merece la hipotética contratación voluntaria de un SRC por parte de las entidades exceptuadas de la contratación obligatoria del seguro, esto es, las Entidades Públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas. En este caso, nos movemos en el plano de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y de la gestión de los riesgos de responsabilidad patrimonial en el que la Administración figurará como tomadora y asegurada en el SRC, aunque lógicamente el SRC voluntario debería cubrir a otros sujetos y muy particularmente al personal al servicio de la institución, a los que podrían sumarse los árbitros que presten sus servicios bajo dichas instituciones.

El contrato de seguro de responsabilidad civil que pueda contratar una Administración Pública es un contrato de naturaleza privada por lo que en relación con sus efectos, cumplimiento y extinción sería competente el orden civil. Este carácter privado del contrato de seguro ha intentado ser rebatido por un sector doctrinal que ha considerado, sin embargo, que estamos en presencia de un contrato de naturaleza pública<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> Sobre la naturaleza jurídica del contrato de SRC de las Administraciones Públicas con anterioridad a la vigente normativa del TRLCSP, véase: HUERGO LORA, El seguro, pp.87-96, y pp.101-136, en relación con la regulación del contrato de seguro.

No obstante dicha posición tiene que ser rebatida. El art.18 TRLCSP considera que los contratos del sector público pueden ser de dos tipos: administrativos y privados. Generalmente los contratos administrativos son aquellos que celebra una Administración Pública, mientras que los contratos privados son aquellos que celebran otros entes que no tienen el concepto de Administración Pública (arts.19 y 20 TRLCSP). Sin embargo, existen algunas excepciones, notablemente los contratos de seguro que son conceptuados como contratos privados aunque los celebre una Administración Pública. En este sentido el artículo 20 TRLCSP (*Contratos privados*) establece en su párrafo 1º que: “Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II”; categoría en la que se incluyen los contratos de servicios de seguros. En consecuencia, conforme al TRLCSP, los contratos de seguro celebrados con una Administración son contratos privados.

Sin entrar en la regulación jurídica del contrato de seguro voluntario que celebren las Administraciones Públicas<sup>369</sup> que ejerzan funciones administradoras de arbitrajes, debe notarse, sin embargo, una cierta incongruencia en esta materia, puesto que su naturaleza como contratos privados no implica inmediata o automáticamente que puedan ser sometidos a arbitraje o a un procedimiento de mediación, o que el orden jurisdiccional civil sea competente en todo caso.

Sea como fuere es muy posible que las Entidades Públicas y los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas no contraten voluntariamente SRC en el campo arbitral habida cuenta de la escasa probabilidad de que existan reclamaciones masivas, del estándar de responsabilidad aplicable tanto a los árbitros como a las instituciones que muy probablemente evita que el colectivo adscrito, en su caso, a dichas entidades públicas no ejerza presión a la Administración para la contratación de un seguro<sup>370</sup>, y de la muy probable pequeña entidad de las reclamaciones, pues estamos hablando en gran parte de reclamaciones que aunque de gran volumen son de pequeña cuantía como las que se dan en materia de arbitraje de consumo. Empero lo anterior, si hipotéticamente la Administración tuviera contratado un SRC general que cubriera las actuaciones jurídico privadas y públicas de la Administración y sus organismos dependientes, sería posible entender que dicho seguro

---

<sup>369</sup> Me remito a la doctrina administrativista que ha estudiado con mayor detalle el régimen jurídico del SRC celebrado por las Administraciones Públicas: HUERGO LORA, *El seguro*, pp.101-136; y ARQUILLO COLET, pp.92 y ss.

<sup>370</sup> Sí se ha considerado en otros ámbitos más potencialmente abiertos a las demandas de responsabilidad contra los funcionarios la presión colectiva de los mismos como un elemento que explica el auge de la contratación de SRC por parte de la Administración: véase por ejemplo: HUERGO LORA, *El seguro*, pp.30-34, destacando el paralelismo con el seguro de D&O, y pp.79-80 considerando los supuestos en los que será necesaria una habilitación legal para la contratación de estos SRC; y ARQUILLO COLET, p.94.

cubre también la responsabilidad que, en su caso, pudiera surgir de la administración de un arbitraje<sup>371</sup>.

## IX: OTROS POSIBLES ASEGURADOS

### 9.1. El seguro de los árbitros por cuenta propia (arbitrajes *ad hoc*): el secretario del tribunal arbitral y el personal dependiente del árbitro como asegurados

Cuando el árbitro es el sujeto obligado por la Ley a la contratación del SRC es lógico que contrate el seguro por cuenta propia y en su propio beneficio. Por regla general y al tratarse de una actuación personalísima del árbitro no será preciso extender la póliza para proteger a otras personas distintas del árbitro.

Sucede, sin embargo, que, en algunas ocasiones, los árbitros pueden estar asistidos por terceras personas. Se tratará generalmente del llamado “secretario” del tribunal arbitral o del árbitro único que tendrá un rol “oficial” en el procedimiento cuando las partes consientan en su intervención generalmente motivada por la alta complejidad y cuantía del asunto.

Aunque no existe un estatus legal (en la Ley de Arbitraje) ni tampoco generalmente reglamentaria (reglamentos de las instituciones administradoras) de la figura del secretario del tribunal arbitral<sup>372</sup>, se entiende que el secretario asiste a los árbitros en cuestiones administrativas –organizando las comunicaciones con las partes, organiza-

---

<sup>371</sup> Se trata de una posibilidad remota puesto que no están institucionalizadas pólizas de seguros específicas para cada uno de los tipos de Administraciones: ARQUILLO COLET, p.25, si bien más adelante (id., p.33) destaca que las Administraciones cada vez más contratan SRC que cubren riesgos más generales y por ello estima que gran parte de los daños derivados de la actuación pública son asumidos por compañías de seguros. No obstante la cuestión se complica por las incertidumbres de la redacción general de los clausulados como analiza posteriormente con más detenimiento la autora (id., pp.46 y ss).

<sup>372</sup> La LA (1988) sí se refería a la figura del secretario indicando en el artículo 20 que: “1. De acuerdo con las partes, los árbitros podrán nombrar un secretario. 2. En su defecto, los árbitros podrán elegir de entre ellos, si lo consideran conveniente, al que desempeñe las funciones de secretario, que en ningún caso deberá ser el presidente del colegio arbitral”.

Una visión de esta figura desde el plano internacional, que incluso ha recibido el nombre del “cuarto árbitro”: Constantine PARTASIDES, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration*. *Arbitration International*, 2002, vol.18, nº2, pp.147-161, considerando que el Secretario puede y debe asumir una función intermedia entre un mero asistente administrativo y un árbitro, y pp.162-163 donde se contienen la nota de la Secretaría de la CCI de 1 octubre 1995 sobre el nombramiento de secretarios en los tribunales arbitrales. En lo que ahora interesa destaca la exoneración total de responsabilidad de la Corte respecto de las funciones desplegadas por el Secretario y consecuente asunción total por parte del árbitro o del tribunal arbitral: “The Chairman of the arbitral tribunal or the sole arbitrator, as the case may be, bears full responsibility for the behaviour and activities of the administrative secretary, and the ICC Court cannot in any case be held responsible for the payment of such secretary’s social security charges or taxes of for other obligations or any errors committed by such person”.

ción del expediente arbitral, ayudando en la redacción de las órdenes procedimentales y similares-, sin que intervenga en relación con las decisiones sustantivas o sobre el fondo del asunto que corresponden en exclusiva a los árbitros.

El secretario del tribunal arbitral estará sujeto a algunos de los deberes inherentes a los árbitros, como la confidencialidad, y podría quedar sujeto a algún tipo de responsabilidad, por ejemplo, si se incumple el deber recién mencionado. Al mismo tiempo la práctica demuestra que el Secretario suele estar a cargo de la custodia del expediente arbitral y por lo tanto podría derivarse cierta responsabilidad por una negligente custodia del mismo. No resulta difícil pensar que el Secretario pueda perder o extraviar algún documento original proporcionado por las partes.

La responsabilidad legal del art. 21.1 LA claramente no alcanza al Secretario, pues legalmente sólo se imputa a los árbitros y a las instituciones arbitrales. Sin embargo, resulta claro que puede establecerse su responsabilidad por aplicación de las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico, lo que implica que responderá por su culpa o negligencia.

Las pólizas de responsabilidad profesional de abogado, que se extiendan también a los árbitros, no cubren la figura del Secretario ni de forma directa aun en la hipótesis de que el secretario fuera abogado ya que no realiza las funciones propias que se derivan del ejercicio de dicha profesión no apareciendo mencionado en las pólizas, ni de forma indirecta, ya que el secretario no es por regla general un dependiente del árbitro del que éste deba personalmente responder<sup>373</sup>, por lo que el Secretario en estas hipótesis no estaría cubierto bajo dichas pólizas. Cuestión distinta sería que el secretario fuera un empleado o dependiente del árbitro<sup>374</sup>. Residualmente podría entenderse que el

---

<sup>373</sup> Así tras haber examinado la póliza de responsabilidad civil profesional de abogado de MAPFRE llegamos a esta conclusión. Nótese que conforme a dicha póliza es objeto del seguro garantizar al asegurado el pago de las indemnizaciones pecuniarias de las que pueda resultar civilmente responsable por los perjuicios patrimoniales debidos a faltas o errores propios o cometidos por personas de las que deba legalmente responder.

<sup>374</sup> En la póliza de Mapfre de SRC abogado se incluyen “las reclamaciones por daños materiales, pérdida o extravío que puedan sufrir los expedientes o documentos que se encuentren en poder del asegurado para el desarrollo de la gestión encomendada”, pero se excluyen reclamaciones por “infidelidad de los propios empleados del Asegurado”. Exclusión que se da también en una de las pólizas contratadas por un importante centro arbitral.

Sin embargo, en alguna póliza contratada por una importante institución administradora en la sección “Lo que está cubierto” se refiere a la infidelidad de sus empleados: “Si durante el período de seguro, y en el desarrollo de su actividad profesional, usted sufriera una pérdida económica derivada de un acto deshonesto, doloso o fraudulento por parte de sus empleados o de cualquier persona o subcontratista contratado directamente por el asegurado y estando bajo su supervisión y siempre y cuando exista la manifiesta intención por parte de dichos empleados de causarle perjuicios a usted y de obtener un beneficio indebido para sí mismo con la excepción de salarios, remuneraciones, bonus o comisiones, nosotros le indemnizaremos respecto de dicha pérdida financiera sufrida hasta el sublímite indicado en las condiciones particulares”. Con detalle regula incluyendo esta cuestión la póliza MAPFRE del Consejo General del Notariado y la Póliza ESTRELLA Seguros también contratada por ella.

secretario queda cubierto en la póliza del ICAM en la medida en que se trate de una Licenciado en Derecho (entiéndase también una Graduado) que realice sus prácticas en el bufete asegurado (entiéndase con el árbitro), siempre y cuando no estén aún dados de alta en un Colegio de Abogados y hayan realizado la actividad objeto de reclamación bajo la supervisión de un Abogado asegurado.

Además de la figura del Secretario del Tribunal Arbitral, puede suceder que el árbitro, especialmente cuando se trata de árbitros que se dedican en exclusiva a la función de arbitrar -situación que por otra parte no es tan frecuente en la práctica-, tenga personal a su cargo cuyas funciones pueden variar y que de forma directa o indirecta se relacionaran con los procedimientos arbitrales: desde la realización de trabajos puramente administrativos o de secretariado, asistentes del árbitro, que sin asumir el rol "oficial" de secretario, funcionen en la práctica como tal. Este sería el caso de abogados jóvenes que asisten al árbitro en la redacción de las órdenes procedimentales, o tareas de investigación doctrinal y jurisprudencial. Estas personas no figuran oficialmente en el procedimiento arbitral y, sin embargo, pueden incurrir en responsabilidad, por ejemplo, si divulgaran información confidencial o en otras situaciones como la ya referida en relación con la custodia del expediente arbitral.

## **9.2. El seguro de los árbitros por cuenta ajena (arbitraje institucional): los representantes y los empleados de la institución administradora**

Según se ha observado, las instituciones administradoras tienen un interés principal en contratar un seguro voluntario que cubra su propia responsabilidad derivada de la aceptación de un arbitraje. Responsabilidad que se debe hacer extensiva a los órganos y personas que actúan por cuenta de la institución, por lo que los seguros deberían también cubrir a los representantes<sup>375</sup>.

La práctica efectivamente demuestra que se contratan pólizas que cubren no sólo a los árbitros, como por otra parte deriva de la obligación legal, sino además a ellas mismas como asegurados.

Si la institución administradora es una persona jurídica, la responsabilidad se imputará a su representante legal, que en el caso de una institución administradora será su Presidente o, en su caso, el Secretario de la Corte.

---

Como señala con acierto Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 52. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, p.941, el supuesto de infidelidad, que suele referirse a casos de robo o hurto, suele estar excluido de las pólizas pero puede ser objeto de cobertura mediante póliza especial. Particularmente, y aunque incluye dentro de la noción de seguros de crédito asume una posición autónoma: Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, Artículo 68. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, p.1211.

<sup>375</sup> No creemos necesario realizar una interpretación amplia de la norma para llegar a esta conclusión, como sí hace un sector de la doctrina. Vid. OLAVARRÍA IGLESIAS, Artículo 21, pp.950-951.

Por aplicación de las reglas propias de la responsabilidad civil, el representante legal de la persona jurídica será responsable, a su vez, de las personas que están a su cargo y bajo su responsabilidad. Lógicamente no todas las personas que trabajan o prestan servicios en una institución administradora de arbitraje quedan potencialmente sujetos a responsabilidad, sino únicamente aquellos que prestan funciones de relevancia en relación con un procedimiento arbitral.

Sin perjuicio de que no todas las instituciones administradoras funcionan del mismo modo, ni tienen la misma naturaleza jurídica, si tomamos como ejemplo a la CAM por tener entre sus funciones la de revisión del laudo (art.41 Reglamento CAM), nos encontramos que la Corte podrá funcionar en pleno o en comisiones (art.6.1 Estatuto CAM), y tendrá un Presidente y un Secretario General que es el Secretario general de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (art.5.2 y 5.3 del Estatuto CAM).

Las personas que intervienen en el arbitraje y cuya actuación puede tener cierto impacto o importancia en un arbitraje son<sup>376</sup>:

1. Comisión de designación de árbitros: presidida por el Presidente de la Corte y encargada de la designación de los árbitros (art.11 del Estatuto CAM).
2. Letrado encargado del asunto que impulsa la administración de los procedimientos arbitrales (art.6.4 del Estatuto CAM) Normalmente se encarga de la revisión formal del laudo y de asistir a las partes y a los árbitros en cuestiones jurídicas relacionadas con el procedimiento arbitral.
3. El administrador encargado del procedimiento arbitral

Sobre la base de la lista de las personas mencionadas se trata ahora de examinar las pólizas contratadas por las instituciones de arbitraje y determinar en qué medida esos sujetos quedan cubiertos. El examen de dichas pólizas revela que la figura del asegurado no se circunscribe a la persona del tomador del seguro sino que además de la propia institución otros sujetos aparecen como asegurados, principalmente otros “representantes” y empleados de la institución administradora.

Aquí nuevamente conviene diferenciar entre aquellas pólizas que expresamente mencionan a los asegurados utilizando la nomenclatura propia del arbitraje donde se establece una relación más precisa y estricta en relación con los concretos asegurados (además de las Cortes de Arbitraje, sus tribunales de arbitraje y los árbitros), “las personas que trabajan en el mismo y los Órganos de Gobierno de dichos Tribunales de Arbitraje”<sup>377</sup>. De este modo, a nuestro juicio, quedan amparados por la póliza tanto los

---

<sup>376</sup> El art.6.4 del Estatuto CAM establece que: “La Corte contará con los medios materiales y humanos necesarios para asegurar su buen funcionamiento. En particular, podrá contar con un Letrado Jefe y con uno o más letrados de la Corte, que impulsen la administración de los procedimientos arbitrales y contribuyan al desarrollo de los proyectos propios de la Corte”.

<sup>377</sup> La cláusula expresamente indica que son asegurados: “Cada una de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio que se adhiera a esta PÓLIZA colectiva, sus Tribunales de Arbitraje, las personas que

empleados de la institución (los letrados y el administrador, por ejemplo, que estén relacionados con un concreto arbitraje) como los órganos de gobierno, lo que puede entenderse referido a los diversos cargos institucionales como el Secretario de la Corte de Arbitraje, así como a las personas que forman parte de comisiones especiales concernidas con un arbitraje específico y que no prestan necesariamente una relación laboral. Aunque no se menciona expresamente al Secretario del Tribunal Arbitral, podría entenderse que queda también cubierto en la expresión “las personas que trabajan en el mismo”.

Por su parte, las pólizas estándar contratadas por algunas instituciones administradoras se refieren de forma amplia como asegurados a diversos sujetos y en lo que ahora nos interesa:

- “Cualquier empleado (personal en plantilla) actual o pasado, siempre y cuando preste sus servicios profesionales en representación de usted<sup>378</sup>.
- Los miembros del Consejo de Administración, los directivos, siempre y cuando actúen por cuenta o representación del mismo, en el ejercicio de su actividad profesional determinada en las condiciones particulares de la póliza.
- Cualquier persona que desarrolle actividades en relación de dependencia con usted, que tenga naturaleza laboral o de prestación temporal de servicios, así como cualquier contratista y/o subcontratista, pero siempre y cuando actúe bajo la supervisión de usted”<sup>379</sup>.

---

trabajan en el mismo, los Árbitros, y los Órganos de Gobierno de dichos Tribunales de Arbitraje, con emisión de Certificado de Seguro extendido por el ASEGURADOR a tal efecto”.

O como se indica en otras dos pólizas contratadas por instituciones administradoras: son asegurados “las personas físicas que, bien en nombre propio o como legal representante de una persona jurídica, ostente, durante la vigencia de la póliza, la condición de miembro, empleado o colaborador de la Corte (...) en el desempeño de su cargo y ejercicio de sus funciones o de su actividad por cuenta de la entidad tomadora del seguro”; o donde queda cubierta la “responsabilidad Civil prevista por el Artículo 21 de la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje, que pueda derivarse de los daños y perjuicios patrimoniales que puedan causar involuntariamente la Corte de Arbitraje, sus empleados, los miembros de la misma, o los árbitros, como motivo de la actividad consistente en la administración de los arbitrajes, por la Corte de Arbitraje, o por los árbitros que resuelven los mismos, de acuerdo con las normas legales reguladoras de los arbitrajes y las aprobadas por la Legislación vigente al respecto”.

<sup>378</sup> A su vez se define “empleado” como “cualquier persona física que presta regularmente sus servicios al asegurado en el curso normal de su actividad profesional, en régimen de dependencia y ajenidad, y a quienes remunera mediante un salario, un sueldo y/o comisiones. La definición de empleado no incluye a contratistas independientes”.

<sup>379</sup> Algunas pólizas consideran de forma general que también tienen cobertura las personas indicadas en el título del epígrafe aunque sólo en el caso de muerte, incapacidad, insolvencia o proceso concursal del asegurado. Se trata de una mención típica de los SRC y que no presenta especialidades en el arbitraje por lo que no será objeto de análisis. Comentarios específicos al hilo del Seguro D&O pueden verse en: GUERRERO LEBRÓN, pp.99-101, indicando que es innecesario a la luz del art.1257 CC, y que la demanda de responsabilidad debe dirigirse específicamente al responsable. Determinada su responsabilidad cuestión distinta será individualizar los bienes que quedarán afectos a la misma, lo que podrá venir determinado por

Con independencia de la poca claridad, mejor diríamos confusión, que existe entre el empleado y las personas que desarrollan actividades en régimen laboral, lo cierto es que pueden entenderse asegurados tanto el letrado como el administrador del procedimiento pues desempeñarán normalmente sus servicios como empleados de la Corte.

Sin embargo, existen dudas en torno a la protección aseguradora que puedan tener los miembros del comité de designación de árbitros, pues vemos difícil que puedan ser amparados como “miembros del consejo de administración y los directivos”; personas que estrictamente están relacionadas con los órganos de administración y dirección de una sociedad mercantil en el típico seguro D&O del que parece seguirse el modelo<sup>380</sup>.

Los miembros del comité de designación en modo alguno pueden entenderse administradores o altos directivos de una sociedad, entre otras razones porque la Corte de Arbitraje no es una persona jurídica sometida a la normativa societaria donde el órgano de gobierno es el de administración, sino como una institución dependiente de una corporación de derecho público como es la Cámara de Comercio e Industria de Madrid de la cual depende, y la que por cierto asume la póliza. Por otra parte, y aunque no se puede generalizar pues habría que determinar la concreta relación jurídica, no siempre los miembros del Comité de designación podrán ser considerados como empleados, aunque atendiendo a una interpretación amplia podría considerarse que pudieran quedar amparados como “las personas que desarrollan actividades en relación de dependencia con usted que tenga naturaleza de prestación de servicios”. En otras palabras, podría desprenderse del concepto amplio y elástico de asegurado que se incluyen en algunas pólizas que los miembros del Comité de Designaciones quedan también cubiertos por la póliza.

Por último y en relación con el Secretario del Tribunal Arbitral existen serias dudas en cuanto a su cobertura como asegurado en algunas pólizas, incluso mayores a las dudas que ya expresamos con anterioridad en relación con los árbitros, pues el Secretario no entabla una relación directa con la Corte de Arbitraje sino, en su caso, con el tribunal y las partes que consienten en su intervención, por lo que tiene difícil encaje en el tipo de categorías generales de asegurados como la aquí examinada.

Sería, en consecuencia, conveniente evitar cualquier duda de interpretación, como las indicadas en los párrafos anteriores, redactando las pólizas con mayor detalle y

---

el régimen económico-matrimonial que se aplique. Por supuesto, en modo alguno, puede entenderse, como señala la autora, que se otorgue protección a las personas mencionadas por sus propias responsabilidades profesionales.

<sup>380</sup> Nótese como en la Póliza de MAPFRE donde el tomador es el Consejo General del Notariado (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España) se cuida de especificar que además de los Notarios será también asegurado el tomador del seguro “entendiéndose por tal, dada su organización, el Consejo General del Notariado y sus miembros componentes (Decanos, Secretarios, Vicesecretarios y Delegados). También tendrán consideración de asegurados, los Colegios Notariales de España y sus miembros componentes de las Juntas Directivas y Delegados”. Idéntica redacción en la Póliza ESTRELLA Seguros.

nombrando expresamente al elenco de sujetos que pueden considerarse asegurados utilizando la terminología propia del arbitraje.

Para finalizar este apartado, un mero apunte sobre la responsabilidad que asumen las instituciones de arbitraje por los hechos dañosos causados por sus empleados y que en realidad se rige por las reglas generales del ordenamiento jurídico sin que existan especialidades (art.1903 CC).

## X. EL PERJUDICADO

Estableciendo el art. 21.1 LA una acción directa del “perjudicado” frente a la institución administradora del arbitraje, y estableciendo el art.76 LCS una acción directa también del “perjudicado” o sus “herederos” frente a la compañía de seguros, al tiempo que refiriéndose en relación a las excepciones al “tercero perjudicado” resulta necesario evaluar el elenco de las personas que serán comprendidas en las mencionadas categorías subjetivas.

Una primera apreciación que deriva a simple vista, es que el art. 21.1 LA no se refiere a los herederos del perjudicado, lo que resulta intrascendente en comparación con el art.76 LCS, pues éste al estar ubicado en la LCS en relación con el régimen del SRC es lógico que haya precisado que la acción directa se concede al perjudicado o a su heredero, pues en ocasiones la responsabilidad civil tiene como resultado la muerte de la víctima. Ello no sucede en los supuestos de responsabilidad civil derivados de un arbitraje comercial en los que las partes del arbitraje serán generalmente empresarios en sentido estricto u operadores comerciales en sentido amplio, y todo ello sin perjuicio de reconocer la interpretación extensiva que se realiza del término “herederos” que se entiende en relación a todo supuesto en el que se haya adquirido de forma derivada la titularidad del derecho independientemente del hecho ilícito del que surge la RC<sup>381</sup>.

El perjudicado es como su propio nombre indica la persona que ha sufrido un daño en un arbitraje y que es así designado en relación con la responsabilidad civil que surge por la acción u omisión del árbitro o de la institución administradora. En las pólizas que hemos tenido ocasión de analizar y que han sido contratadas por instituciones de arbitraje no se define al perjudicado excepto por una en la que se indica que:

“Perjudicado: persona física o jurídica, tercero o cliente, titular del derecho económico lesionado por el acto dañoso del asegurado y que promueve la reclamación para obtener la indemnización cubierta por esta póliza. **No podrá ser perjudicado el asegurado con respecto a los actos dañosos cometidos por sí mismo, o por otro asegurado**”<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, p.1413.

<sup>382</sup> Definición similar se halla en la doctrina que considera al perjudicado como “el titular de un interés que se ha visto lesionado por el hecho de un tercero”, excluyendo al asegurado como tal. Vid. SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1410-1411.

Dos son las cuestiones que surgen de la lectura de esta cláusula en particular respecto de las exclusiones que afectan al asegurado por daños cometidos por sí mismo y a los daños causados entre asegurados. Comenzando por lo primero y sin entrar en los diferentes puntos de vista expresados por la doctrina del seguro en torno a la fundamentación de esta excepción que no deja indiferente a nadie que la haya analizado<sup>383</sup>, la doctrina se ha encargado de delimitar los términos perjudicado, tercero y víctima, especialmente problemática en el ámbito del SRC de automóvil. Así, la doctrina mayoritaria configura el término perjudicado de una forma más amplia que el de víctima, puesto que engloba también a éste, por lo que el último término es más estricto<sup>384</sup>. Así se habla de perjudicados directos, en sentido propio o mediatos que son las personas que “sufren de una manera directa y personal las consecuencias lesivas” y los perjudicados indirectos, en sentido impropio o inmediatos que son aquellas personas –terceros- que no han estado presentes en el mismo pero que de forma indirecta sufren también un daño o perjuicio de forma indirecta<sup>385</sup>.

Esta conceptualización es perfectamente aplicable al SRC arbitral. No obstante, indicar que nos parece menos conflictiva la conceptualización de los perjudicados en el ámbito arbitral en comparación con otros SRC donde el elenco potencial de posibles perjudicados, directos o indirectos, es más problemático por la amplitud del círculo de perjudicados.

Delimitado el perjuicio en el arbitraje como aquél derivado de la actuación del árbitro o de la institución administradora es claro que –en una primera aproximación- perjudicados directos sólo pueden ser las partes –demandante y demandado- en un procedimiento arbitral.

Ocasionalmente podría pensarse que algún otro participante en el procedimiento, como pudieran ser testigos o peritos, pudieran resultar perjudicados. Por su parte, perjudicados indirectos lo serán, en su caso, los terceros que sin haber participado en el procedimiento arbitral resultan dañados, por ejemplo, el grupo o la sociedad matriz de una de las partes en el procedimiento. La determinación del elenco de perjudicados indirectos pasa, en todo caso, por la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el siniestro, que debe de conectarse con los fundamentos de la acción directa, por una parte, y con la excepcionalidad de la misma por otro, lo que lleva a una interpretación restrictiva y no extensiva, evitando así que daños remotos o muy lejanos queden amparados<sup>386</sup>.

---

<sup>383</sup> Vid. Por ejemplo muy crítico: FRANCISCO SOTO NIETO, *El Seguro de Responsabilidad Civil General y el Dolo. Solución a un tema conflictivo*. RES, 1997, nº92, pp.27 y ss.

<sup>384</sup> Vid. Por todos: MORILLAS JARILLO, *El seguro*, p.667.

<sup>385</sup> BAILLO, p.152 con ulteriores citas; y REVILLA, *La acción directa*, pp.56-58, considerando que sólo los perjudicados directos pueden exigir la indemnización.

<sup>386</sup> Vid. BAILLO, pp.193-196.

Si bien en otros ámbitos de los SRC obligatorios la doctrina se ha mostrada partidaria de no conceder legitimación a los perjudicados indirectos por daños en sus bienes, el caso del SRC de automóvil es paradigmático<sup>387</sup>, entendemos que ésta es una posición que viene mediatizada por el específico ámbito de la RC donde los daños pueden ser tanto personales como materiales, resultando los primeros, además, de mayor importancia.

Sin embargo, en el ámbito del SRC arbitral sólo existen daños materiales por lo que eliminar de raíz los daños materiales sufridos por los perjudicados indirectos no sería coherente con el ámbito de protección que a nuestro juicio puede derivarse de la Ley de Arbitraje. Una vez dicho esto, sin embargo, la cuestión reside en los límites a la relación de causalidad y que de forma genérica hemos indicado anteriormente. Lógicamente será una cuestión a decidir caso por caso<sup>388</sup> bajo el ámbito de la responsabilidad extracontractual (art.1902 CC). A la anterior interpretación coadyuva el hecho de que en el arbitraje nos movemos en un ámbito de potenciales perjudicados que es de por sí muy reducido en comparación con otros ámbitos de la responsabilidad civil, como el ya mencionado del ramo automovilístico.

Sea como fuere, el hecho de que las pólizas excluyan a determinados sujetos de la cobertura del SRC lleva a que se delimite en las mismas de manera negativa, de tal forma, que las personas excluidas de la cobertura no se consideran terceros perjudicados<sup>389</sup>.

En segundo lugar, y por lo que respecta ahora a los daños causados entre asegurados, la cláusula del contrato de seguro anteriormente transcrita excluye del concepto de perjudicado al asegurado con respecto a los actos dañosos cometidos por otro asegurado, lo que quiere decir que la llamada *responsabilidad civil cruzada* no quedaría cubierta ni, por lo tanto, aquellos daños que se produzcan entre la institución y los árbitros o *viceversa*, o en su caso entre los árbitros como responsables solidarios<sup>390</sup>. A ello se añade la exclusión en algunas pólizas de los daños frente al tomador. Sin confundir la cuestión que comentamos con la acción de resarcimiento que ostenta la institución de arbitraje frente a los árbitros, sería conveniente que las pólizas fueran modificadas precisamente para incluir en la cobertura de responsabilidad civil en casos de pluralidad de asegurados los daños causados de un asegurado a otro, o en relación con el

---

<sup>387</sup> Vid. Nota anterior.

<sup>388</sup> Se ha de indicar que la cuestión de quién sea perjudicado no ha sido habitualmente tratada por la doctrina arbitral y cuando lo ha hecho se ha expuesto de forma reduccionista, de tal forma que se ha considerado que sólo pueden ser perjudicadas las partes en el arbitraje: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.946, para quien los terceros podrán demandar a los árbitros por la vía del art.1902 CC (responsabilidad extracontractual) y por lo tanto conforme a la culpa o negligencia, y con el plazo de prescripción de un año.

<sup>389</sup> Así en el ámbito del SRC donde existe normativa expresa en esta materia: BAILLO, pp.155-156.

<sup>390</sup> Por el contrario, sí está cubierta en la póliza del ICAM ya que expresamente se indica que tienen la consideración de terceros los Colegiados entre sí. Lo que se refuerza nuevamente cuando entre las garantías principales que se prestan se "hace expresamente constar que tendrán la consideración de terceros entre sí los abogados asegurados en el presente contrato".

tomador, bastando con que el concepto de perjudicado se expandiera para englobar dicha responsabilidad cruzada<sup>391</sup> máxime cuando en el SRC arbitral resultará altamente improbable las hipótesis de abusos que pudieran cometer los asegurados entre sí o éstos y el tomador para engañar o defraudar a la propia compañía de seguros, que es uno de los fundamentos de la exclusión.

---

<sup>391</sup> Sobre esta cuestión puede verse: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1307; y Francisco CAÑIZARES RUBINI/Eduardo PAVELEK ZAMORA, La responsabilidad civil patronal y su aseguramiento. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp. 313 y ss.

Conectada con esta cuestión está la relativa a la correcta delimitación del riesgo cuando el seguro cubre conjuntamente a la institución y a los árbitros al confluir el SRC voluntario y el obligatorio.

### III

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ÁRBITROS Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

En el SRC en general, y en particular en el SRC arbitral, se presentan dos cuestiones conexas e íntimamente relacionadas: la *cuestión relativa a la responsabilidad*, esto es, la de determinar si el árbitro o la institución administradora como asegurados resultan o no responsables del daño y la *cuestión relativa a la cobertura*, es decir, la de determinar si la responsabilidad que el tercero imputa al árbitro y/o a la institución administradora está cubierta o amparada por el seguro<sup>392</sup>.

Este capítulo se centra en perfilar los contornos legales en los que se desenvuelve la responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Responsabilidad que no puede explicarse sin referirse a la responsabilidad civil en general y particularmente a la responsabilidad profesional, y que en el arbitraje gira en torno al deber de cumplir fielmente el encargo de arbitrar o de administrar un arbitraje. Se trata de los presupuestos de la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales, que se inicia desde la aceptación del encargo (*infra* I), se desglosa en múltiples deberes (*infra* II y III) cuyo incumplimiento e imputación de responsabilidad se miden conforme a la mala fe, el dolo o la temeridad (*infra* IV); punto en el que, sin embargo, la responsabilidad arbitral se separa claramente de las reglas generales de la imputación de la responsabilidad en nuestro sistema jurídico pues no acoge el tradicional sistema basado en la culpa.

### I. LA ACEPTACIÓN DEL ENCARGO POR LOS ÁRBITROS Y LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

La aceptación del encargo marca el origen de la responsabilidad del árbitro y de las instituciones arbitrales al menos atendiendo al tenor literal del art. 21.1 LA.

Este precepto considera que la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, lo que se ha entendido como el cumplimiento de una manera “puntual, diligente y adecuada”<sup>393</sup>. Sin embargo, el cumplimiento

---

<sup>392</sup> Así en relación con el SRC en general: CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad Civil, p.16.

<sup>393</sup> Sergio GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 16. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed., p.837, siguiendo al profesor CREMADES que se refiere a un cumplimiento competente, diligente y discreto.

fiel se enlaza tanto con aspectos relativos a la forma o modo de actuar de los árbitros o de las instituciones, como con el propio estándar de la diligencia exigible a estos operadores reforzando el carácter profesional de la actividad que despliegan los mismos. Así, puede entenderse que el cumplimiento fiel presenta conexiones funcionales con el deber u obligación de fidelidad que existe en ámbito de las sociedades de capital (obligaciones de fidelidad de los administradores sociales), por ejemplo. Es decir, el cumplimiento fiel bajo la LA se puede entender en relación con la diligencia profesional<sup>394</sup> que deben desplegar los árbitros y las instituciones arbitrales y que en el caso del arbitraje es una *lex artis ad hoc*, como veremos.

No desglosa la Ley de Arbitraje qué se entienda por el cumplimiento fiel del encargo, pero sí que resulta obvio que los presupuestos de responsabilidad civil varían dependiendo de si se trata de las instituciones arbitrales y de los árbitros puesto que las funciones que ambos desempeñan son diferentes<sup>395</sup> y por ello los incumplimientos que se generen también lo son. De hecho, como veremos, los árbitros y las instituciones arbitrales responden por el incumplimiento no de un único deber –el de cumplir fielmente el encargo- sino de los múltiples deberes que de él se derivan tanto contractuales como legales<sup>396</sup>.

En este sentido, el art. 21.1 LA se decanta por la relación contractual<sup>397</sup> al establecer que “la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir

---

<sup>394</sup> Así RIVERO, pp.4235-4236 también poniéndolo en relación con los administradores de las sociedades de capital y de las fundaciones. Así lo señala CREMADES, La responsabilidad, p.13.

<sup>395</sup> Matizar en el caso de los arbitrajes *ad hoc*, donde el árbitro realiza también funciones de administración.

<sup>396</sup> También MARTÍNEZ ESCRIBANO, p.383, considerando que el cumplimiento fiel conecta con el art.1255 CC y con las normas deontológicas profesionales. En este punto también: Antonio María LORCA NAVARRETE, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p.230.

<sup>397</sup> En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato que media entre la institución arbitral y las partes, las teorías más extendidas giran en torno al contrato de mandato o representación, y al contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, entre nosotros, se ha mantenido alguna otra derivada del hecho de que esos contratos se basan en el lucro y no existe tal en la administración del arbitraje. Así, MUNNÉ CATARINA, pp.20 y ss, ha esitado que la falta de relación sinalagmática hace que estemos en presencia de actos unilaterales de voluntad, siendo que el primero, de carácter no recepticio, es aquel por el cual la institución arbitral se crea y edita su reglamento. Desde este momento, la institución tendrá *ex lege* la obligación de dar trámite a las peticiones de administración de arbitraje que se presenten y tendrá también la obligación de pronunciarse sobre su competencia. A este sigue otro acto unilateral recepticio por parte de las partes cuando celebran el convenio arbitral con sometimiento al centro, pero este acto no nace hasta que una de las partes somete la solicitud de arbitraje al centro precisamente por su carácter recepticio.

Se inclinan por la relación contractual en relación con la responsabilidad que puede surgir por parte de la institución administradora frente a las partes, por lo tanto bajo el art.1101 CC: GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.776; SÁNCHEZ PRAT, p.327 (arrendamiento de servicios); RIVERO, pp.4228-4230 (contrato de mandato). Así se entiende también en otros ordenamientos jurídicos como el francés: CLAY, p.722, con ulteriores citas de la doctrina francesa en torno a la responsabilidad de los centros arbitrales, iniciada en la jurisprudencia gala con el asunto *Cubic Defense Systems Inc., contra la CCI*, Cour d’appel de Paris, 15 septiembre 1998, la Cour d’appel de Paris indicó que: “Considérant que toute partie à une convention, fut-

fielmente el encargo”. Bajo la LA (1988) el artículo 16 en materia de responsabilidad se refería también a la aceptación como el momento determinante de la responsabilidad del árbitro, mientras que el precepto dedicado a las instituciones administradoras (art.10.3 LA (1988) actual art.14 LA) reiteraba dicho principio al indicar que: “La Corporación o asociación quedara obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje”.

La relación contractual deriva legalmente, a nuestro juicio, de la aceptación del encargo, lo que supone una declaración, no necesariamente formal, de la institución arbitral y del árbitro dirigida a aceptar el servicio que se relaciona con un procedimiento arbitral, generalmente en el caso del árbitro mediante la emisión de la aceptación a la que se suele adjuntar la declaración de independencia e imparcialidad. Se trata de aplicar las reglas clásicas sobre la oferta y la aceptación, de tal forma que cuando el art. 21.1 LA se refiere a la aceptación del encargo ha de entenderse a la aceptación de una oferta, que como tal una vez que es efectiva perfecciona el contrato y obliga a los árbitros y a las instituciones arbitrales a cumplir fielmente el encargo. Cumplimiento del encargo que forma parte de las obligaciones de ejecución del propio contrato, pero que legalmente se cualifica con la obligación de un fiel cumplimiento o ejecución.

En este campo y a diferencia de lo que sucede con el SRC obligatorio en el ámbito de la administración concursal, o de la fianza obligatoria de los auditores de cuentas, la acreditación de la tenencia del seguro no se configura como presupuesto o requisito necesario para la aceptación del cargo, ni es tampoco una presupuesto habilitante, lo que de por sí impide que se pueda considerar esta cuestión como un motivo de anulación del laudo (art.41.1 d) LA) o de denegación del exequátur (art.V.1d) CNY). En el caso el arbitraje institucional porque la obligación recae en el centro arbitral sin que exista una autoridad supervisora y en el caso de los arbitrajes *ad hoc*, porque tampoco existe autoridad alguna que pueda acreditar este hecho, como sí sucede por contra en el ámbito del seguro del administrador concursal, donde el secretario judicial del juzgado que conoce el concurso acreditará la vigencia del contrato de seguro o garantía equivalente<sup>398</sup>. Así las cosas, en el SRC obligatorio en el arbitraje se presenta el

---

elle une association chargée d'organiser un arbitrage, engage sa responsabilité dès lors qu'elle manque aux obligations contractées (...)" (en JOLIVET, p.8).

<sup>398</sup> Vid. Art.1 Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241. Como indica claramente la Exposición de Motivos del mencionado Real Decreto: “los administradores concursales no pueden aceptar su nombramiento sin acreditar convenientemente que gozan de esa cobertura en los términos determinados por este real decreto (...). Al igual que en otros muchos seguros obligatorios, la obligación legal se configura con carácter general, como condición para poder aceptar el nombramiento. No se trata, pues, de un seguro por concurso, sino de un seguro para ser administrador concursal o, más exactamente, para poder aceptar el cargo y para poder desempeñarlo a lo largo del procedimiento”.

Por su parte, el Real Decreto 1517/2011 de 31 de octubre por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio. BOE, nº266, 4 noviembre 2011, considera esta cuestión en su art.55.6: “La insuficiencia de la fianza, cualquiera que sea la forma en que esté constituida, o su falta de vigencia, en su caso, será causa que automáticamente impedirá el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas y conllevará la adscripción a la

evidente problema de que no recibe sanción jurídica el incumplimiento de la obligación de asegurarse civilmente.

### **1.1. La aceptación del encargo por el árbitro**

La aceptación del árbitro se realiza por escrito mediante la emisión de la correspondiente declaración de aceptación a la que se une la de independencia e imparcialidad, siendo éste el estándar habitual en la práctica del arbitraje. Se cumple con la aceptación la declaración de voluntad que da vida al contrato (art.1261 CC y 54 CCo, esto es, en la terminología clásica del arbitraje el contrato de dación y recepción de arbitraje). Lógicamente los árbitros no tienen obligación de aceptar el encargo, pudiendo rechazarlo.

Si bien se ha planteado la posibilidad de que el árbitro en arbitrajes *ad hoc* acepte antes del nacimiento de la controversia el encargo de arbitrar, pudiendo, se dice, incurrir en responsabilidad si no adopta una conducta activa en aras al comienzo o desarrollo del procedimiento arbitral<sup>399</sup>, entendemos no sólo que se trata de un supuesto muy poco habitual en la práctica, sino que incluso habiéndose producido la aceptación, legítimamente el árbitro podría negarse al cumplimiento del encargo si concurren causas que afecten a su independencia, pues ésta es una cualidad que se exige al árbitro durante toda la vida del arbitraje por lo que si en el momento de tener que ejecutarse el encargo sobreviene una causa impeditiva para el árbitro podría válidamente negarse a su ejecución.

### **1.2. La aceptación del encargo por la institución arbitral**

Son diversas las teorías manejadas por la doctrina para determinar el momento de aceptación del encargo de administrar un arbitraje.

Un sector, influenciado por la doctrina francesa, considera que los centros arbitrales realizan ofertas públicas permanentes de sus servicios que son aceptadas cuando las partes celebran el convenio arbitral en el que mencionan a la institución arbitral<sup>400</sup>.

---

situación de no ejercientes para las personas físicas y la baja en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas para las sociedades, una vez transcurridos los tres meses desde que se produjo tal circunstancia o el plazo para efectuar la subsanación requerida por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, a que se refiere el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, y sin perjuicio de la infracción que, en su caso, pudiera cometerse conforme a lo previsto en el artículo 34.h de dicho texto refundido".

Recuérdese en este momento que el art.75 LCS relativo al seguro obligatorio indica que "será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen", no siendo éste el caso del seguro arbitral.

<sup>399</sup> OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.931-932.

<sup>400</sup> Para el derecho francés: ROBINE, p.323, considerando que surge responsabilidad del centro arbitral cuando ignora o incumple su reglamento (id., p.328). Se hace eco de las posiciones doctrinales: MUNNÉ CATARINA, pp.62-63. En la doctrina del arbitraje internacional, véase: GAILLARD/SAVAGE, nº1110, considerando que se trata de un contrato de adhesión, aunque las partes pueden separarse en algunos puntos modificando las disposiciones reglamentarias.

A nuestro juicio, sin embargo, debemos partir de lo expresado con rotundidad por el art. 21.1 LA, que partiendo de la aceptación del encargo por parte de la institución administradora pone el acento en la naturaleza contractual de la relación y sobre todo en el momento de perfeccionamiento de esa relación, que resulta claramente de la aceptación por parte de la institución administradora.

La teoría francesa es ficticia y de hecho dese el punto de vista de la perfección de los contratos adolece de un grave defecto al no requerirse el conocimiento del oferente o, al menos, la recepción de la oferta por su destinatario (arts.54 CCo y 1262 CC), o para ser más precisos al perfeccionarse el contrato mediante la mera declaración de las partes sin exigirse la exteriorización de su voluntad al oferente.

Que este gravísimo inconveniente haya intentado salvarse postergando el perfeccionamiento al nacimiento del litigio y presentación de la solicitud arbitral, posición mantenida por un sector importante de la doctrina española, nuevamente influenciada por la doctrina francesa<sup>401</sup>, o mudando la naturaleza jurídica a la del contrato de adhesión no mejora demasiado la artificialidad de dichas teorías. En pura aplicación teórica tanto la institución arbitral como las partes se verían irremediabilmente abocadas en el primer caso a la aceptación de la solicitud del arbitraje, y en el segundo a arbitrar ante dicha institución sin que pudieran proceder posteriormente a un nuevo acuerdo entre ellas, lo que no parece lógico desde el punto de vista práctico ni de la aplicación de las normas de teoría general de los contratos en relación con la perfección de los mismos, además de resultar contraria al tenor literal del art. 21 LA.

Podría la tesis de la oferta pública, sin embargo, encontrar una cierta analogía en la perfección de los convenios arbitrales en el ámbito de consumo y de la inversión<sup>402</sup>,

---

<sup>401</sup> Vid. GAILLARD/SAVAGE, nº1110. En la doctrina española: ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.91: "En definitiva, la institución arbitral queda vinculada por su propia oferta, salvo que concurra causa de no aceptación prevista en el reglamento de la propia institución". Id., La aceptación, pp.322-323. Parece seguir esta tesis: ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, pp.721-722; GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, pp.774-775, considerando que es una oferta pública; OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.948-949, aunque con dudas parece considerar más correcto que la institución ha realizado una oferta pública que ha sido asumida por las partes en el convenio arbitral y aceptada por ellas cuando presentan su solicitud a la Corte "en los términos ofertados por ella"; GISBERT, p.11; y SÁNCHEZ PRAT, p.326, considerando que se trata también de una oferta pública.

<sup>402</sup> Bernardo CREMADES, Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties. En Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel. Carl Heymanns, 2001, pp.149 y ss. Sobre las diferentes formas de prestación del consentimiento en esta área, véase: Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ, Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, pp. 122 y ss; id., Ofertas de consentimiento estatal y arbitraje de inversiones. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2010, nº2, pp.411-432.

Es también el caso del sistema arbitral en materia de igualdad de oportunidades: RD 1417/2006, de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad (BOE núm.297, de 13 de diciembre de 2006). Y Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

donde respectivamente se entiende que tanto el empresario adherido al sistema arbitral de consumo, como el Estado al establecer el arbitraje como un medio de resolución de disputas en los tratados bilaterales o multilaterales de inversión realizan una oferta pública irrevocable de sometimiento a arbitraje que resulta aceptada, respectivamente, cuando el consumidor presenta su solicitud de arbitraje ante el sistema arbitral de consumo, o cuando el inversor presenta su solicitud de arbitraje ante una de las instituciones previstas en el Tratado o dirigiendo directamente la solicitud a la contraparte en el caso de un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI.

Sin embargo, a nuestro juicio, este mecanismo de perfección contractual claramente admitido y asentado en relación con la perfección de convenios arbitrales en el ámbito del consumo y de las inversiones internacionales, no resulta trasladable en todos los casos a la relación contractual entre la institución arbitral y las partes, que resulta ser triangular y en la que por regla general se interpone una fase intermedia: el propio acuerdo de las partes de sometimiento a arbitraje institucional.

Efectivamente, y ahora desde un punto de vista totalmente teórico, puesto que la cuestión a la postre dependerá de la voluntad del oferente de los servicios de administración como veremos oportunamente, despojar del carácter de oferta al anuncio público de los servicios arbitrales de un centro arbitral no implica que éste pueda arbitraria o discrecionalmente rechazar la oferta de sometimiento a arbitraje que le presenta una parte, puesto que su anuncio público genera los efectos propios de las *invitatio ad offerendum*, esto es, invitaciones a hacer ofertas, que podrían generar, en su caso, la correspondiente responsabilidad de la institución arbitral.

Asentada la cuestión en términos puramente teóricos en el sentido expresado y que a nuestro juicio resulta la posición más correcta desde el punto de vista de perfeccionamiento de los contratos evitando ciertos problemas jurídicos que pueden derivarse del hecho de que los reglamentos arbitrales pueden modificarse a lo largo del tiempo, las instituciones variar su nombre, desaparecer o fusionarse con otras, etc, se ha de indicar que desde un punto de vista práctico la naturaleza jurídica de los servicios anunciados por la institución puede ciertamente variar por pura aplicación de las reglas formativas de los contratos. Efectivamente, la regla que prevalece es la de que el “oferente es el dueño de su oferta” y, en consecuencia, la institución administradora puede despojar a una oferta de su carácter degradándola a una simple invitación a hacer ofertas o, por el contrario, puede ascender esta última al carácter de oferta<sup>403</sup>.

De ahí que la cuestión en un plano práctico no es susceptible de recibir una única respuesta sino que se han de examinar los diversos reglamentos arbitrales. Atendiendo a algunos de los reglamentos más utilizados en nuestro país, así como también a los reglamentos más importantes a nivel internacional, encontramos que:

---

<sup>403</sup> Vid. Con amplias referencias: Pilar PERALES VISCASILLAS, La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, pp.267 y ss.

- Un número importante de reglamentos –CAM, Corte Española de Arbitraje, CCI y Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)- parten de que la propuesta de sus servicios es una oferta pública permanente, ya que la mera solicitud del arbitraje pone en marcha el procedimiento arbitral<sup>404</sup>. No se establecen causas o motivos para el rechazo de la solicitud como no sea de aquellos que deriven de la falta de las menciones requeridas en el Reglamento, falta de presentación del número necesario de copias o anexos o falta de pago de la provisión de fondos requerida<sup>405</sup>. Puede resultar, en consecuencia, problemático este mecanismo automático de aceptación, puesto que fuera de las mencionadas causas de denegación, que son estrictamente de orden formal, documental o económico, no se han previsto otras que, sin embargo, podrían resultar importantes en la práctica y generar una discusión jurídica en torno a si existen motivos suficientes para que la institución rechace el arbitraje. Todo ello salvo excepción hecha de la revisión *prima facie* por la Corte de la existencia del convenio arbitral, que posibilita que la Corte comunique a las partes que el arbitraje no puede proseguir cuando no esté convencida de la existencia, validez o alcance del convenio arbitral<sup>406</sup>.

Sea como fuere, desde el punto de vista contractual, la solicitud de arbitraje que contendrá la declaración de aceptación podría considerarse como un rechazo de la oferta y, en su caso, una nueva oferta o contraoferta si modifica elementos esenciales de los servicios que presta la institución. Un caso extraído de la jurisprudencia francesa ilustra esta situación. En el caso se trataba de un convenio arbitral sometido a arbitraje de la CCI en el que se establecía que no sería necesaria la confirmación de los árbitros ni la revisión del laudo por la propia Corte. La Corte decidió no aceptar la administración del procedimiento a menos que las partes acordaran la no aplicación de las dos especialidades dispuestas en el mismo por ir en contra de las reglas básicas bajo un procedimiento arbitral por ella administrado<sup>407</sup>. Efectiva-

---

<sup>404</sup> Por ejemplo, art.5.1 Reglamento CAM: “El procedimiento arbitral dará comienzo con la presentación de la solicitud de arbitraje ante la Corte (...)”. Y en el mismo sentido: art.4.2 Reglamento Arbitraje CCI: “Para todos los efectos, la fecha de recepción de la solicitud por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje”. También art.11.1 Reglamento CIMA; y art.17.1 Reglamento Corte Española de Arbitraje. Se ha de tener en cuenta que la propia Ley de Arbitraje considera en su art.27 que: “Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje”. Como resulta evidente los Reglamentos no se refieren propiamente hablando a los términos “oferta” y “aceptación”, pero ello no impide que pueda hacerse un análisis desde la óptica de estas dos declaraciones de voluntad que dan vida al contrato de prestación de servicios.

<sup>405</sup> Por ejemplo, art.5.5 Reglamento CAM. Y art.4.4, 4.5 y 16 Reglamento de Arbitraje CCI. Vid. También: art.11.5 Reglamento CIMA; y art.17 Reglamento Corte Española de Arbitraje.

<sup>406</sup> Por ejemplo, art.8 Reglamento CAM. Ello no implica la terminación, pues si la parte actora no está conforme, se prosigue el nombramiento de árbitros y éstos tomarán una decisión en la que revisarán la decisión de la Corte. Vid. También: art.18 Reglamento Corte Española de Arbitraje.

<sup>407</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de París, 22 enero 2010, disponible en [www.internationalawoffice.com](http://www.internationalawoffice.com). En el caso en cuestión la cláusula fue considerada un arbitraje *ad hoc* válido, y la CCI la autoridad nominadora.

mente, e independientemente del carácter de oferta o de *invitatio*, los Reglamentos arbitrales no son un conjunto de normas que las partes puedan modificar a su entera voluntad para exigir luego a la institución que cumpla con dicho acuerdo, de ahí que las instituciones puedan reclamar el cumplimiento exacto de lo dispuesto en su reglamento<sup>408</sup>.

- Otros reglamentos –por ejemplo, el del TAB- aunque también parecen partir de esta consideración sitúan, sin embargo, con anterioridad a la aceptación por la propia institución la llamada fase prearbitral<sup>409</sup>. Esta fase se inicia a solicitud de cualquiera de las partes mediante la presentación del escrito introductorio. Sólo concluido el trámite introductorio, que implica también el nombramiento de árbitros, se podrá aceptar el encargo por el propio TAB<sup>410</sup>.

Este mecanismo parece partir de una consideración diferente a la anteriormente indicada por aplicación de las reglas de la perfección de los contratos. La institución no realiza una oferta pública de sus servicios sino una *invitatio ad offerendum*, siendo que posteriormente la solicitud presentada mediante escrito introductorio por una parte es una oferta que es aceptada por la institución cuando concluye dicho trámite introductorio. En este momento y como indica el art.9 del Reglamento TAB, ésta procederá, en su caso, a la aceptación del encargo, a la integración del convenio y a la ratificación de los árbitros consensuados por las partes o a la designación o nombramiento de aquellos que acuerde el citado órgano arbitral.

Con independencia de la específica articulación de los reglamentos arbitrales en torno a la aceptación del encargo, la responsabilidad de la institución arbitral -ya sea contractual o extracontractual- podría nacer si de forma arbitraria e injustificada se niega a administrar un arbitraje<sup>411</sup>, hasta el punto que se han considerado que las causas de denegación deberían ser exclusivamente las siguientes<sup>412</sup>:

- Inexistencia del convenio o falta de acuerdo entre las partes de sometimiento a arbitraje institucional. No debería, sin embargo, denegarse la administración sobre

---

<sup>408</sup> Así siguiendo a ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, p.714. Vid. También considerando que se trataría de una contraoferta si se modifican los servicios arbitrales: DÍAZ CANDIA, pp.89-90.

<sup>409</sup> Art.3 Reglamento TAB.

<sup>410</sup> Art.9 Reglamento TAB.

<sup>411</sup> Se considera que la no aceptación infundada o arbitraria por parte de una institución arbitral, incluso aunque cumpla con los requisitos establecidos en el Reglamento, puede derivar en responsabilidad de la institución: GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.772. En su opinión, se trata de una responsabilidad que está fuera del art. 21 LA (Id., p.775). En cambio de forma general considera bajo el art. 21 LA la responsabilidad de la institución por no aceptar un arbitraje que conforme a su reglamento debería aceptar: MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.899.

<sup>412</sup> Baldomero ANDRÉS CIURANA, La aceptación del arbitraje y la designación de los árbitros por las instituciones arbitrales. Actualidad Civil, 26 febrero-4 marzo 2001, nº9, pp.320-322, a quien seguimos en la exposición de dichos motivos.

la base de causas de oposición al arbitraje, ya que éstos corresponden exclusivamente a los árbitros<sup>413</sup>.

- Todas las causas incluidas en el reglamento de la institución arbitral, por ejemplo, relacionadas con su capacidad organizativa, estructura o medios, o basadas en la clase de arbitraje o en la materia sobre la que versa la cuestión litigiosa.
- Cualquier disconformidad en orden al modo en que debe desarrollarse el arbitraje entre la voluntad de las partes expresada en el convenio o en otro acuerdo posterior y el propio reglamento arbitral.

Resulta, por lo tanto, aconsejable que las instituciones arbitrales contengan en sus estatutos o reglamentos un listado siquiera indicativo de las causas por las que podrían denegar la administración de un arbitraje<sup>414</sup>. No entendemos, sin embargo, conveniente que dicho listado sea cerrado<sup>415</sup> pues privaría a la institución de arbitraje de la flexibilidad de poder acomodar su norma interna a las particularidades de cada caso, posiblemente algo que resulta difícil de prever *ex ante*.

### 1.3. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

Siendo la aceptación el hecho determinante de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA se ha de determinar qué sucede con las actuaciones anteriores o simultáneas a dicha aceptación y consecuentemente si pueden comprenderse dentro del sistema diseñado por el art. 21.1 LA o, si por el contrario, han de residenciarse fuera y seguir el sistema general de responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico aplicable a la responsabilidad extracontractual.

La cuestión planteada se concreta, al menos, en dos hipótesis concretas. La primera en relación con los árbitros al momento de aceptar puesto que con anterioridad a dicha aceptación deben poner ya en marcha el sistema para descartar posibles conflictos de intereses, lo que en su caso podría generar una posterior responsabilidad<sup>416</sup>; en este

---

<sup>413</sup> Efectivamente como establece el art.7 Reglamento TAB la admisión del encargo no prejuzgará la ulterior decisión del árbitro.

<sup>414</sup> El art.1.4 Reglamento TAB establece que “El TAB rechazará aquellos arbitrajes que no se ajusten a la Ley y podrá rechazar mediante acuerdo motivado aquellos otros en los que las partes acuerden de forma diferente a lo previsto en este Reglamento”. Por su parte, el art.3.2 Reglamento CIMA señala que: “La Corte no aceptará la administración de aquellos arbitrajes en los que concurren circunstancias que permitan inferir que su intervención no es solicitada en concordancia con los principios de ética profesional que han inspirado su constitución”.

<sup>415</sup> En cambio la doctrina que entiende que la institución realiza una oferta vinculante que es aceptada cuando se presenta la solicitud de arbitraje, considera que no podrá rechazar la administración de un arbitraje por lo que deben introducirse en el reglamento “todas las causas de no aceptación que sean razonables” (ANDRÉS CIURANA, Las instituciones, p.91 siguiendo al Profesor Montero Aroca).

<sup>416</sup> En el bien entendido que el deber de revelación del árbitro es una obligación que también transcurre durante toda la vida del arbitraje y por lo tanto tras la aceptación.

momento los árbitros no han establecido relación contractual ni con las partes ni con la institución administradora. La segunda en relación con las instituciones arbitrales que siguen el segundo de los modelos anteriormente indicados, esto es, aquellos que establecen una llamada fase prearbitral que es anterior a la propia aceptación del encargo puesto que en los primeros la aceptación ya supone enmarcar la responsabilidad de la institución en el marco del art. 21.1 LA<sup>417</sup>.

Estas dos situaciones que parecen encuadrarse *prima facie* en una responsabilidad extracontractual deben, además, relacionarse con el seguro de responsabilidad civil para examinar si existen disfunciones entre las pólizas de seguro arbitral y la responsabilidad en que pueden incurrir las instituciones. Precisar en relación con estas cuestiones que debe resultar claro que aunque no se haya producido propiamente hablando la aceptación del encargo, resulta evidente que se podría incurrir en responsabilidad tanto por el árbitro como por la institución arbitral según comentamos ya anteriormente, pero lo importante es ahora determinar qué estándar de responsabilidad se aplica si el dolo, mala fe o temeridad del art. 21.1 LA o la responsabilidad extracontractual por dolo o culpa del art.1902 CC.

La cuestión es importante no sólo en relación con los criterios de imputación de responsabilidad que se deberán aplicar al enjuiciar la responsabilidad arbitral sino también porque dependiendo de la postura que se adopte podrían existir vacíos de cobertura en las pólizas arbitrales<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup> Interesante la SAP Barcelona, 12 enero 2007 (La Ley 52812/2007) donde se interpuso una demanda de responsabilidad extracontractual frente al TAB, en la que se aludía a la responsabilidad del TAB por haber aceptado un arbitraje y la condena a terceros que no habían suscrito un convenio arbitral. Debe notarse que el laudo que supuso la condena de dichos terceros fue parcialmente anulado precisamente respecto a ellos. La demanda de responsabilidad se dirige frente al TAB y se solicita los honorarios del Letrado y procurador causados por la interposición del recurso de anulación. El tribunal no consideró que el TAB fuera responsable pues la decisión aunque discutible no fue arbitraria, ilógica o caprichosa, no mereciendo un reproche culpabilístico, menos por dolo, máxime cuando el TAB se ajustó a su reglamento difiriendo la decisión a los árbitros. Lo interesante de la sentencia es que parece considerar el ámbito aplicativo del art.16 LA (1988) únicamente para aquellos casos en los que existe una responsabilidad contractual excluyendo casos como el que enjuicia que los observa desde la óptica extracontractual, sin perjuicio que analiza también la responsabilidad del TAB bajo el art.16 LA. Así el tribunal considera en relación con el art.16 LA (1988) que "se refiere a las relaciones stricto sensu entre las partes que intervienen en el arbitraje, lo que no excluye que si terceros pueden verse perjudicados por el laudo arbitral también alcancen una posible responsabilidad pero con naturaleza distinta, pues, como se plantea en la Litis ya no existe contrato y se generarán dichos daños, en su caso, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual".

<sup>418</sup> Además de ello indicar como indica REGLERO CAMPOS, Lección 1ª, pp.52-53, que los problemas más frecuentes relativos a la distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad se concretan fundamentalmente en los siguientes aspectos diferenciales: la existencia de pactos de modificación de la responsabilidad (carecen de aplicación cuando el daño es de naturaleza corporal y además deben considerarse nulas en el ámbito de las relaciones con consumidores), la competencia judicial, la naturaleza de la acción ejercitada y la aplicación del principio de congruencia, la diferente regulación de la responsabilidad por hecho ajeno y el régimen prescriptivo (15 años para la responsabilidad contractual ex art.1964 CC y 1 año para la extracontractual ex art.1968.2 CC).

Comenzando con el segundo punto indicado, y si se sigue que el art. 21.1 LA sólo se aplica a la responsabilidad contractual nacida tras la aceptación del encargo, se evidencia que algunas pólizas de responsabilidad civil contratadas por instituciones administradoras cubren también a los árbitros como asegurados por el hecho de existir una relación contractual, la cual se inicia con la aceptación del encargo; de ahí que dichas pólizas no cubrirían a los árbitros por su responsabilidad anterior a la aceptación<sup>419</sup>. Por otra parte, algunas de las pólizas de abogados que se han extendido para amparar también la responsabilidad arbitral tampoco cubrirían esas conductas u omisiones anteriores de los árbitros puesto que la ampliación de cobertura a la actividad como árbitro se liga directamente a lo dispuesto por el art. 21.1 LA<sup>420</sup>.

Igual problemática se desprende del análisis de algunas pólizas en relación con las instituciones administradoras del arbitraje que realizan actividades significativas con anterioridad a la aceptación del encargo, puesto que precisamente la póliza de seguros por ella contratada no cubriría el trámite prearbitral al relacionarse la descripción del riesgo directamente con el art. 21.1 LA:

“Las garantías del riesgo comprenden la responsabilidad civil del asegurado por daños y perjuicios causados a sus clientes, derivada de:

- Responsabilidad Civil prevista por el Artículo 21 de la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje, que pueda derivarse de los daños y perjuicios patrimoniales que puedan causar involuntariamente la Corte de Arbitraje, sus empleados, los miembros de la misma, o los árbitros, con motivo de la actividad consistente en la administración de los arbitrajes, por la Corte de Arbitraje, o por los árbitros que resuelven los mismos, de acuerdo con las normas legales reguladoras de los arbitrajes y las aprobadas por la Legislación vigente al respecto (...)<sup>421</sup>.

Las obligaciones de los árbitros que se derivan de la Ley de Arbitraje, esto es, del cumplimiento fiel del encargo, en una primera aproximación al art. 21.1 LA hacen surgir la duda de si dicho cumplimiento fiel se está refiriendo de forma exclusiva a las obligaciones directamente relacionadas con el procedimiento arbitral, incluyendo lógicamente la emisión del laudo –dicho sea de paso que no resulte atacable-, pero sin

---

<sup>419</sup> Por ejemplo, la póliza contratada por una importante institución en la que los árbitros como asegurados se encuadrarían en: “cualquier persona que desarrolle actividades en relación de dependencia con usted, que tenga naturaleza laboral o de prestación temporal de servicios, así como cualquier contratista y/o subcontratista, pero siempre y cuando actúe bajo la supervisión de usted”.

<sup>420</sup> Por ejemplo, la póliza de MAPFRE: “Queda amparada la responsabilidad civil del asegurado derivada de su actividad como árbitro, en los procedimientos de arbitraje regulados por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”.

<sup>421</sup> Compárese con otra póliza contratada por una institución arbitral donde de forma amplia queda cubierta “La responsabilidad cubierta a la Corte [...] en el ejercicio de sus funciones”.

que queden incluidas obligaciones anteriores a la aceptación, y muy señaladamente las relativas a los deberes de independencia e imparcialidad. Consecuencia de esta interpretación, que sin embargo rechazamos pues como se indicará ha de entenderse incluida también dentro del art. 21 LA al ser antecedente necesario de la aceptación del encargo, es que sólo tras la aceptación se le aplicaría al árbitro el estándar de responsabilidad del art. 21 LA, pero no en un momento anterior que seguirían las reglas generales de la responsabilidad extracontractual por culpa.

De la lectura del artículo 21.1 LA se deduce que la conducta dolosa, de mala fe o temeraria que puede desplegar el árbitro y la institución arbitral se produce tanto en relación con su aceptación, como durante el desarrollo del procedimiento arbitral y en relación con el contenido del laudo<sup>422</sup>. De ahí que, en puridad estricta de dogmática jurídica, al no haberse producido la aceptación, debería determinarse que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual (art.1902 CC).

Ahora bien, debe notarse que existe, sin embargo, una íntima relación entre la responsabilidad de los árbitros que puede surgir con anterioridad o simultáneamente a la aceptación del encargo por incumplimiento de deberes relacionados con la aceptación del mismo pero que va a desplegar sus efectos con posterioridad a la aceptación.

Efectivamente, si bien el cumplimiento fiel del encargo parece referirse exclusivamente a actuaciones u omisiones del árbitro derivadas de su función arbitral tras la aceptación, sin embargo, en nuestra opinión, también deben incluirse el incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad frente a las partes en el arbitraje que pueden ser determinantes en el momento de su aceptación, máxime cuando estos incumplimientos pueden derivar en una anulación del laudo y cuando se trata de principios que han de respetarse a lo largo de todo el procedimiento arbitral.

Del mismo modo y si nos referimos a la responsabilidad de las instituciones administradoras por su actuación durante la fase prearbitral, su actuación u omisión tendrá un reflejo posterior en el desarrollo del procedimiento y generalmente en el propio laudo que podrá ser anulado por motivo o consecuencia de una responsabilidad generada en fase prearbitral.

A lo anterior se unen otros motivos o razones. La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales, así como la obligación de contratación del seguro, debe entenderse de la forma más amplia posible. En primer lugar, por razones de sistemática y unidad del sistema de responsabilidad. En segundo término, porque la distinción entre deberes y obligaciones legales, contractuales o, incluso extracontractuales, está fran-

---

<sup>422</sup> Explica GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.285 que la conducta del árbitro afecta al iter pre procedimental, al procedimental o en el laudo, esto es, actuaciones indebidas *in negotio*, *in procedendo* o *in iudicando*. De forma similar: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.178. Todas ellas, desde luego a nuestro juicio, están incluidas en el estándar de responsabilidad del art. 21.1 LA.

camente difuminada en la propia Ley de Arbitraje, que expresamente considera prevalente la voluntad de las partes frente a las propias disposiciones legales entendiendo, incluso, que el reglamento de la institución arbitral se incorpora al acuerdo de las partes. En tercer lugar, porque la responsabilidad se conecta con la propia aceptación del árbitro de la encomienda arbitral como señala el art. 21.1 LA, de tal forma que cuando el árbitro acepta un arbitraje asume también someterse al concreto reglamento que rija el procedimiento arbitral. Y, en cuarto lugar, porque así puede derivarse de las tendencias actuales en materia de daños, donde la responsabilidad extracontractual, esto es, de deberes accesorios que integran el contrato generan también una responsabilidad contractual haciendo baldía la distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad<sup>423</sup>.

Por otra parte, y aun cuando existen disfunciones como las ya señaladas aquí, la práctica en la contratación de los seguros es clara y determinante: las pólizas de responsabilidad civil no hacen semejantes distinciones, como tampoco según hemos comentado discriminan entre la responsabilidad contractual y la extracontractual<sup>424</sup>, quedando amparado todo supuesto de responsabilidad ya derive expresamente de la Ley de Arbitraje o de los acuerdos entre las partes y los árbitros.

Fuera de las situaciones descritas, y aunque es fácil suponer que la mayor parte de las situaciones que generarán la responsabilidad civil del árbitro y de las instituciones arbitrales encajarán en el marco de una relación contractual, puesto que la actividad del árbitro y de las instituciones arbitrales se habrá desplegado cuando una o las dos partes en conflicto les hayan previamente asignado la encomienda arbitral y ésta haya sido aceptada, no ha de descartarse sin más que la responsabilidad contraída por el árbitro o las instituciones arbitrales en el ejercicio del encargo pueda enmarcarse en el incumplimiento del deber general del “*neminem laedere*” y, por lo tanto, en el marco del artículo 1902 CC que consagra la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Así podría suceder tanto en relación con las conductas arbitrarias de los centros arbitrales antes de la aceptación del encargo, como una vez que se haya aceptado si el perjudicado por la conducta ilícita resulta ser un tercero extraño a la relación contractual de servicios, por ejemplo, un testigo o un *amicus curiae*<sup>425</sup>. También podría ser extracontractual la acción si el perjuicio lo causa el árbitro a un tercero, por ejemplo, algún daño derivado de un error arbitral que perjudique a un tercero ajeno al procedimiento como podrían ser terceros afectados en fase de ejecución, la matriz de una filial, terceros afectados por una medida cautelar, etc<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> Sobre esto último, véase: Luis Díez-PICAZO, Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999, pp.264-266.

<sup>424</sup> El tratamiento unitario del sistema de responsabilidad beneficia así a las aseguradoras, como al efecto se ha puesto de relieve: YZQUIERDO, p.383.

<sup>425</sup> Se podría demandar al centro arbitral si el tercero interesa su participación en el arbitraje y el centro se niega, así: JOLIVET, p.6.

<sup>426</sup> El profesor RIVERO, pp.4226 -4227, enumera a los posibles terceros afectados, entre otros, los acreedores de una de las partes litigantes perjudicados por la no emisión del laudo o la nulidad de éste, o por una decisión dolosa o culposamente injusta que repercuta en la solvencia de un litigante, deudor de ese tercero;

Estos supuestos quedarían también cubiertos por el art. 21.1 LA que, aunque parezca partir únicamente de una responsabilidad contractual al derivar la responsabilidad de la aceptación del cumplimiento de la encomienda arbitral, deben también considerarse incluidos en el mismo por las razones ya indicadas<sup>427</sup>.

#### 1.4. La responsabilidad conjunta

El SRC en el ámbito del arbitraje presenta algunas particularidades derivadas de la posible intervención en el hecho dañoso de varios sujetos. En tribunales de tres miembros, no todos necesariamente han podido ser causantes del daño; además las instituciones arbitrales pueden haber participado en el acto lesivo de algún modo<sup>428</sup>.

La participación conjunta o concurrente de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el acto lesivo es posible y habrá de individualizarse el grado de participación de cada uno de ellos en la producción del evento dañoso para delimitar claramente la esfera de responsabilidad en la que se incurre. Sin perjuicio de que determinados servicios serán prestados únicamente por el centro arbitral resaltar que la participación conjunta de los árbitros y la institución en determinados trámites y funciones relacionadas con el arbitraje ha llevado a un sector de la doctrina correctamente a entender que se produce una responsabilidad solidaria<sup>429</sup>.

La posible existencia del consentimiento del perjudicado como elemento que mitigará o, incluso, podría eliminar la responsabilidad civil, es un elemento que habrá de considerarse en cada caso. El perjudicado ha podido ser consciente durante el procedimiento arbitral que determinada actuación de los árbitros o las instituciones podría generar un daño indemnizable y no haber procedido a su denuncia (art.6 LA). Se tratará entonces de determinar si ello implica la exoneración de la responsabilidad civil de los árbitros/instituciones o si podría hablarse en ciertos casos y situaciones de culpa impropia del perjudicado. Pueden existir diversas escalas y formas de intervención que pueden modular la concurrencia de culpas, que habrán de ser analizadas caso por caso y conforme a la aplicación de las reglas generales del ordenamiento jurídico.

---

la persona que tiene pendiente un contrato con una parte contendiente cuya vigencia y eficacia depende del laudo; lesión del derecho de crédito del tercero por actuación dolosa o culposa de los árbitros; cocontratantes de las partes litigantes o dependientes de éstas, perjudicados por una decisión arbitral en la que ha mediado dolo o culpa de los árbitros.

<sup>427</sup> Apreciación en la que coincide la doctrina de forma positiva: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, pp.281-282; y GISBERT, pp.13-14. Contra: RIVERO, p.4228.

<sup>428</sup> Nos referimos estrictamente a estas relaciones por ser las más importantes en el ámbito del SRC, aunque podría intervenir otros sujetos en el evento dañoso, por ejemplo los abogados de alguna de las partes o, incluso, terceros.

<sup>429</sup> En este sentido se pronuncia: MUNNÉ CATARINA, p.58 por ejemplo en relación con la aclaración del laudo o notificación del mismo. Y bajo la LA (1988): LLEDÓ, Artículo 16, p.273 y p.277.

## II. EL CUMPLIMIENTO FIEL DEL ENCARGO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS

Las obligaciones de los árbitros se relacionan con el cumplimiento fiel del encargo<sup>430</sup>, y de él derivan obligaciones legales, aunque también deberes y obligaciones que derivan de la aplicación del Reglamento arbitral pactado por las partes o, en su caso, aquellos que puedan derivar del convenio arbitral o de acuerdos específicos de las partes, y a los que el árbitro también queda sujeto cuando acepta el encargo. Incluso con anterioridad a la aceptación en algunos casos puede hablarse de existencia de deberes impuestos al árbitro de carácter ético o de carácter legal. A tenor de lo indicado resulta evidente que los deberes de los árbitros son de tres tipos -legales, contractuales y éticos<sup>431</sup>-, y se enlazan en relación con las actividades propias que despliega el árbitro.

A continuación expondremos algunas de las posibles hipótesis de responsabilidad de los árbitros derivadas de un análisis de la jurisprudencia española en relación con la anulación de laudos, en el bien entendido que potencialmente el incumplimiento de cualquier obligación podría ser generadora de responsabilidad si concurre alguno de los títulos de imputación del art. 21.1 LA<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> El deber de fidelidad también se predica de los abogados, así la Sentencia de 25 marzo 1998, en relación con la responsabilidad civil de los abogados, en su Fundamento de Derecho II indica que: "Siendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado artículo 1544 del Código Civil, las de prestar el servicio por una de las partes (el profesional, abogado en el presente caso) y pagar el precio o remuneración por la otra (el empleador; el cliente, en la terminología forense), se añade también el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana (con la base de preceptos expresos del BGB), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la sentencia de 3 de julio de 1990) en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones programáticas. El deber de fidelidad tiene su base en el Código Civil, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal *intuitu personae*; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado estatuto".

<sup>431</sup> MULLERAT, *The liability*, p.4; y José Carlos FERNÁNDEZ-ROZAS, *Clearer Ethics Guidelines & Comparative Standards for Arbitrators*. En *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Editores: Miguel Ángel Fernández-Ballester/David Arias. Madrid: La Ley, 2010, pp.413-449. Como indica acertadamente GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.276: "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". Sobre la ética del árbitro, últimamente: José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Ética del árbitro*. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones, 2011, vol.IV, nº1, pp.31-74.

<sup>432</sup> Vid. Por ejemplo, la lista ejemplificativa de TRULI, p.384: "a party-appointed arbitrator resigns shortly before the end of the arbitral Proceedings, thus delaying the issuance of a decision adverse to the party that appointed him; an arbitrator fails to disclose pertinent information about his prior relations with a party creating doubt as to his independence and impartiality; an arbitrator simply walks out of the arbitral proceedings, or simply fails to show up at the time and place of the arbitration, again causing unnecessary expense and delay; an arbitrator accepts unilaterally additional remuneration from the party that appointed her or meets ex part with the party to discuss the tribunal's deliberations, thus perhaps warning it about the strong possibility that it will lose the case, giving this party the opportunity to settle the case prior to an award; an arbitrator suggests favorable arguments that her appointing party has overlooked; or two arbitrators deliberate without

## 2.1. Obligaciones relativas a la independencia e imparcialidad

El deber de los árbitros de permanecer independientes e imparciales constituye un elemento esencial tanto de las obligaciones de los árbitros como por parte de las instituciones que deberán velar porque dicho principio se cumpla y mantenga<sup>433</sup>. Tan es así que la independencia se configura como “un presupuesto habilitante objetivo y material con respecto a las partes y a la institución que propone o designa al árbitro” y que está en íntima conexión con la responsabilidad arbitral<sup>434</sup>. De hecho, ésta es una de las cuestiones que más problemas pueden dar lugar en la práctica tanto en relación con sus perfiles teóricos como prácticos, particularmente en el último caso en relación con la responsabilidad de los árbitros. No en vano comienza a detectarse que están aumentando en la práctica las acciones de anulación de laudos arbitrales sobre la base de falta de independencia/imparcialidad de los árbitros.

El artículo 17 LA en relación con los motivos de abstención y recusación<sup>435</sup> exige que los árbitros sean independientes e imparciales, sin que puedan mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. Se entiende no sólo las relaciones de los árbitros con algunas de las partes del arbitraje,<sup>436</sup> sino también con cualquiera de los abogados de las partes<sup>437</sup>.

Además del estándar legal enunciado, las partes pueden requerir como condición previa a la aceptación o, incluso así se requiere en algunos formularios de aceptación de alguna institución administradora, que el candidato a árbitro observe determinadas reglas que delimitan sus obligaciones de revelación frente a las partes en el arbitraje

---

the presence of the third arbitrator” (notas a pie omitidas).

<sup>433</sup> Tan importante resulta la imparcialidad del árbitro que el único caso en que se prevé en nuestro ordenamiento jurídico un arbitraje obligatorio (para terminación de una huelga: art.10.1 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo 1977) se justifica siempre que en el establecimiento de dicho arbitraje se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros (STC 11/1981, de 8 de abril).

<sup>434</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.48, y pp.147-149.

Sin embargo, se ha de observar que con cierta frecuencia los comentaristas no reconocen expresamente esa conexión entre incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad y posible responsabilidad, como se evidencia cuando se consideran únicamente como remedios punitivos o sanciones que se pueden imponer a los árbitros que incumplan dichos deberes únicamente la recusación del árbitro y la nulidad de la sentencia arbitral. Vid. Por ejemplo: Francisco VICTORIA-ANDREU, La independencia del árbitro: ¿realidad o quimera?. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2011, vol.IV, nº1, p.168.

<sup>435</sup> Como ha advertido MONTERO AROCA, Artículo 17, p. 861, mientras que el art.12 LMA sólo habla de motivos de recusación, el art.17 LA se refiere a la abstención y recusación “y con ello se descubre que al legislador español le ha traicionado su formación jurídica”.

<sup>436</sup> No faltan ejemplos en la jurisprudencia en los que se aprecia el carácter restrictivo con el que se consideran las posibles relaciones entre los árbitros y las partes. Vid. Por ejemplo, las sentencias citadas por GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, pp.742-746.

<sup>437</sup> GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.740 con cita a las SAP Navarra, 21 febrero 2000 (JUR 113772) y SAP Las Palmas, 3 marzo 2009 (JUR 248636).

en cumplimiento de los estándares de independencia e imparcialidad y en concreto sujeto a estándares internacionales<sup>438</sup> como los recopilados por las Reglas de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de 29 mayo 2004; reglas que de otro modo no se entenderían aplicables<sup>439</sup>.

Precisamente y en conexión con lo anterior, la Ley de Arbitraje exige a los árbitros que revelen todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, lo que se aplica tanto en el momento de su aceptación como posteriormente (art.17 LA), y que da lugar al conocido dilema a que se enfrenta el árbitro ante situaciones concretas<sup>440</sup>, y que puede dar lugar a situaciones complejas en las que el exceso de revelación sea usado como táctica dilatoria o entorpecedora del arbitraje. Sea como fuere, destacar que la omisión<sup>441</sup> del deber de revelación puede dar lugar a la responsabilidad del árbitro<sup>442</sup>, y además que el conjunto de circunstan-

---

<sup>438</sup> La literatura jurídica acerca de la independencia y la imparcialidad del árbitro es numerosa sobre todo en el campo del arbitraje internacional, puede verse: *The arbitral process and the independence of arbitrators*. ICC Publication, nº472, Paris, 1991; *The Status of the Arbitrator*. Special Supplement. ICC Court of Arbitration Bulletin, Publication nº565, 1995; y Andrew I. OKEKEIFERE, *Appointment and challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Agenda for improvement*. Int.A.L.R., 1999, nº5/6, pp.167-174 (Part I), and 2000, nº1, pp.13-18 (Part II).

<sup>439</sup> SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12) (JUR 347818), que ha indicado con respecto a las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, a las que aludieron ambas partes durante la acción de anulación, que no procede su aplicación, ya que no se trata de normas de derecho positivo, y al catalogar, con el referido objetivo, dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, para resolver cuestiones de rango constitucional, a normas emitidas por una Asociación, cuando por otra parte las normas que integran el Ordenamiento Jurídico permiten solucionar adecuadamente la recusación planteada. No obstante, el Tribunal, al único efecto de dar respuesta a la controversia suscitada al respecto, analiza las Directrices de la IBA y considera que existen cuando menos dos circunstancias que encajarían en el listado naranja, que supone que el árbitro debe, ante la duda, ponerlas de manifiesto (norma general 3), como son el hecho de que el yerno del Sr. árbitro trabaja en el despacho que defiende en el arbitraje a la hoy demandada (supuesto 3.3.5) y la emisión de dictámenes para entidades vinculadas con la hoy demandada (supuesto 3.1.1), por lo cual, la hipotética aplicación de tales normas no haría sino llevar a concluir que debieron ponerse de manifiesto tales circunstancias, constituyendo por ello un motivo que, si bien no sería causa de recusación, incidiría en la procedencia de la misma.

<sup>440</sup> Vid. Relatando el ejercicio dilemático al que se enfrenta el árbitro y apreciando sus contornos y límites: ALONSO PUIG, Artículo 17, pp.249-252. Id., El deber de revelación del árbitro. En *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. El arbitraje en el Perú y el mundo. Director: Carlos Alberto Soto Coaguila; coordinadora: Katty Mendoza Murgado. Instituto Peruano de Arbitraje/Magna, 2008, pp.323 y ss.

<sup>441</sup> Si hay conocimiento/consentimiento por las partes no habría incumplimiento. En nuestra jurisprudencia puede verse el caso resuelto por la SAP Navarra, 24 mayo 2004 (RA 198818), donde entiende que el árbitro que aparecía expresamente designado en el convenio arbitral no puede ser recusado por ser el abogado de una de las partes en otro litigio, puesto que su nombramiento en el convenio fue consentido por todas las partes, conociendo todas la relación profesional entre el árbitro y una de las partes.

<sup>442</sup> Por todos: Juan SÁNCHEZ CALERO, *La abstención y recusación del árbitro*. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2012, nº2, pp.353-354. Como ha señalado el prof. CREMADES, *La responsabilidad*, p.14, la falta de revelación puede generar una posible error en la selección de la persona, que es un elemento básico del convenio arbitral.

cias de revelación es más amplio que el de las circunstancias de recusación puesto que las partes tienen derecho a conocer todas las circunstancias que potencialmente pudieran generar dudas sobre la independencia o imparcialidad de los árbitros<sup>443</sup>.

Volviendo al estándar legal, la Ley no especifica qué se entienda por independencia e imparcialidad, incluso se ha dudado que la primera sea realmente aplicable a los árbitros por carecer de un estatuto propio, por lo que se concluye que los árbitros sólo pueden carecer de imparcialidad pero no de independencia<sup>444</sup>. Para estos autores, se considera que la independencia tiene un carácter absoluto pues no se enlaza con un proceso concreto, mientras que la imparcialidad es de carácter relativo pues necesariamente tiene que enlazarse con un proceso específico<sup>445</sup>.

Incluso se llega a englobar la imparcialidad en el término independencia que sería así la noción general que agruparía a otros como neutralidad y objetividad<sup>446</sup>, aunque un sector doctrinal distingue claramente las dos figuras<sup>447</sup>. La independencia, derivada también constitucionalmente para jueces y magistrados en el art. 117.1 CE, se ha considerado en relación con ellos que “comporta, positivamente, sumisión sólo a la ley y, negativamente, no sumisión a nada y a nadie más”<sup>448</sup>.

En el arbitraje se ha entendido por nuestra jurisprudencia que la independencia comporta un criterio objetivo que atiende a la relación del árbitro con las partes<sup>449</sup>, mientras

---

<sup>443</sup> Vid. Recomendaciones del CEA relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros, p.6. También últimamente en la jurisprudencia: *Cour de Cassation*, 10 octubre 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2013, nº1, pp.129-137 con comentario de Charles Jarrosson. En el caso en cuestión, se anuló un laudo por falta de revelación del árbitro, un profesor de universidad, que había sido *of counsel* durante 11 años en el despacho de abogados de una de las partes, habiendo asesorado en varias ocasiones (dos o tres) al mismo tras dejar su puesto en dicha firma.

<sup>444</sup> Así se pronuncian: MONTERO AROCA, Artículo 17, pp.859-860; y GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.738, considerando ambos que la confusión entre la independencia e imparcialidad en la LA deriva del art.12 LMA. Por ello, para estos autores, la independencia sólo puede predicarse de los jueces y en el caso de los árbitros lo que se ha de considerar es que el art.17 LA se refiere a la imparcialidad.

<sup>445</sup> MONTERO AROCA, Artículo 17, p.853.

<sup>446</sup> CLAY, pp.245-252.

<sup>447</sup> Acerca de la diversa terminología utilizada por las leyes, reglamentos arbitrales, jurisprudencia y doctrina donde en unos casos se equiparan la independencia y la imparcialidad y en otros aparecen separados, véase: HENRY, pp.122 y ss, partidario de la separabilidad entre ambos.

<sup>448</sup> MONTERO AROCA, Artículo 17, p.848.

<sup>449</sup> Vid. SAP Las Palmas, 23 marzo 2009 (RJ 248636) en relación con la solicitud de anulación de un laudo arbitral dictado por un árbitro que había sido condenado penalmente, por sentencia firme, en tres procedimientos penales por delitos de apropiación indebida, estafa y deslealtad profesional. El tribunal considera que no puede considerarse en el caso concreto un motivo de anulación del laudo puesto que cuando fue nombrado árbitro ya había extinguido sus responsabilidades penales y cuando aceptó el arbitraje estaba en pleno ejercicio de sus derechos civiles y legalmente habilitado para el ejercicio de su profesión de abogado. Así indica la sentencia “ya tenía extinguidas sus responsabilidades penales y no estaba inhabilitado para ejercitar su profesión de abogado por lo que podía ser árbitro, tenía capacidad legal para ello, y sus antecedentes penales no constituyen *per se* motivo de abstención o recusación afectante a su independencia

que la imparcialidad es un criterio subjetivo que se refiere a la actitud frente a las partes y que es un deber ético esencial del árbitro<sup>450</sup>. De este modo, “la independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar”<sup>451</sup>. Coincide esta delimitación conceptual con la expresada por el CEA en sus Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros<sup>452</sup>, y así se ha señalado que: “La independencia es una cuestión de hecho, la imparcialidad una actitud, un estado mental de ausencia de perjuicios con respecto a la litis concreta que debe ser juzgada, y un comportamiento procesal: aquél que pone a ambas partes en situación de igualdad”.

La imparcialidad se refiere a que el árbitro debe ser y permanecer neutral durante todo el procedimiento sin otorgar preferencias o privilegios a alguna de las partes del arbitraje, de tal forma que existirá parcialidad cuando “el árbitro favorece a una de las partes o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes al asunto objeto del litigio”<sup>453</sup>. Como se ha indicado muy gráficamente, la imparcialidad implica que “quien juzga no puede ser parte”<sup>454</sup>.

---

e imparcialidad respecto de las partes en conflicto entre quienes dirimía la controversia. Las expresadas circunstancias permitirían quizá cuestionar su idoneidad pero la inidoneidad del árbitro no es causa de anulación del laudo arbitral, podría serlo del convenio arbitral, por error en la persona nominada en el mismo cuando la calidad de la persona hubiera sido la causa que motivó el convenio arbitral”.

<sup>450</sup> SAP Madrid, 5 mayo 2008 (JUR 177811). También: ALONSO PUIG, Artículo 17, p.243.

<sup>451</sup> ALONSO PUIG, Artículo 17, p.243. Vid. Además: SAP Madrid, 12 diciembre 2011 (JUR 2012/26837); y STSJ Aragón, 8 enero 2013 (JUR 2885) que no atendió a la acción de anulación por falta de independencia del árbitro puesto que: “En todo caso, las dos circunstancias comunicadas a las partes -haber sido el letrado de la entidad solicitante del arbitraje, Vicedecano en la Junta de Gobierno presidida por el árbitro, y haber sido también socio del mismo despacho profesional ocho años antes del arbitraje- no tienen la necesaria relevancia para considerar que hayan podido afectar a la independencia e imparcialidad del árbitro, ni en su vertiente de idoneidad subjetiva, o convicción personal del árbitro en un determinado caso, a fin de excluir que internamente haya tomado partido o vaya a basar su decisión en perjuicios indebidos -ATC, Sección 2ª, de 23 de enero de 2008-, ni en la vertiente objetiva, correspondiente a su relación con la materia objeto del arbitraje. No basta, en definitiva, con alegar cualquier tipo de relación o vínculo entre el árbitro y la parte o su defensor, sino que las mismas deben tener la suficiente entidad como para hacer dudar de la objetividad del árbitro. En el caso que nos ocupa, las relaciones ya expresadas no se mantenían en el momento del arbitraje y fueron expuestas con total lealtad por el árbitro a las partes, mostrando estas su expresa conformidad a la tramitación del arbitraje bajo la “dirección y tutela” del Decano del Colegio profesional. No se advierte, en fin, que el laudo sea contrario al orden público por no la no abstención del árbitro en las circunstancias expuestas”.

<sup>452</sup> Cit., p.3. Coincide también la doctrina, véase por ejemplo: Ramón MULLERAT, De nuevo sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros (con un comentario sobre las Directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional y su reforma). Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje, 2007-2008 y 2009, nº4,5 y 6, p.167, quien señala que el orden en el cual deben analizarse es primero la independencia como cuestión de hecho y en segundo lugar la imparcialidad como cuestión psíquica.

<sup>453</sup> GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 13, p.739.

<sup>454</sup> MONTERO AROCA, Artículo 17, p.853.

No es menester profundizar en este trabajo sobre las diferencias entre ambos conceptos, pero sí resaltar un matiz advertido por la doctrina que atiende desde una vertiente práctica a aglutinar a la independencia e imparcialidad bajo una misma finalidad: asegurar un proceso equitativo<sup>455</sup>.

Y así ha sido resaltada por la jurisprudencia, destacando la SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12)<sup>456</sup> en relación con la anulación de un laudo arbitral por carecer un importante catedrático de nuestro país de la imparcialidad necesaria. El tribunal considera que la independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes. La imparcialidad, por su parte, supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral.

Tras repasar el concepto de independencia e imparcialidad, el tribunal entiende que para que tenga éxito la recusación han de concurrir circunstancias que “den lugar a dudas justificadas”, por lo cual no basta con acreditar la existencia de algún tipo de vínculo entre el árbitro y los intervinientes en el proceso, debiendo analizarse caso por caso si las relaciones o circunstancias puestas de manifiesto son de suficiente entidad para dudar de la imparcialidad u objetividad del árbitro recusado, esto es, si las circunstancias concurrentes permiten sostener fundadamente que en el desempeño del arbitraje, el árbitro puede actuar con predisposición a favor o en contra de alguna de las partes, o bien que podría no conducirse de forma ecuánime y objetiva a la hora de resolver las cuestiones que le son formuladas.

En el caso en cuestión, el tribunal considera que existen circunstancias que ponen de relieve una relación del Sr. Árbitro recusado con el despacho que desarrolla la defensa de una de las partes del arbitraje que va más allá de una relación puntual y esporádica, ya que no puede ser calificada como tal, a juicio del Tribunal, aquella relación en la que un familiar cercano (yerno) desarrolla su función en dicho despacho, el señor árbitro reconoce tener diversos amigos, y en concreto reconoce dicha amistad con el Socio Director del despacho, y desempeña la función de asesorar en materias docentes a un Centro de Estudios vinculado con dicho despacho sobre los Máster en Derecho Empresarial, y si bien se trata de un cargo honorífico, evidentemente, su pertenencia al Consejo Asesor implica la consiguiente relación, que obviamente debe suponerse positiva, con los integrantes de dicho Centro vinculado al despacho defensor de los intereses de una de las partes. Por lo demás, ha dedicado una obra jurídica a la persona que da su nombre a dicho despacho, lo cual, con independencia de la magnitud de la obra de que se trate, implica una relación de amistad y/o admiración. Analiza también

---

<sup>455</sup> ALONSO PUIG, Artículo 17, p.247, tras repasar las diferentes definiciones a nivel internacional.

<sup>456</sup> JUR 347818.

el tribunal la relación del Sr. Árbitro recusado con la demandada, indicando que: de sus aclaraciones a este respecto cabe tomar en consideración que ha emitido dictámenes a solicitud de entidades con ella vinculadas, y si bien la emisión de un dictamen no tiene por qué suponer necesariamente la defensa de intereses de la parte que lo solicita, implica obviamente una labor de asesoramiento jurídico<sup>457</sup>. Por otro lado, sigue el tribunal, si bien manifiesta no haber tenido relación de ningún tipo con altos ejecutivos de la firma, reconoce haber mantenido reuniones anteriores al arbitraje con dos de los ejecutivos, no aclarando el Sr. Árbitro ni las fechas, ni el motivo y contenido de estas conversaciones con dichos altos directivos de la entidad demandada, ni desprendiéndose de lo actuado debidamente acreditado cuál fue el contenido de éstas.

Tales circunstancias, continua el tribunal, si bien aisladamente consideradas, no tendrían virtualidad para sustentar la recusación del Sr. Árbitro, no obstante, apreciadas en su conjunto, por un lado, ponen de manifiesto una relación de proximidad y vinculación con el despacho que defiende los intereses de una de las partes, y que permiten afirmar la existencia de fundamento para que la parte recusante dude de la imparcialidad e independencia del señor árbitro recusado. A lo anterior, añade el tribunal, incide el hecho de que el árbitro recusado no hubiese puesto de manifiesto previamente las circunstancias referidas, o cuando menos algunas de ellas. Por todo lo indicado, el Tribunal considera que cabe la anulación del laudo arbitral por infracción del art. 21.1 d) y f) LA en relación con el art.17.1 y 3 LA y el art.24 de la Constitución Española, y por lo tanto por infracción del orden público procesal.

## 2.2. Obligaciones relativas al procedimiento arbitral

Al igual que en el caso anterior los deberes de los árbitros durante el procedimiento son también de tipo legal o contractual y derivan de la aceptación del encargo. A este segundo tipo de obligaciones responden aquellas específicamente acordadas por el árbitro si éste acepta mayores deberes de confidencialidad, o si acuerda someterse o aplicar reglas específicas de procedimiento como las Reglas de la IBA sobre práctica de la prueba<sup>458</sup>. Nos encontraríamos, por lo tanto, ante específicos deberes asumidos por el árbitro, quien los habrá aceptado de forma expresa o implícita y que deben ser tomados en consideración a la hora de valorar la responsabilidad de los árbitros.

Sin poder abordar en este trabajo la extensa variedad de hipótesis susceptible de generar la responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales, un análisis de la jurisprudencia arbitral en sede de anulación de laudos demuestra que pueden resultar generadoras de responsabilidad los casos en que se han anulado laudos por

---

<sup>457</sup> Mayores problemas puede presentar en la práctica el nombramiento de un árbitro que ha desempeñado previamente y de forma repetida dicha función en relación con la misma parte o que ha sido nombrado por el mismo despacho. Vid. Sobre esta cuestión los diferentes enfoques de las instituciones arbitrales: Maria C. RIVERA-LUPU/Beverly TIMMINS, Repeat appointment of arbitrators by the same party or counsel: a brief survey of institutional approaches and decisions. Revista del Club Español del Arbitraje, 2012, nº15, pp.103-118.

<sup>458</sup> IBA Rules on the taking of Evidence in International Commercial Arbitration de 29 mayo 2010.

cuestiones relacionadas con la vulneración del derecho a la prueba o del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>459</sup>.

### 2.3. Obligación de laudar

La resolución de la controversia mediante la emisión de un laudo es el principal deber que asume el árbitro al aceptar un arbitraje, y cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad, por ejemplo, si renuncia sin justa causa al encargo, si renuncia o entorpece el procedimiento de decisión/colegiación, si el laudo carece de total motivación o si se delega a un tercero la decisión. Efectivamente, la resolución de la controversia se configura como una obligación personalísima del árbitro basada en el carácter *intuitu personae*, por lo que no puede delegar en un tercero, ninguna de las labores básicas que tiene encomendadas<sup>460</sup>.

A nuestro juicio, esta obligación principal que despliega el árbitro es de resultado pues se obliga con la aceptación a cumplir un encargo específico y un resultado concreto que se materializará en la emisión de un laudo<sup>461</sup>. Ello no es óbice para que pueda hablarse una actividad global del árbitro que es la de prestar un servicio. Asimismo, en un mismo contrato pueden existir los dos tipos de obligaciones: de actividad o de resultado<sup>462</sup>. Con todo debe precisarse que la diferenciación entre obligaciones de medio y de resultado

---

<sup>459</sup> SAP A Coruña, núm.241/2006 (Sección 6), 27 junio 2006; SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12) (JUR 347818); STSJ Canarias, 9 julio 2012 (JUR 1387); SAP Sevilla, 17 octubre 2012 (JUR 2013/994), donde una de las partes no fue citada a la audiencia; STSJ de Madrid, 5 noviembre 2012, La Ley 223132; y SAP Valladolid, 8 octubre 2013 (JUR 187329), donde se dictó el laudo sin dar a la parte actora oportunidad de hacer alegaciones al informe pericial pedido por la JAC. Como indica la STS 3 octubre 2012 (JUR 558), entre otras muchas: "el derecho fundamental protegido por el artículo 24 de la Constitución Española comprende la facultad de obtener una resolución fundada en derecho, sea favorable o adversa, en cuanto garantía frente a la arbitrariedad por parte de los poderes públicos –sentencia del Tribunal Constitucional 163/2008, de 15 de diciembre-, razón por la que el necesario respeto al referido derecho exige, en primer lugar, que la resolución esté fundada, es decir exprese los elementos o razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios en que se basa la decisión y, además, que los mismos conformen una fundamentación en derecho, como garantía de que no ha habido una aplicación arbitraria de la legalidad ni un error patente, pues, en tales casos, se trataría tan sólo de una mera apariencia". Vid. Arts.218.2 y 469 LEC.

<sup>460</sup> Como al efecto acertadamente se indica: "la resolución de una controversia por parte del árbitro es una obligación personalísima al consistir en una actividad intelectual en función de sus conocimientos, especialidad, experiencia, disponibilidad, etc. Cualidades todas ellas infungibles que contribuyen al carácter indelegable de las obligaciones *intuitu personae* del árbitro" (MUNNÉ CATARINA, cit., p.22). En el mismo sentido: RIVERO, p.4223.

<sup>461</sup> Así también obligación de resultado: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.285, añadiendo que el árbitro se obliga a emitir un laudo que no sea anulable; y RIVERO, p.4220. Por el contrario: CLAY, pp.592-593, quien considera que se trata de obligaciones de medios, aunque prescinde de la distinción al analizar las diversas obligaciones; empero lo anterior, el prof. CLAY, pp.708 y ss, al analizar la responsabilidad contractual del árbitro sí recurre a dicha distinción con el objetivo de deslindar los criterios de imputación de responsabilidad de los árbitros. Recuérdese, por otra parte, que el juicio de responsabilidad no debe alcanzar al derecho a equivocarse del árbitro (*supra* capítulo I, apartado I).

<sup>462</sup> RIVERO, p.4221. Discrepamos, sin embargo, del apunte que realiza el profesor RIVERO en la nota a pie 5 de su trabajo –que repite en la nota 10- cuando señala que el cumplimiento fiel del encargo es una obligación de actividad o cuando indica que el laudo dictado con grave negligencia o impericia o dictado con mala fe es una obligación de actividad. A nuestro juicio, y como se ha indicado, el cumplimiento fiel del encargo se desglosa en múltiples deberes para el árbitro, siendo que la obligación esencial es la relativa a la emisión del laudo que es una obligación de resultado.

es muy polémica y así se apunta que tiende a ser cada vez menos trascendente en materia de responsabilidad civil por la tendencia de los tribunales a proteger al acreedor perjudicado que difumina los contornos entre ambas obligaciones<sup>463</sup>, así como por el hecho de que se trata de una distinción desconocida en algunos ordenamientos jurídicos. No obstante, y aunque pueda prescindirse de la división indicada, resulta útil a efectos de incardinar las actividades del árbitro en la clásica división obligacional.

No faltan casos en nuestra jurisprudencia que se relacionan con anulaciones de laudos basados en el incumplimiento de los deberes esenciales de los árbitros en relación con la emisión del laudo, por ejemplo, en lo que respecta a la ausencia o falta de motivación<sup>464</sup>, que ha sido incluso apreciada de oficio por ser un componente del orden público<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup> Vid. Últimamente un apunte sobre esta cuestión sobre la base del derecho contractual europeo: Antoni VAQUER ALOY, La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho Contractual Europeo. En Ejercicio de las Profesiones Liberales y Responsabilidad Civil. Directora: Paloma de Barrón Arniches, Granada: Comares, 2013, pp.4 y ss.

Sin embargo, la cuestión es muy polémica y la distinción se ha considerado útil y relevante en dos cuestiones precisas: el objeto de la obligación y la carga de la prueba, como analiza detalladamente: YZQUIERDO, pp.253 y ss. Precisamente sigue a este autor en materia de carga de la prueba estipulando una distribución diferente dependiendo del tipo de obligación que asuman los árbitros: RIVERO, pp.4245-4246, aunque también señalando la inversión de la carga de la prueba cuando el árbitro esté en mejor disposición de probar.

Mantiene la distinción entre dicho tipo de obligaciones en materia de contratos comerciales: art.5.1.4 Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010).

<sup>464</sup> STSJ Galicia, 2 mayo 2012 (RJ 6364): “la motivación es necesaria y obligada en todo caso”, considerando que en el arbitraje de Derecho se exigen los mismos requisitos de motivación requeridos para las sentencias judiciales “por lo que se pueden aplicar por analogía las normas positivas y la jurisprudencia elaborada sobre los requisitos internos y la finalidad de la motivación de las sentencias”. En el caso en cuestión, se anuló el laudo por insuficiente motivación; un reciente comentario en: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, Motivación del laudo arbitral en equidad (sentencia del TSJ Galicia CP 1ª nº18/2012, de 2 de mayo). Arbitraje, 2013, nº2, vol.6, pp.469-477); STSJ País Vasco, 12 junio 2012 (JUR 8792): “Lo único que nos corresponde comprobar en el presente caso es, por un lado, que la resolución arbitral está motivada, es decir, que contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión, y, por otro lado, que dichos criterios no son arbitrarios, irrazonables o manifiesta o patentemente erróneos”. Auto TSJ País Vasco, 19 abril 2012 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) (JUR 6133) considerando que no existía motivo de anulación basado en la falta de motivación pues “el laudo está motivado y que dicha motivación contiene una fundamentación jurídica que permite conocer que la decisión arbitral es fruto de una interpretación y aplicación del Derecho plenamente reconocible. Y que la misma no puede considerarse arbitraria, ni manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni aquejada de error patente”. Del mismo modo se ha rechazado anular un laudo por falta de motivación, por ejemplo en la SAP Santa Cruz de Tenerife, 27 octubre 2006, núm. 371/2006 (sección 1ª). En dicha acción de anulación, se alega infracción del orden público por falta de motivación de uno de los pronunciamientos del laudo, en concreto, el relativo al rechazo a la moderación de la cláusula penal. El tribunal rechaza, sin embargo, este motivo porque las exigencias constitucionales no imponen una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*. Acerca de la exigencia de motivación no tiene el mismo alcance dependiendo del tipo de arbitraje (derecho o equidad), véase STSJ 28 febrero 2013 (JUR 4799).

<sup>465</sup> STSJ Andalucía, 8 enero 2013 (JUR 185964). En la sentencia relativa a un arbitraje de consumo el tribunal considera si este motivo es encuadrable en el apartado d) o si supone una contravención del orden

Por su parte la doctrina ha elaborado el concepto del error arbitral como un supuesto genérico de responsabilidad del árbitro, que ha sido formulado por nuestra doctrina a semejanza del error judicial<sup>466</sup>, aplicándose los mismos requisitos y caracteres. Así se ha indicado que el error arbitral deriva de la emisión de un “juicio equivocado, craso, palmario y manifiesto en la fijación de los hechos o en la aplicación de la norma sustantiva o procesal que resulte pertinente” separándose de los cauces legales<sup>467</sup>. El error arbitral ha de ser “indudable, patente y objetivo, es decir, que no proceda de una mera interpretación diferente, y por tanto, subjetiva a la que el árbitro haya dado a una norma o a un hecho”, no existiendo error cuando la divergencia existe en la interpretación de las normas aplicables o de los hechos<sup>468</sup>.

Los errores arbitrales pueden ser muy variados pero se han considerado a modo ejemplificativo los supuestos en los cuales el árbitro parte de unos hechos radicalmente distintos de aquellos que son la base del laudo arbitral; también cuando el árbitro aplica un precepto legal inadecuado, por ejemplo, una norma largamente derogada o califica el contrato de forma totalmente improcedente; entrarían también los errores arbitrales en el procedimiento, tanto en la forma como en la sustancia de las normas aplicadas<sup>469</sup>. Resulta evidente que los errores arbitrales en su más severa manifestación podrían generar la responsabilidad del árbitro (art. 21.1 LA), y así la STS 22 julio 2009 se refiere precisamente a un error manifiesto, grave e inexcusable como fundamento de la responsabilidad arbitral.

## 2.4. Incumplimiento del plazo para laudar

Dentro de los diversos y potenciales casos de responsabilidad, el incumplimiento del plazo para laudar es uno de los más controvertidos. El artículo 37.2 LA se refiere directamente a la responsabilidad de los árbitros indicando en su último inciso que: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

Este precepto debe su actual redacción a la modificación operada en la Ley de Arbitraje por virtud de la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Se modifica el art.37.2 en el sentido de

---

público, apartado f), ambos del art. 21.2 LA. Y así señala el tribunal: “En consecuencia si, como en este caso, no es que la motivación sea poco consistente o criticable, incluso errónea, sino manifiesta y patentemente inexistente, el laudo no puede ser tenido institucionalmente como tal, lo que comporta un defecto de validez apreciable de oficio sin necesidad de oír a las partes sobre tal aspecto, por ser contrario al orden público y resultar de una mera constatación sin necesidad de valoración jurídica compleja. Ello comporta la nulidad del laudo arbitral (...)”.

La cuestión es, como se sabe, controvertida. Vid. Nota anterior.

<sup>466</sup> ATIENZA NAVARRO, pp.135 y ss desgrana los perfiles del mismo.

<sup>467</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.176 con apoyo en la STS 3 marzo 1993.

<sup>468</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.173.

<sup>469</sup> Todos ellos apuntados por: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.177-179.

variar las consecuencias jurídicas que provoca la no emisión del laudo en los plazos previstos en la Ley o fijados por las partes que bajo la Ley 60/2003 en su redacción original consistían en la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros<sup>470</sup>. Con la reforma, la expiración del plazo no afecta a la validez del convenio arbitral, pero se mantiene la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros. Evidentemente como confirma el legislador en la Exposición de Motivos se trata de una solución que acoge el principio del *favor arbitralis*. De esta forma, se decanta el legislador por solucionar un problema práctico muy importante que había dado lugar a decisiones contradictorias de las Audiencias Provinciales en sede de anulación del laudo<sup>471</sup>.

Con independencia de la reforma legal dirigida a preservar la validez del convenio arbitral pese al exceso del plazo para emitir el laudo, la cuestión que se suscita es la relativa a los criterios de imputación de la responsabilidad de los árbitros en este caso, esto es, si la “desnuda” responsabilidad del art.37.2 LA debe implicar una remisión y por lo tanto aplicación de los criterios del art. 21.1 LA –mala fe, dolo o temeridad- o si debería relacionarse con el estándar de responsabilidad general en materia contractual –culpa o negligencia- del art.1101 CC. O, incluso, si se trata de una responsabilidad objetiva<sup>472</sup>.

La respuesta que se dé a la cuestión planteada puede servir para apoyar las diferentes tesis en torno a la interpretación del art. 21 LA que examinaremos posteriormente. Así, podría mantenerse que la falta de referencia en el art.37.2 LA a un régimen concreto de imputación –a diferencia del art. 21.1 LA- sólo puede resultar en la aplicación de las normas generales basadas en la culpa o negligencia. En otras palabras, resultando un caso especial el art.37.2 LA que se regiría por las reglas generales de responsabilidad pero no por la especial del art. 21.1 LA, se aplicarían criterios diferentes de imputación de responsabilidad<sup>473</sup>. Por el contrario, se dirá por los defensores

---

<sup>470</sup> En su redacción original el art.37.2 2º inciso LA indicaba que: “La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

<sup>471</sup> Vid. PERALES VISCASILLAS, La reforma de la Ley de Arbitraje, pp.667 y ss.

<sup>472</sup> Parece inclinarse por esta consideración al entender que no se precisa “culpa” de los árbitros en relación con el art.37: Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, Artículo 21. En J. Garberí Llobregat. Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. Barcelona: Bosch, 2004, p.425.

<sup>473</sup> Hay autores que parecen establecer criterios diferentes de imputación para el caso del laudo dictado fuera de plazo. Por ejemplo, GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.287 si bien considera que en el art. 21 no cabe la culpa leve, señala que el laudo dictado fuera de plazo es un presupuesto de “acción culposa” (Id., p.291). Por su parte MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.186-192 considera que el laudo dictado fuera de plazo provoca una responsabilidad directa y solidaria entre los árbitros y la institución arbitral, quedando a salvo que un árbitro exprese su voto particular. Se trata de un incumplimiento total y definitivo que prácticamente por los términos en los que se expresa el autor parece conceptuarlo muy próximo a una responsabilidad de tipo objetivo.

Para finalizar, parece también atender a criterios diferentes: Francisco RAMOS MÉNDEZ, El nuevo régimen del laudo arbitral. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y

de conceptos estrictos de imputación de responsabilidad, que el art.37.2 LA se remite simple y llanamente al art. 21.1 LA, por lo que toda responsabilidad de los árbitros quedara unitariamente comprendido en el sistema del art. 21.1 LA.

La respuesta no resulta sencilla de determinar aunque sí resaltar que el legislador desde antiguo se ha preocupado específicamente de la responsabilidad del árbitro en relación con el plazo de emisión del laudo<sup>474</sup>. Así, la LA (1988) establecía para el arbitraje institucional un mandato a las cortes arbitrales dirigido a impedir la designación de árbitros que hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prorroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales (art.14 LA). Por su parte, la EM de LA (2003) si bien no se refiere a la responsabilidad en general sí indica específicamente que “El freno a un posible retraso injustificado en la decisión de la controversia se encuentra, entre otras causas, en la responsabilidad de los árbitros”.

En nuestra opinión no existen razones de peso para apartarse del régimen general de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA. Además, el que el art.37.2 LA se refiera a la responsabilidad, sin mayores calificativos, no es suficiente para la inaplicación de la norma general del art. 21.1 LA. Las reglas generales de interpretación de las normas jurídicas dictan que se aplique la norma general ante el silencio del art.37.2 LA. Indicado lo anterior, el exceso del plazo para laudar supondrá en la mayor parte de las situaciones una negligencia grave, que como veremos consideramos como título de imputación de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA, al tratarse de un dato conocido, objetivo y de fácil constatación por el árbitro que da lugar en la terminología contractual a un incumplimiento esencial cuando se excede el mismo<sup>475</sup>.

## 2.5. La responsabilidad de los árbitros: límites

Desarrolladas las obligaciones de los árbitros de forma general en el apartado antecedente, debemos plantear si existen determinados límites o excepciones que puedan considerarse a la hora de exigir la responsabilidad a los árbitros al amparo del art. 21 LA.

### 2.5.1. La anulación del laudo: ¿requisito de procedibilidad?

Uno de los mayores reproches que puede recibir un árbitro es que el laudo por él dictado se vea anulado o que se deniegue su reconocimiento y ejecución. Ello es así porque la anulación implica que el árbitro –a juicio de la autoridad judicial- ha quebrantado

---

Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p.199, considerando que no se cualifica a priori la responsabilidad pues las circunstancias de producción pueden ser muy diversas.

<sup>474</sup> Vid. Recientemente: OLIVENCIA, El laudo extemporáneo.

<sup>475</sup> En sentido contrario parece pronunciarse, sin embargo, OLIVENCIA, El laudo extemporáneo, al indicar que: “La simple negligencia culposa por dejar transcurrir el tiempo, la pasividad, la omisión de la diligencia debida para cumplir la obligación principal del encargo, que es la de dictar laudo, no origina responsabilidad”.

principios básicos del arbitraje o vulnerado derechos esenciales de las partes, de ahí que la anulación de un laudo sólo se conciba de forma muy restrictiva. Sin duda a esta consideración ayuda el que los motivos de anulación y de ejecución de un laudo, que están universalmente aceptados por la influencia de la LMA y el CNY, se consideren tasados y sujetos a una interpretación estricta al implicar una injerencia del poder judicial en el ámbito arbitral<sup>476</sup>. Por supuesto, la acción de anulación no puede confundirse con una apelación o segunda instancia por lo que no cabe la revisión de los motivos de fondo determinantes de la decisión de los árbitros en el laudo<sup>477</sup>.

La cuestión que se plantea en relación con la responsabilidad de los árbitros es si la anulación del laudo es requisito previo y prácticamente imprescindible para apreciar su responsabilidad, esto es, si es un requisito de procedibilidad o, incluso, si es una cuestión que únicamente puede suscitarse con ocasión de la acción de anulación<sup>478</sup>. En este sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina tendente a restringir al máximo posible el ámbito aplicativo del art. 21 LA y, por lo tanto, de la responsabilidad de los árbitros, no dudándose en señalar que:

“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 (...). Por lo tanto se presenta como un presupuesto prácticamente

---

<sup>476</sup> Así claramente relacionando ambas cuestiones: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.286. Aun estando de acuerdo con esta configuración restringida y tasada de los motivos de anulación de los laudos, sin embargo, disintimos del autor citado como se verá en texto. Es también la postura en Austria de acuerdo con la STS Austria, OGH 6 junio 2005. Vid. SCHWARZ/KONRAD, nº8-016 y 8-017; y Stefan RIEGLER/Martin PLATTE, Chapter II: The Arbitrator- Arbitrator’s Liability. En Christian Klausegger/Peter Klein, et al (eds), Austrian Arbitration Yearbook. CH Beck, Stämpfli & Manz, 2007, pp.117-118. En relación con el derecho estadounidense lo propugna también: HAUSMANINGER, p.31.

<sup>477</sup> En este sentido unanimidad también en la jurisprudencia considerando también el carácter tasado de los motivos de anulación: SAP Valencia, 14 julio 2008; SAP Valencia, 7 enero 2010 (JUR 744); SAP Valencia, 10 marzo 2011 (JUR 191213); SAP Valencia, 25 julio 2011 (JUR 398799); SAP Valencia, 17 noviembre 2011 (JUR 2012/39520); SAP Madrid, 12 noviembre 2010 (JUR 2011/36080); SAP Las Palmas, 2 febrero 2011 (JUR 343145); SAP Madrid, 15 febrero 2011 (La Ley 34444); SAP Madrid, 10 junio 2011 (sección 28) (JUR 2011/256573), donde además claramente se indica las diferencias entre ampliar los motivos por vía de interpretación analógica, y subsumir supuestos no expresamente previstos en el art.41.1 LA en alguno de los motivos de anulación dada la generalidad de su formulación. Y SAP León, 4 noviembre 2011 (JUR 424178).

<sup>478</sup> En el caso de la responsabilidad civil de jueces y magistrados nótese que el art.413.1 LOPJ impone un requisito de procedibilidad al establecer 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”. Nótese, además, que la recusación del árbitro podría dar lugar a responsabilidad de los mismos, por lo que no podemos estar de acuerdo con quienes consideran que la recusación sustituye a la acción de responsabilidad para los casos menos grave de incumplimiento del deber de independencia y que, por lo tanto, no puede dar lugar a una posterior demanda de responsabilidad. De acuerdo también con lo aquí expresado: HENRY, pp.264-265.

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 (...)<sup>479</sup>.

Disentimos respetuosamente de esta interpretación<sup>480</sup> sin perjuicio de reconocer que las hipótesis de responsabilidad que pueden tener un mayor sentido en la práctica deriven de laudos anulados o, incluso, que la doctrina prevalente en relación con la anulación como la relativa a que no es una segunda instancia y por lo tanto no puede reexaminarse el fondo del asunto sirvan para establecer también los contornos de la responsabilidad de los árbitros.

No sólo es que el art. 21 LA guarde silencio sobre esta cuestión, y en general la propia Ley de Arbitraje, sino que además dicha visión no sería acorde con el propio ámbito de aplicación del art. 21 LA que se refiere al perjudicado como sujeto dañado, quien puede ser un tercero extraño al procedimiento, según hemos indicado, y quien no ostentaría legitimación activa para anular un laudo pues no ha sido parte en el procedimiento arbitral<sup>481</sup>.

Además de lo anterior, sería posible que la responsabilidad de los árbitros pudiera derivarse de actuaciones dolosas, temerarias o de mala fe que no sean estrictamente las enumeradas como motivos de anulación en el art.41 LA. Así sucedería, por ejemplo, si se demandara la responsabilidad civil del árbitro por no haber laudado, por violación del deber de confidencialidad o por infringir el deber de conservación de la documentación<sup>482</sup>.

Por idénticas consideraciones no podemos tampoco compartir la opinión de los autores que han mantenido que se ha de solicitar primeramente al árbitro la correspondiente acción de corrección o complemento del laudo y tras ello se le podrá dar cauce vía la acción de anulación y en concreto sobre la base de los motivos de contrariedad con el orden público y que alguna de las partes no haya podido hacer valer sus derechos contemplados en los apartados 1.f) y 2.b) del art.41 LA<sup>483</sup>.

---

<sup>479</sup> GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.285, con apoyo en los artículos 403.2 LEC y 413 LOPJ. Más incisivo nota 11, p.287 al indicar que es “un presupuesto imprescindible –aunque no suficiente- para que sean exigibles responsabilidades, que el recurso de la anulación prospere”.

Parece sugerir también que será necesario primero la anulación: CREMADES, La responsabilidad, p.15.

<sup>480</sup> También: RIVERO, p.4231, considerando la autonomía de ambas acciones, aunque puedan estar vinculadas. Del mismo modo, como señala también la acción de responsabilidad no prejuzga el contenido y acierto del laudo cuando se haya dictado con incumplimiento por el árbitro de sus obligaciones.

<sup>481</sup> Claramente: Auto AP Barcelona, 12 enero 2006 (sección 15), La Ley 324936 inadmitiendo la acción de anulación ejercitada contra el árbitro por falta de legitimación pasiva. Efectivamente, como se indica en el Auto la acción de anulación debe dirigirse contra quien suscribió el convenio arbitral y no contra los árbitros o la institución arbitral. Frente a éstos lo que cabe es la acción de responsabilidad.

<sup>482</sup> Los ejemplos en: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.944-945.

<sup>483</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.174, quien incluso ha entendido que la vía del recurso extraordinario de revisión también puede hacerse valer cuando el error de hecho resulte tras la sentencia revisora. Cuestión diferente es que el error arbitral pueda tener relevancia constitucional, esto es, que pueda ser objeto de un recurso de amparo por vulneración a la tutela judicial efectiva del art.24 CE

En conclusión, la acción de anulación no es requisito previo para determinar la responsabilidad del árbitro. Es un remedio insuficiente pues no sirve para compensar a la parte perjudicada respecto de los daños y perjuicios que el incumplimiento del árbitro o de la institución haya podido causar. Además cuestión distinta aunque conexas es que en la acción de anulación no se puede declarar la responsabilidad del árbitro como cosa juzgada como resulta evidente por el hecho de que el árbitro no es parte del procedimiento dirigido a anular un laudo, sino, en su caso, testigo, por lo que necesariamente se habrá de iniciar el correspondiente juicio ordinario<sup>484</sup>.

En definitiva ha de mantenerse la independencia entre la acción de anulación y la acción de responsabilidad. Dicho esto ha de reconocerse que tanto una como la otra tiene un efecto desestabilizador en el arbitraje pues ponen en tela de juicio el propio sistema arbitral, pero insistimos en la distinción entre ambas acciones y además negamos que la posible amenaza de desestabilización del sistema por partes descontentas con el resultado del laudo deba erigirse en un elemento a favor de un sistema de inmunidad de los árbitros<sup>485</sup>.

Asimismo señalar que no existe una conexión necesaria entre la anulación del laudo y la responsabilidad del árbitro –y añadimos ahora de la institución arbitral-. La anulación del laudo no toma en consideración los criterios de imputación que se recogen en el art. 21.1 LA por lo que ante un laudo anulado no necesariamente se deriva una responsabilidad del árbitro o del centro. Por ejemplo, imaginemos un laudo que se anule por considerar el juez encargado de dicha anulación que la materia objeto de controversia en el laudo es inarbitrable. La decisión del árbitro –o, en su caso, la decisión *prima facie* de la Corte- acerca de la arbitrabilidad –concepto amplio e indeterminado (art.2.1 LA)- puede simplemente deberse a una concepción extensiva de lo que se entienda por arbitrable y que puede no ser coincidente con una interpretación más restringida o estrecha del art.2.1 LA que acoja al juez encargado de la anulación. En este tipo de

---

en relación con la vulneración del orden público (art.41.1 b), aunque se ha considerado que primeramente deben seguirse los pasos ya indicados y que son los clásicos en el arbitraje. Mayores detalles: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.180 y ss.

<sup>484</sup> Incidentalmente indicar que la anulación del laudo puede derivarse también de la actuación de los centros arbitrales y éstos vienen reclamando desde hace tiempo que puedan ser oídas en el procedimiento de anulación, porque en muchas ocasiones desconocen por completo su inicio. Como ha indicado acertadamente Elena GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTAZAR, La reforma de la Ley de Arbitraje: Luces y sombras. El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto 2011, nº38, p.29 "dada la responsabilidad a la que están sometidas las instituciones arbitrales con respecto a la tramitación de los arbitrajes, el legislador ha perdido una valiosa oportunidad, reclamada por las instituciones arbitrales más relevantes de este país, de articular una manera en la que éstas puedan ser oídas en los procedimientos de anulación de laudos dictados en arbitrajes administrados, especialmente en los casos en los que los causales de anulación (como la existencia de defectos en las notificaciones, en la tramitación del procedimiento arbitral o en el nombramiento de árbitros) puedan potencialmente tener su origen en actuaciones de las Cortes y, por ende, hacerlas susceptibles de incurrir en responsabilidad en caso de que la acción de anulación prospere".

<sup>485</sup> Elemento usualmente citado por la doctrina en el arbitraje internacional, véase aunque críticos, por todos: PÖRNBACHER/KNIEF, p.224.

situaciones<sup>486</sup>, resultaría extremadamente difícil probar, siquiera decir, que el árbitro que se ha limitado a interpretar jurídicamente un concepto indeterminado en la propia Ley de Arbitraje ha actuado con dolo, mala fe o temeridad<sup>487</sup>.

Sentado lo anterior, y desconectada la responsabilidad de los árbitros de la previa declaración de nulidad del laudo, no puede compartirse la opinión relativa a que la acción de responsabilidad contra los árbitros debe agotar previamente “los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la LA cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral”<sup>488</sup>.

Sea como fuere, la acción de responsabilidad aunque teóricamente no debería articularse con una finalidad dirigida a evaluar sustantivamente la decisión adoptada por los árbitros tanto en relación con su derecho a decidir como, por ejemplo, en relación con la valoración de las pruebas que haya realizado el árbitro<sup>489</sup>, lo cierto es que resultara bastante probable que el juicio sobre responsabilidad tenga que valorar la decisión adoptada por el árbitro.

### *2.5.2. La responsabilidad en el seno de tribunales arbitrales: la emisión de un voto particular*

La responsabilidad dentro del colegio arbitral se ha considerado indivisible y mancomunada<sup>490</sup>, respondiendo mejor esta concepción, según el sentir mayoritario de la doctrina, que la idea de la solidaridad.

---

<sup>486</sup> O similarmente la que deriva de una anulación de un laudo arbitral por inexistencia del convenio arbitral al haber considerado los árbitros la extensión de un convenio arbitral contenido en un contrato a un segundo contrato. Vid. STSJ Cataluña, 16 mayo 2013 (JUR 5394).

<sup>487</sup> En la jurisprudencia EEUU, véase: United States District Court, S.D. New York. GLOBAL GOLD MINING, LLC, Petitioner, v. Peter M. ROBINSON, et al., Respondents.No. 07 Civ. 10492(GEL), 6 February 2008, disponible en: Westlaw, 533 F.Supp.2d 442. En el caso en cuestión, se demandó a la CCI y a su Presidente, Peter M. Robinson porque la CCI consideró *prima facie* que la disputa –que afectaba a un contrato de compraventa de acciones siendo la sede del arbitraje Nueva York- no era arbitrable en relación con uno de los 4 accionistas, y se solicitaba al juez estadounidense una *injunction* consistente en que la CCI remitiera la cuestión al tribunal arbitral. El tribunal consideró que no tenía jurisdicción sobre la CCI para ordenarle lo que el demandante solicitaba, y además que cuando las partes se sometían a una arbitraje administrado por la CCI conferían determinados poderes al tribunal arbitral, lo que incluía la decisión *prima facie* sobre la arbitrabilidad, no resultando un remedio apropiado la demanda a la CCI cuando se podía demandar a la parte que se resistía al arbitraje a someterse al mismo.

<sup>488</sup> STS 22 junio 2009 (JUR 4703). En sentido similar se pronuncian entre otros: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.174; y recientemente Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO/Lucas OSORIO ITURMENDI, Los llamados “árbitros de parte”. Revista del Club Español del Arbitraje, 2013, nº18, apartado 8.1 (en prensa), aunque no cuando se trata de supuestos de responsabilidad que no pueden encuadrarse en los causales de anulación.

<sup>489</sup> Vid. SAP Barcelona, 14 noviembre 2003 (JUR 2004/5079).

<sup>490</sup> Así la práctica totalidad de la doctrina. RIVERO, p.4248; y OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.941, quien lo hace sobre la base del art.1137 CC aunque también del art.1723 CC en sede de mandato. De

Sin embargo, esta consideración mayoritaria podría someterse a un cierto juicio crítico derivado de las modernas tesis en torno a la solidaridad en el ámbito de las obligaciones mercantiles<sup>491</sup>, por lo que podría llegar a mantenerse que en el seno de un tribunal arbitral la regla que debe primar es la de la solidaridad. Esta es la tendencia moderna del derecho de obligaciones y contratos mercantiles que se observa en textos internacionales<sup>492</sup> y tiene visos de prosperar en el futuro Código Mercantil<sup>493</sup>.

Particularmente la solidaridad debe ser la regla cuando en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de un arbitraje está la de realizar totalmente la prestación y ello aunque se puedan adoptar las decisiones bien por la mayoría o incluso por el presidente, quien queda autorizado a tomar decisiones unilateralmente si no existe mayoría (art.35.1 LA)<sup>494</sup>. A mayor abundamiento la obligación se ha considerado también solidaria cuando no se han podido individualizar las responsabilidades de cada uno de los sujetos intervinientes en el acto dañoso, resultando ejemplo de ello el acogimiento jurisprudencial de la responsabilidad solidaria en el ámbito general de la responsabilidad civil<sup>495</sup> y particularmente entre los miembros del órgano de administración de las sociedades mercantiles, que posteriormente dio lugar al acogimiento expreso del principio<sup>496</sup>. No debe olvidarse que el propio art. 21.1 LA al acoger la acción directa, fundada como hemos visto en una solidaridad impropia, así lo establece entre la institución y el árbitro/los árbitros, por lo que con mayor criterio debería ser la solidaridad la regla a aplicar en el seno del colegio arbitral. Ello trae como importante

---

acuerdo también: Luis MUÑOZ SABATÉ, en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2006, p.376 y 380; SÁNCHEZ PRAT, p.334, y p.339; MARTÍNEZ ESCRIBANO, p.384; y DE TRAZEGNIES, p.932.

Bajo la LA (1988): LLEDÓ, Artículo 16, p.274.

<sup>491</sup> De hecho se habla de una verdadera crisis de la solidaridad que ha llevado a la aplicación del principio opuesto al que se deriva del art.1137 CC. Vid. DÍAZ DE LEZCANO, p.9 y p.44, entre otras; y Antoni FONT RIBAS, Génesis y evolución del principio de solidaridad (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio. En Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Madrid: Civitas, 1995, vol. III, pp.3243-3296.

<sup>492</sup> Vid. Art.11.1.2 (Presunción de solidaridad) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010): "Se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen claramente lo contrario".

<sup>493</sup> Artículo 415-1 del Proyecto de Código Mercantil (2013): Solidaridad en las obligaciones mercantiles: "1. En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están obligados solidariamente, salvo pacto en contrario".

<sup>494</sup> Por ejemplo se ha considerado también solidaria la obligación en el caso de coactuación dolosa en el ámbito contractual (DÍAZ DE LEZCANO, pp.59-62), y aunque pudiera considerarse de laboratorio podría generarse dicha situación en el caso de tribunales de tres miembros, si dos o, incluso los tres, se confabulan dolosamente frente a una de las partes en el arbitraje, o en el caso de árbitro único si éste se confabula con la institución administradora.

<sup>495</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1297, y pp.1302-1303, en el bien entendido como se indica por el autor con referencia a la STS 30 septiembre 1999 (JUR 7848) que no se pueda identificar la parte del daño que es atribuible a cada uno de los intervinientes. Id., Artículo 76, pp.1414-1415.

<sup>496</sup> Art.237 LSC.

consecuencia en el ámbito del SRC que la acción de regreso –la de un árbitro frente a otro u otros- generalmente no quedará comprendida dentro del riesgo asegurado en el SRC por la habitualidad con la que las reclamaciones cruzadas quedan excluidas en las pólizas<sup>497</sup>.

Con independencia de una u otra tesis, una forma de salvar la responsabilidad en el seno de un tribunal arbitral consiste en la emisión de un voto particular<sup>498</sup>. Se trata de emitir un voto disidente llamando la atención acerca del error cometido por los otros árbitros y que implica su exención de responsabilidad<sup>499</sup>.

Indicar en relación con la posible emisión de votos particulares que la redacción original del art.37.3 en su primer inciso ha recibido una nueva redacción por virtud de la reforma operada en la Ley 60/2003, por la Ley 11/2011. De esta forma la dicción original “Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, *quienes podrán expresar su parecer discrepante*” pasa a tener la siguiente redacción: “Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, *quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra*”<sup>500</sup>.

No puede, sin embargo, concluirse que la emisión de un laudo por unanimidad salve la posible objeción de nulidad de un laudo por falta de independencia e imparcialidad de uno de los árbitros. Sin perjuicio de un análisis caso por caso, como se ha indicado acertadamente, el laudo puede haber sido influido por la actuación del árbitro parcial<sup>501</sup>.

### **III. EL CUMPLIMIENTO FIEL DEL ENCARGO COMO PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES**

Poco indica la LA respecto de los deberes de las instituciones arbitrales, que no obstante pueden fácilmente delimitarse conforme al núcleo de las funciones que legalmente se le asignan y que dotan de esencialidad al arbitraje institucional pues permiten diferenciarlo del arbitraje *ad hoc*, y que son, como se indicó anteriormente, las funciones de designar o nombrar a los árbitros y la de administrar el arbitraje. Se

---

<sup>497</sup> Vid. *Supra* Capítulo II, apartado X.

<sup>498</sup> Sobre ello coincide la doctrina. Por todos: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.942; y RIVERO, p.4224. Sin perjuicio de que pueden existir decisiones que tome unilateralmente el presidente del tribunal como las cuestiones de procedimiento y que podrían suponer únicamente la imputación a su autor (art.35.2 LA).

<sup>499</sup> Claramente: Julio GONZÁLEZ CAMPOS, Artículo 21. En Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Thomson-Aranzadi, 2004, p.277; y MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.163.

<sup>500</sup> Vid. Ulteriores detalles: PERALES VISCASILLAS, La reforma de la Ley de Arbitraje, pp.667 y ss.

<sup>501</sup> Rodrigo JIJÓN LETORT, Independencia de los árbitros. En Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo. Director: Carlos Alberto Soto Coaguila; coordinadora: Katty Mendoza Murgado. Instituto Peruano de Arbitraje/Magna, 2008, pp.356-357.

trata de funciones que deben desarrollar de forma profesional, organizada, transparente y neutral.

Al igual que sucede con las obligaciones de los árbitros, los posibles riesgos a los que se enfrentan las instituciones arbitrales en el desarrollo del servicio arbitral son variados y muy amplios sin que podamos abordar en detalle todos y cada uno de ellos. Potencialmente el incumplimiento de cualquier obligación relativa al servicio de administración podría ser generadora de responsabilidad si concurre alguno de los títulos de imputación del art. 21.1 LA<sup>502</sup>.

Como se ha indicado muy acertadamente “el primer deber de las instituciones arbitrales es el de aplicarse a generar confianza mediante su apuesta por la neutralidad y la transparencia y, el segundo, es mantener la confianza con el desarrollo exquisitamente neutral y profesionalizado de su actividad”<sup>503</sup>. De ahí que no sólo es preciso que los árbitros sean independientes e imparciales sino que estos caracteres deben predicarse también de las instituciones arbitrales<sup>504</sup>.

Las funciones de nombramiento y designación de árbitros han resultado, además, precisadas legalmente con ocasión de la reforma producida por la Ley 11/2011 por la que se introduce un nuevo apartado 3º en el art.14 en el que se establece 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”.

---

<sup>502</sup> Una amplia recopilación de los diversos riesgos intrínsecos y extrínsecos que pueden dar lugar a la responsabilidad de las instituciones arbitrales principalmente desde el punto de vista de la experiencia de la CCI: JOLIVET, pp.2 y ss, aunque a nuestro juicio varias de las situaciones que comenta no responden realmente a supuestos en los que la institución arbitral incurrirá en responsabilidad sino más bien a: a) quejas de los usuarios sobre el servicio –por ejemplo, información adecuada sobre los costes del arbitraje, que incide en la obligación de transparencia- y que deben ser identificadas por la institución para solucionarlas y así se refiere a la encuesta de calidad/satisfacción; o reproches que se realizan a la institución por ejemplo, no respetar el baremo de fijación de honorarios, o de no garantizar riesgo de cambio de usar como moneda el dólar EEUU, la comunicación de datos a las autoridades fiscales; b) cuestiones que no afectan directamente al servicio arbitral pues no están conectadas con la aceptación del arbitraje, por ejemplo, informaciones o artículos doctrinales publicados por el centro, si bien indirectamente podrían dar lugar a responsabilidad, por ejemplo, como indica el autor en relación con la Guía de la CCI sobre el Reglamento de 1998, si posteriormente un empleado de la Corte no respetara dicha posición de la Corte.

Señala el autor citado (id., p.5) que las quejas más frecuentes son: incumplimiento del Reglamento arbitral por la institución, por ejemplo el rechazo a administrar una procedimiento o, por el contrario, el exceso en su administración; la ausencia de un control eficaz sobre los árbitros, de los cotes y de los plazos, la violación de normas de orden público por los árbitros o por el centro; y la falta de devolución de los costes tras la anulación de un laudo.

<sup>503</sup> DE ALFONSO, p.22.

<sup>504</sup> Recomendaciones del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros, p.8. También JOLIVET, p.2, en relación con los riesgos de la institución que derivan de su estructura y forma jurídica que pueden afectar a la independencia e imparcialidad, por ejemplo, en el caso de los centros arbitrales dependientes de una cámara de comercio si se nombra como árbitros a personas vinculadas con el centro jerárquicamente superior.

Aunque se concretan las funciones relativas a la capacidad y al nombramiento de árbitros, entendemos que en realidad en sentido amplio puede considerarse que los centros arbitrales “están investidos *ex lege* de potestades de vigilancia y supervisión de la actuación del árbitro”<sup>505</sup>. La LA refuerza así de este modo el rol de las instituciones arbitrales en relación con el nombramiento y designación de los árbitros, lo que implica, a nuestro juicio, que el éxito de un centro arbitral se va a medir por la neutralidad, transparencia, claridad y adopción de mecanismos apropiados, coherentes y transparentes para gestionar conflictos de intereses, recusaciones y nombramiento de los árbitros<sup>506</sup>.

Estas facultades de control del árbitro pueden desglosarse en las siguientes<sup>507</sup>:

- Control de la competencia, la capacidad y la compatibilidad del árbitro
- Control del cumplimiento de las formalidades y principios esenciales
- Control de la congruencia del laudo arbitral respecto de las pretensiones
- Control de la conformidad del laudo con el orden público
- Control del cumplimiento del plazo legal o convencional para emitir el laudo

Debe añadirse también el control de la institución sobre la motivación del laudo emitido por los árbitros o el tribunal arbitral, ya que sin duda alguna la ausencia total de motivación debería implicar la nulidad del laudo y la consiguiente responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales.

Los caracteres de permanencia y habitualidad a los que nos referimos anteriormente<sup>508</sup> como elemento esencial de la administración del arbitraje por centros arbitrales implica singularmente una exigencia de profesionalidad en la actuación de las instituciones administradoras, lo que eleva el estándar de responsabilidad bajo el cual se analizará una eventual demanda de responsabilidad<sup>509</sup>. De este modo se ha entendido que el centro arbitral “debe supervisar los acuerdos de las partes en materia de arbitraje y la actuación del árbitro en todo aquello que haga referencia a las formas o al procedimiento, verificando su adecuación a las normas reguladoras del arbitraje institucional”<sup>510</sup>. Al mismo tiempo, se predica también de las instituciones arbitrales una imparcialidad objetiva.

---

<sup>505</sup> MUNNÉ CATARINA, p.57, quien continua indicando: “esa labor de control sobre la actuación del árbitro forma parte del contenido mínimo y esencial que el legislador le da a la administración del arbitraje”.

<sup>506</sup> Sobre las diferentes funciones que prestan las instituciones, el control que ejercen y la transparencia en su funcionamiento puede verse el interesante estudio empírico sobre la base de la respuesta de 22 instituciones realizado por HOFBAUER, et al, pp.1 y ss. Los autores analizando los datos llegan a interesantes e, incluso, sorprendentes conclusiones en algunos casos en torno al funcionamiento de los centros arbitrales.

<sup>507</sup> Siguiendo a MUNNÉ CATARINA, p.58.

<sup>508</sup> *Supra* capítulo II, apartado 4.1.2.

<sup>509</sup> Conecta la habitualidad con la que se desarrollará la tarea de administración del arbitraje con una mayor exigencia en cuanto al servicio que prestan las instituciones: MUNNÉ CATARINA, p.32.

<sup>510</sup> MUNNÉ CATARINA, p.32.

De entre las diversas funciones, nos referiremos a la obligación de velar por la transparencia en la designación de los árbitros, así como a la obligación de administrar el arbitraje.

### 3.1. La designación de los árbitros

La designación de los árbitros es una de las obligaciones esenciales que despliegan las instituciones arbitrales<sup>511</sup>. De ahí que el centro arbitral puede incurrir en diversas responsabilidades derivadas del incumplimiento relativo a la designación de los árbitros, como pudiera ser el nombramiento de árbitros que carecen de la capacidad legal o profesional requerida legal o convencionalmente para el desarrollo de la función arbitral. En íntima conexión con lo anterior, indicar que generalmente las instituciones arbitrales se encargan también de cuestiones relativas a las recusaciones de los árbitros y sustitución de los mismos<sup>512</sup>.

En este sentido son variados los hipotéticos casos en que podría nacer la responsabilidad del centro arbitral en la medida en la que no adopte los mecanismos necesarios para impedir la designación: por ejemplo, el nombramiento de árbitros que carecen de las condiciones legales de capacidad, el incumplimiento del procedimiento de designación de los árbitros acordados por las partes o el que se derive del propio reglamento arbitral<sup>513</sup>, la ruptura del principio de igualdad entre las partes al realizar la designación de un árbitro con el objetivo de favorecer a una de las partes, el no velar

---

<sup>511</sup> Y contemplada en sus estatutos por regla general. Vid. Art.2 c) del Estatuto CAM, señalando entre las funciones de la Corte: “la designación, de conformidad con lo establecido en el presente Estatuto y en el Reglamento, del árbitro o árbitros que hayan de intervenir en cada arbitraje sometido a la Corte, en defecto de acuerdo entre las partes”.

<sup>512</sup> Así se encarga de decidir acerca de la recusación la Corte de Arbitraje de Madrid conforme a lo dispuesto en el art.15 de su Reglamento. Igualmente art.13.4 Reglamento TAB. Y art.11.4 Reglamento CCI en relación con el nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de un árbitro que son decisiones que corresponden a la Corte, siendo las decisiones definitivas y sin necesidad de que sean comunicadas las razones que las hayan motivado.

<sup>513</sup> Recientemente la SAP Barcelona (sección 15), 23 febrero 2012 (La Ley 58336) ha anulado un laudo dictado bajo el Reglamento del TAB por considerar que la institución arbitral se separó de su propio régimen de nombramiento de árbitros afectando al principio de igualdad de las partes, “en la medida que inclinó por acoger la preferencia manifestada por una de ellas y no por la otra, sin que se haya aportado ninguna justificación de tal proceder, más allá de la previsión reglamentaria de no vinculación del TAB a las preferencias de las partes, previsión que, como se ha expuesto, no regula el supuesto planteado. La amplia libertad de nombramiento del TAB no es absoluta. Tiene límites internos –las propias normas del TAB- y externos, como la ley –el artículo 14.1 LA- exige que las instituciones arbitrales velen por la transparencia en la designación de los árbitros –y los principios de igualdad, independencia e imparcialidad. El principio de igualdad es fundamental en todos los estadios del procedimiento arbitral”.

La responsabilidad de las instituciones arbitrales por una interpretación errónea de su reglamento no siempre dará lugar a su responsabilidad, dependerá de la trascendencia de dicho error en cuanto a los derechos de las partes en el arbitraje. En todo caso, las instituciones arbitrales deberán evitar redacciones ambiguas o poco claras de sus reglamentos.

suficientemente por la independencia del árbitro, etc. Lamentablemente la jurisprudencia en España demuestra que no se trata de situaciones de laboratorio existiendo numerosa jurisprudencia<sup>514</sup>.

El principio de la transparencia en la designación de los árbitros se erige en pieza fundamental de dicha función y está directamente referido a las situaciones en las cuales el centro arbitral está encargado ella misma de la designa del árbitro, por lo que podría incurrir en responsabilidad *in eligendo* si posteriormente por la actuación del árbitro o por su no actuación<sup>515</sup> se deriva un daño bajo el estándar del art. 21 LA<sup>516</sup>. Del mismo modo incurrirá en responsabilidad *in vigilando* si no controla o supervisa adecuadamente la actuación del árbitro nombrado por la(s) parte(s)<sup>517</sup>.

A poco que se piense, esta responsabilidad de las instituciones arbitrales se enlaza claramente con la acción directa del perjudicado frente a la institución por la actuación

---

<sup>514</sup> Como indica también DE ALFONSO, cit., p.18: “Hablamos ahora de los “chiringuitos” arbitrales donde las prácticas más pintorescas tienen lugar, como ventas de impresos obligatorios por importes nada desdichados, involucración de la “institución” arbitral en la ejecución del laudo, promesas incumplibles, etc., hasta salir algunas en los telediarios, con denuncias en Internet o apariciones en los edictos de los boletines oficiales. Son ciertamente residuales y no representan al sector pero es irreal negarles que tienen una indudable capacidad de proyectar una mala imagen en el conocimiento por el público interesado en las soluciones alternativas de conflictos comprometiendo su expansión”.

Vid. La relación de sentencias en: Evelio VERDERA/José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS/ José María BENEYTO/ Gonzalo STAMPA, Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España. Thomson/Aranzadi, 2013, nº420 y ss (citado en este trabajo como Jurisprudencia Española de Arbitraje). Y, entre otras: SAP Madrid, 31 marzo 2005 (sección 14ª) (nº381/2005); SAP Madrid, 9 mayo 2005, núm. 89/2005; STSJ Cataluña, 10 mayo 2012 (JUR 6368); STSJ Cataluña, 19 noviembre 2012 (JUR 2013/1775); STSJ Cataluña, 13 diciembre 2012 (JUR 11189); y Auto TSJ de Cataluña, 25 marzo 2013 (JUR 5392).

<sup>515</sup> Considera la responsabilidad de la institución de arbitraje en relación con el árbitro por ella designado y la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones por el árbitro bajo el art.19 LA: MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.894, indicando que dicha responsabilidad lo será tanto en el caso de dolo como de culpa (grave y leve).

<sup>516</sup> Por ejemplo, si mantuviera una lista de árbitros tan cerrada que pudiera dar lugar a dudas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. En este sentido, la SAP Madrid, 13 junio 2007 (JUR 321217) consideró un caso en que se ponía en duda el sistema de lista cerrada de CIMA. El Tribunal consideró que el número, que supera los 100, es lo suficientemente amplio, además de constar de letrados de la máxima categoría profesional y con prestigio indudable, que difícilmente se podría pensar en que existan dudas sobre la independencia o imparcialidad de los árbitros, apuntando que cuestión distinta sería el caso de un número reducido de asociados cuyas relaciones personales podrían influir, incluso psicológicamente, en el árbitro designado. Vid. Jurisprudencia Española de Arbitraje, nº376A y 383.

<sup>517</sup> Se refiere a la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando* de las instituciones al objeto de considerar el alcance de la responsabilidad: MUNNÉ CATARINA, p.57; JOVÉ PONS, p.496, siguiendo al profesor Cremades; y MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, p.894, considerando también que “la razón por la que la entidad deba responder durante la administración, toma como fundamento la indudable *influencia* que su gestión va a tener sobre la eficacia del arbitraje administrado”.

En ambos casos se trata de un supuesto de culpa indirecta y en la que concurre la culpabilidad de las personas dependientes del asegurado y por las cuales es responsable. En este sentido: ALONSO SOTO, p.41; y CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.40-41.

de los árbitros. Si bien podría considerarse que la acción directa no debería existir cuando la institución arbitral no nombra ella misma a los árbitros<sup>518</sup>, lo cierto es que debe entenderse que la responsabilidad, aunque de diferente grado, también existe, puesto que la institución debe proceder a confirmar o ratificar el nombramiento realizado por las partes por lo que tiene la obligación legal de asegurarse de las condiciones de capacidad, transparencia e independencia (art.14.3 LA)<sup>519</sup>.

Por ello, a nuestro juicio, la concreción de estas obligaciones de las instituciones arbitrales en la reforma de la LA de 2011, que ciertamente debían entenderse sobreentendidas con anterioridad, no se conecta directamente con la obligación de contratación de un seguro<sup>520</sup>, pero sí con el mecanismo de la acción directa.

Sea como fuere, las instituciones administradoras deberían establecer mecanismos que aseguren esa transparencia<sup>521</sup>, así como la independencia e imparcialidad de la institución<sup>522</sup>, estableciendo el procedimiento de nombramiento de árbitros o los requisitos que la institución tomará en consideración, en su caso. En este sentido, algunas instituciones arbitrales en España tienen implementados mecanismos dirigidos a una mayor transparencia, destacando los siguientes:

- La CAM elabora, actualiza y publica una lista de árbitros orientativa<sup>523</sup>. En dicha lista se incluyen los nombres de los árbitros que, por su capacidad y experiencia, puedan actuar en el marco de la Corte, sin perjuicio del derecho de las partes a designar a

---

<sup>518</sup> Así lo considera JOVÉ PONS, p.497.

<sup>519</sup> Lo aprecia también: GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.777.

Expresamente se refieren a la ratificación de los árbitros nombrados por las partes: art.9 Reglamento TAB. Y art.13 Reglamento Corte de Arbitraje de Madrid (Confirmación o nombramiento por la Corte).

<sup>520</sup> Vid. Sin embargo entendiendo que la explicación a este nuevo inciso del art.14.3 LA puede deberse a la exigencia de contratación del SRC o garantía equivalente: GONZÁLEZ SORIA, Artículo 14, p.207.

<sup>521</sup> Precisamente incide en ello las Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje, disponibles en: [www.clubarbitraje.com](http://www.clubarbitraje.com). Se indica:

“21. Procedimiento para la designación de árbitros. Toda institución arbitral deberá adoptar y publicar el reglamento que regirá la composición y el procedimiento del órgano encargado de la designación y, en su caso, de la recusación de los árbitros. Serán públicos los nombres de las personas que lo componen y, si la institución dispusiera de lista de candidatos, las personas que formen parte de ella.

22. Independencia del órgano encargado.

1. Todo miembro del órgano encargado de la designación o recusación de árbitros deberá ser independiente con respecto a las partes, a los abogados y a los árbitros.

2. El reglamento de la institución arbitral deberá tipificar las circunstancias que impiden que un miembro sea considerado independiente en una designación o recusación. El miembro afectado deberá comunicar de inmediato al Presidente del órgano la existencia de tal circunstancia, ausentarse de la deliberación y abstenerse de votar en la decisión.

3. Al informar a las partes sobre la designación o recusación, se dejará constancia del nombre de los miembros que se hayan inhibido”.

<sup>522</sup> Obligaciones que se aplican también a las instituciones. Vid. En este sentido: SAP Madrid, 4 mayo 2010 (JUR 306196).

<sup>523</sup> Disponible en [http://www.arbitramadrid.com/web/corte/introduccion\\_arbitros](http://www.arbitramadrid.com/web/corte/introduccion_arbitros).

aquellos que consideren convenientes de acuerdo con el Reglamento (art.2 a) Estatuto CAM.

- Asimismo, la mencionada CAM establece que la designación de los árbitros se efectuará por la Corte a través de la Comisión de Designación de Árbitros, cuyos miembros serán nombrados por el Pleno, siendo su presidente el Presidente de la Corte, y públicos sus nombres<sup>524</sup>.
- Se establece también en el Reglamento CAM los criterios que se considerarán para nombrar un árbitro<sup>525</sup>.
- El TAB publica sus llamadas “Posiciones” que implica un punto de partida o posicionamiento del TAB en relación con determinadas cuestiones, destacando en los temas que ahora nos ocupan la Posición nº4 del TAB de 8 noviembre 2011 en relación con la independencia e imparcialidad del árbitro, con especial atención a los despachos colectivos<sup>526</sup>.

### 3.2. Administración del arbitraje

Dentro de la función de administrar puede entenderse en sentido amplio toda función por la que se facilitan y ponen los medios necesarios a las partes para un buen desarrollo de las actuaciones arbitrales<sup>527</sup>, lo que incluye a modo de ejemplo apoyo logístico, material y humano para el desarrollo del procedimiento, toma de decisiones en defecto de las partes cuando así lo establece el Reglamento<sup>528</sup>, impulso del procedimiento, asistencia a los árbitros y a las partes en cuestiones procedimentales, etc. Igualmente se ocupan de las cuestiones relativas a la provisión de fondos<sup>529</sup> y fijación de honorarios de los árbitros<sup>530</sup>.

---

<sup>524</sup> Artículo 11.2 y 3 Estatuto CAM.

<sup>525</sup> Vid. Art.13 Reglamento CAM.

<sup>526</sup> Disponible en [www.tab.es](http://www.tab.es).

En la doctrina, últimamente sobre esta cuestión: JIMÉNEZ-BLANCO/OSORIO ITURMENDI, apartado 4.2.1.

<sup>527</sup> El Estatuto CAM establece en su art.2 a) entre las funciones de la Corte: “La administración de los arbitrajes que se sometan a la Corte, prestando su asesoramiento y asistencia en el desarrollo del procedimiento arbitral y manteniendo, a tal fin, la adecuada organización”.

<sup>528</sup> Un supuesto que podría dar lugar a responsabilidad y que es uno de los riesgos a que se enfrenta una institución deriva de la toma de decisiones que impactan directamente en el procedimiento, por ejemplo, si la Corte tiene asumida la potestad de decidir la sede del arbitraje a falta de acuerdo entre las partes si no informa a las partes acerca de los potenciales peligros en relación con el lugar o sede. Vid. JOLIVET, p.6.

<sup>529</sup> Por ejemplo, art.10 Reglamento CAM; y arts.36 (Provisión para gastos del arbitraje) y art.37 (Decisión sobre los costos del arbitraje) Reglamento CCI.

<sup>530</sup> Art.47 Reglamento CAM (Honorarios de los árbitros). Y Art.30 Reglamento TAB (Obligaciones económicas del arbitraje).

Entre los servicios administrativos también está el de facilitar las salas para realizar las audiencias, los medios sonoros y de grabación de las audiencias, traductores o intérpretes.

Las Cortes realizan un asesoramiento técnico importante en materia de procedimiento arbitral, asistiendo a los árbitros en la elaboración de órdenes procedimentales, asesoramiento a las partes y a los árbitros en la tramitación del procedimiento<sup>531</sup>, revisión del laudo<sup>532</sup>, interpretación del reglamento<sup>533</sup>, modificación de plazos<sup>534</sup>, o realizando otras funciones arbitrales como las relativas a las provisiones de fondos, notificación del laudo<sup>535</sup>, etc. Asimismo, custodian toda la documentación arbitral<sup>536</sup>, y por ello tienen

---

<sup>531</sup> Por ejemplo, art.34 Reglamento TAB: “El TAB prestará en todo momento su asesoramiento y asistencia en la tramitación del procedimiento arbitral, con la finalidad de procurar el adecuado cumplimiento de su función por parte de los árbitros”. Se trata, pues, de una obligación de información inadecuada que pudiera dar lugar a responsabilidad por parte de la institución arbitral y que tendría su entronque con el principio general de la buena fe (art.1255 CC y 57 CCo).

<sup>532</sup> No todas las instituciones administradoras prevén en sus reglamentos la función de revisión del laudo. En nuestro país, lo han previsto el Art.41 Reglamento CAM (Examen previo del laudo por la Corte), si bien se trata únicamente de modificaciones estrictamente formales, aunque la Corte, dentro del respeto a la libertad de la decisión de los árbitros, podrá llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, así como sobre determinación y desglose de las coste. En todo caso se hace hincapié en el art.41.4 que “El examen previo del laudo por la Corte en ningún caso implicará asunción de responsabilidad alguna de la Corte sobre el contenido del laudo”. Y el art.30 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje en términos prácticamente idénticos al anterior.

Ambos siguen la estela de otros reglamentos internacionales como el de la CCI: Artículo 33 Reglamento CCI (Examen previo del laudo por la Corte): “Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte”.

<sup>533</sup> Art.35 Reglamento TAB: “El TAB resolverá, a petición de cualquiera de las partes y del árbitro, todas las dudas que pudieran surgir en orden a la interpretación o integración de este Reglamento”. Art.2.1 Reglamento Corte Española de Arbitraje: “Con carácter previo a la confirmación del nombramiento de los árbitros, es competencia de la Corte resolver, de oficio, o a instancia de cualquiera de las partes, cualquier duda o cuestión que pudiere surgir con relación a la interpretación, aplicación y ejecución del presente Reglamento”.

<sup>534</sup> Art.38.2 Reglamento CCI: “La Corte podrá prorrogar de oficio cualquier plazo modificado en virtud de lo previsto en el art.38.1 si estima que ello es necesario para permitirle y para permitir al tribunal arbitral hacer frente a sus responsabilidades según el Reglamento”.

<sup>535</sup> Art.39.10 Reglamento CAM en el que se establece que la notificación del laudo se ha de hacer a las partes a través de la Corte.

<sup>536</sup> Art.45 Reglamento CAM (Custodia y Conservación del Expediente Arbitral); art.9 Reglamento Corte Española de Arbitraje y Art.33 Reglamento TAB (Custodia y conservación del expediente arbitral): “1. La custodia y conservación del expediente arbitral, una vez dictado el laudo, corresponderá al TAB, quien lo retendrá en su poder hasta que transcurran dos meses desde la firmeza del laudo. Transcurrido este plazo, cada parte podrá solicitar el desglose y entrega de los documentos originales que les pertenezcan. 2. Transcurridos cinco años desde la firmeza del laudo y previo aviso a las partes o a sus abogados o representantes en el proceso para que en el plazo de un mes manifiesten cualquier motivo justificado en contra, cesará la obligación de conservación del expediente y sus documentos a excepción de una copia del laudo que se conservará. 3. Todos los costes de la custodia y devolución de documentos irán a cargo de la parte”.

obligación de su devolución si es solicitado<sup>537</sup>, o realizan certificaciones cuando le son requeridas, lo que podría ocasionar en caso de pérdida o extravío de documentación una culpa *in custodiendo*.

Una lista de posibles servicios administrativos es la siguiente<sup>538</sup>:

- a) Mantener un archivo de comunicaciones escritas;
- b) Facilitar la comunicación;
- c) Organizar los arreglos prácticos necesarios para la celebración de reuniones y audiencias, entre otras cosas:
  - i) Asistencia al tribunal arbitral para determinar las fechas, la hora y el lugar de las audiencias;
  - ii) Salas de reuniones para celebrar audiencias o deliberaciones del tribunal arbitral;
  - iii) Servicios telefónicos y de videoconferencia;
  - iv) Transcripciones taquigráficas de las audiencias;
  - v) La transmisión en directo por Internet de las audiencias;
  - vi) Servicios de asistencia de secretaría y de oficina;
  - vii) La prestación u organización de servicios de interpretación;

---

Artículo 2 i) Estatuto CAM establece entre las funciones de la Corte: “Gestionar un Registro de los Laudos emitidos en el seno de la Corte”.

También: artículo 39 Reglamento CIMA.

<sup>537</sup> Esta obligación recae en los árbitros en los arbitrajes *ad hoc*. Un supuesto así dio lugar a una acción de responsabilidad frente a un árbitro por no haber devuelto los documentos remitidos durante el procedimiento arbitral, por lo que se le reclaman casi 3000 euros en concepto de daños y perjuicios. En el caso, no se alegó infringido el art. 21 LA, lo que no es obstáculo para que el tribunal entienda su aplicación por ser una norma legal, si bien puntualiza que la aplicable era la LA de 1988 y no la vigente. En consecuencia, el tribunal no entra a examinar la responsabilidad del árbitro puesto que dicha acción de responsabilidad no fue la ejercitada. Nótese que algunas pólizas –específicamente las de centros arbitrales- contemplan expresamente dentro del riesgo cubierto los “daños materiales, pérdida o extravío que puedan sufrir los expedientes o documentos que se encuentren en poder del asegurado para el desarrollo de la gestión encomendada”. Es también objeto del seguro en el SRC de abogados de MAPFRE que también cubre a los árbitros y en lo que ahora nos interesa en los arbitrajes *ad hoc*: “Igualmente quedan cubiertas por la póliza las reclamaciones por daños materiales, pérdida o extravío que puedan sufrir los expedientes o documentos que se encuentren en poder del Asegurado para el desarrollo de la gestión encomendada”.

<sup>538</sup> Lista tomada de las Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010, 23 agosto 2012, nota 14, p.9, disponible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), nº23.

- viii) La facilitación de los visados de entrada para comparecer en una audiencia, cuando se requieran;
- ix) La organización del alojamiento de las partes litigantes y los árbitros;
- d) Prestar servicios de tenencia de fondos;
- e) Verificar el cumplimiento de los plazos de procedimientos importantes y la notificación al tribunal arbitral y a las partes cuando dichos plazos no se respetan;
- f) Dar orientaciones de procedimiento en nombre del tribunal, si ello procede;
- g) Prestar otros servicios de asistencia de secretaría y de oficina;
- h) Prestar asistencia para la obtención de copias certificadas de todos los laudos, incluidos los certificados ante notario, si ello procede;
- i) Prestar asistencia para la traducción de los laudos arbitrales;
- j) Prestar servicios de almacenamiento de los laudos arbitrales y de los archivos relativos a los procedimientos arbitrales.

Uno de los servicios no mencionados es la supervisión de los honorarios de los árbitros que resulta una actividad relativamente frecuente en el arbitraje institucional, particularmente en el ámbito internacional. Esta labor de supervisión dependerá de cómo esté establecida la fijación de honorarios de los árbitros en los propios reglamentos. Si bien existen instituciones que disponen de unas tarifas prefijadas, esto es, unas escalas de honorarios en función de la cuantía, otras prefieren dejar libertad a los árbitros para fijar sus honorarios en función de las horas empleadas. Incluso bajo el sistema de escala de honorarios, los árbitros podrían solicitar unos honorarios mayores atendiendo a la complejidad del asunto u otros factores.

Pues bien, la institución administradora deberá controlar los honorarios de los árbitros para lo cual goza de cierta discrecionalidad sin olvidar que existen criterios orientadores como las tarifas elaboradas por los colegios de abogados o incluso las escalas ofrecidas por otras instituciones de arbitraje. Mencionar, por último, que es especialmente problemática la fijación de los honorarios en los casos de arbitrajes *ad hoc*<sup>539</sup>.

La casuística en relación con los supuestos en los que puede surgir la responsabilidad de las instituciones arbitrales puede ser muy variada. Piénsese por ejemplo en disfunciones relacionadas con el uso de medios técnicos, por ejemplo, se presta defectuosamente el servicio de grabación de una audiencia, por lo que posteriormente las partes y los árbitros carecen de los soportes audiovisuales que impiden a los abo-

---

<sup>539</sup> Vid. En relación con el art.41 del Reglamento CNUDMI (2010) "Honorarios y gastos de los árbitros", Pilar PERALES VISCASILLAS, Artículo 41. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado. Directores: Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola. Legis, 2010, pp.423-437.

gados realizar sus conclusiones o a los árbitros escuchar nuevamente a los testigos; prestación defectuosa del deber de información o, en su caso, de asesorar acerca del funcionamiento del Reglamento<sup>540</sup>, etc.

Centrando ahora el examen jurisprudencial en relación con supuestos de anulación de laudos<sup>541</sup> debido a la acción o inacción de la institución administradora, destacan los casos de anulación debidos a la falta de notificación del laudo<sup>542</sup>, obligación que recae generalmente en las instituciones administradoras<sup>543</sup>.

Otros casos interesantes elaborados por la doctrina y que podrían generar responsabilidad de la institución administradora residiría en el abandono de funciones<sup>544</sup>, al tratarse de un incumplimiento grave del deber de fidelidad subsumible en el art. 21.1 LA y que puede ser calificado “de desidia y pigracia arbitral”<sup>545</sup>. Asimismo se ha desarrollado en la doctrina el error arbitral por funcionamiento anormal de la institución arbitral. La doctrina<sup>546</sup> se ha encargado de traspasar los caracteres ya examinados en relación con el error de los árbitros a las instituciones arbitrales y en paralelismo, desde luego

---

<sup>540</sup> Se ha entendido, sin embargo, en este caso que habría que diferenciar entre informar acerca del funcionamiento del Reglamento y aconsejar, supuestos además que pueden estar sujetas a percepciones diferentes por parte de los usuarios del arbitraje. Vid. JOLIVET, p.3.

<sup>541</sup> Se han detectado también casos en la jurisprudencia de imposición de sanciones administrativas (calificadas como leves por regla general) en materia de vulneración de secretos personales. Las situaciones contempladas por la jurisprudencia son muy parecidas y se deben a una infracción de la normativa sobre protección de datos (art.10 LOPD) por parte de la Corte Arbitral que remite el expediente arbitral conteniendo datos personales no sólo de una de las partes sino, además, de otros sujetos no parte del arbitraje que eran también clientes de otra de las partes. En concreto se trata de listados de clientes de telefonía móvil con su nombre y apellidos, número de teléfono, fechas de alta y baja, así como el plan de precios contratado y, en algunos casos, distintas cantidades no satisfechas. Vid., entre otras: Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 12 noviembre 2008 (sección 1ª), La Ley 259439. En cuanto al tratamiento doctrinal puede verse: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.196-200.

<sup>542</sup> Como indica MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.119 la función de la notificación del laudo arbitral es cuádruple: “a) constituye una condición jurídica para la eficacia del laudo arbitral; b) actúa como presupuesto para que transcurran los plazos de impugnación del laudo arbitral o, en su caso, aclaración y rectificación; c) pone en conocimiento de las partes la labor del árbitro y su fallo respecto al conflicto que se le ha sometido; d) determina la ejecución material del fallo arbitral”.

<sup>543</sup> Por ejemplo: STSJ de Andalucía, 18 enero 2012 (La Ley 62527). En este caso, se anuló un laudo de las JAT por incumplir el plazo para dictar el laudo de conformidad con el art.37.2 LA. En el caso en cuestión se notificó el mismo con más de dos años de retraso, el cual sólo es imputable a “un defecto de organización o funcionamiento de la Junta Arbitral”.

<sup>544</sup> SAP Vizcaya, 25 marzo 2009 (La Ley 11850). Se anula un laudo arbitral por responsabilidad única y exclusiva del tribunal arbitral porque la fecha real de la audiencia no pudo ser suficientemente demostrada. En el caso, se alude a la falta de organización del colegio arbitral que fue alternando las citaciones, y se fueron corrigiendo fechas en sucesivas certificaciones, si bien no se destaca en la sentencia que ello se debió a la secretaria de la JAT, lo que implica que no se distinguen suficientemente la concurrencia de responsabilidades.

<sup>545</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.193.

<sup>546</sup> Nuevamente: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.179-180.

con el nombre pero también en las consecuencias al tratarse como un supuesto de responsabilidad objetiva, con la responsabilidad de las administraciones públicas por su anormal funcionamiento. Así se han considerado supuestos de error arbitral en realidad casos palmarios de incumplimiento fiel del encargo de administrar, por ejemplo, cuando no se designan a los árbitros, no se notifica a las partes su aceptación, o no se nombra un nuevo árbitro en los casos de renuncia o abstención, o se incumplan los plazos reglamentarios fijados<sup>547</sup>. Estos errores, al igual que vimos anteriormente, podrán tener, a juicio de sus defensores, relevancia constitucional en determinados casos.

A nuestro juicio resulta improcedente esta forma de analizar la responsabilidad de las instituciones arbitrales. Bajo el atractivo y sugerente paraguas del error arbitral y del funcionamiento anormal de la institución se quiere detraer la responsabilidad de las instituciones del marco del art. 21.1 LA dejándolo vacío de contenido. A nadie se le oculta que bajo dicha vestidura se pretende imponer una responsabilidad objetiva frente al estándar legal del art. 21.1 LA a actuaciones o inacciones de las instituciones administradoras que son incumplimientos de sus obligaciones legales y/o contractuales referidas a la designa del árbitro o la administración del arbitraje. La agravación de la acción u omisión de la Corte que deriva de la aplicación de la doctrina de nuestros tribunales sobre el error judicial y por lo tanto el hecho de que se trate de errores evidentes y de bulto no cambia la antedicha conclusión. Es más sirve siquiera para confirmar que esas hipótesis de “errores arbitrales” son supuestos que deben sancionarse bajo el art. 21.1 LA pues el estándar de la temeridad puede y debe acoger la culpa grave<sup>548</sup>.

#### **IV. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: MALA FE, TEMERIDAD O DOLO (Art. 21.1 LA)**

El tenor literal del art. 21.1 LA nos lleva a considerar que la responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales sólo puede serlo en función de la existencia de mala fe, temeridad o dolo, por lo que consecuentemente no responderán siguiendo el sistema general de nuestro ordenamiento basado en la responsabilidad subjetiva o por culpa.

El estándar así estrictamente considerado nos obliga a preguntarnos acerca de este privilegio legal sobre todo en comparación con el estándar de responsabilidad que se aplica a otros profesionales (*infra* 4.1); en segundo lugar, se habrá de considerar dicho estándar en función de las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad (*infra* 4.2); en tercer lugar, expondremos las diferentes

---

<sup>547</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.179.

<sup>548</sup> Alguna sentencia ha concluido si bien *obiter dicta* que bajo el art. 21.1 LA se acogen los supuestos de dolo o culpa, dando cabida a la anulación de laudos dictados con manifiesta incompetencia profesional. SAP Madrid, 15 febrero 2011, La Ley 34444.

interpretaciones que el art. 21.1 LA ha recibido en nuestra doctrina (*infra* 4.3); y finalmente analizaremos si el estándar legal de responsabilidad puede ser objeto de una interpretación correctora atendiendo a la sistemática del art. 21 LA y de la propia Ley de Arbitraje, lo que nos sitúa ante un análisis de la acción directa y del seguro obligatorio en su relación con la responsabilidad del árbitro y de las instituciones (*infra* 4.4).

En el momento de escribirse estas líneas, la interpretación del artículo 21 LA es una cuestión de máxima actualidad jurídica y va a dar lugar a un interesante debate de cara a la definición y contornos del mismo. Efectivamente, en sede judicial se está examinando un supuesto de responsabilidad civil de dos de los tres árbitros que componían el tribunal arbitral en un arbitraje internacional *ad hoc* y cuya base deriva de la anulación del laudo por la SAP Madrid, 10 junio 2011<sup>549</sup>, cuyos fundamentos de hecho y de derecho pasamos a continuación a resumir.

La cuestión central del recurso de anulación de un laudo arbitral dictado en relación con un arbitraje *ad hoc* internacional relativo a varios contratos coligados es la de determinar si uno de los árbitros resultó o no excluido del proceso de toma de la decisión plasmada en el laudo notificado a las partes. Y de ser ello así si la indebida conformación de la decisión entraña indefensión de una de las partes y, en consecuencia, si ello implica una vulneración del orden público. Se considera en este sentido por la parte demandante de la anulación vulnerado el “principio de colegialidad”, situación que entraña una contravención del orden público, y por lo tanto de anulación del laudo bajo el art.41.1 f) LA<sup>550</sup>.

En relación a si el árbitro en cuestión fue excluido de la deliberación, votación, y dictado del laudo por los otros dos árbitros, el tribunal considera que así sucedió, pues resulta acreditado que, después de un intenso proceso de discusión por el colegio arbitral en el curso de reiteradas reuniones celebradas en el transcurso del proceso arbitral, donde si bien se estuvo cerca de alcanzar una decisión del colegio por unanimidad, esta posibilidad de acuerdo unánime finalmente quebró en el transcurso de

---

<sup>549</sup> SAP Madrid, 10 junio 2011 (sección 28) (JUR 2011/256573), Ponente: Don Ángel Galgo Peco. Un comentario en: Miguel GÓMEZ JENE, Principio de colegialidad. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2012 (1), pp.257-264. Y pp.275-280 de la misma revista donde se reproduce la SAP Madrid comentada.

<sup>550</sup> En opinión del tribunal, el hecho de que la acción de anulación solo pueda fundarse en una serie de motivos legalmente tasados, los identificados en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje, no impide que, dada la generalidad de su formulación, puedan considerarse como causas de anulación supuestos no previstos expresamente en el precepto, pero que resulten subsumibles o deducibles de los relacionados en él (cuestión ésta totalmente distinta de la posibilidad de ampliación del elenco de motivos anulatorios por vía de interpretación analógica, que ha de entenderse descartada). Por otra parte, en el marco del régimen establecido por la Ley de Arbitraje, el motivo tipificado en el artículo 41.1.f) opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo todos aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reconducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del artículo 41 LA. En consecuencia, considera el Tribunal que ante una defectuosa conformación de la decisión del órgano, el laudo sería susceptible de anulación.

la última sesión que tuvo lugar con participación de todos los árbitros, dos de ellos se reunieron con posterioridad sin la presencia ni notificación al tercero y fruto de dicha reunión fue el laudo notificado a las partes y al tercer árbitro.

En este sentido considera el tribunal que si bien podría haberse dictado el laudo sin la concurrencia del tercer árbitro cuando en la reunión en la que estuvieron los tres árbitros se hubiese alcanzado una decisión mayoritaria que hubiere quedado reflejada después en el texto surgido como consecuencia de la ulterior reunión de los otros dos árbitros, lo cierto es que de las comunicaciones intercambiadas entre los miembros del tribunal arbitral se desprende que cuando se prescindió del tercer árbitro todavía no se había adoptado ninguna solución concreta por el colegio arbitral, pues existían diversas posibilidades abiertas y, sin embargo, aquel resultó excluido de la última fase de deliberación y de la de decisión del laudo notificado a las partes. En este sentido, el tribunal rechaza que lo anterior pudiera quedar subsanado por la posibilidad de emitir un voto particular.

El litigio comentado que involucra a la conocida sociedad PUMA con uno de sus distribuidores ha dado lugar a que se haya presentado una demanda de responsabilidad civil por parte de dicha empresa frente a los dos árbitros que excluyeron al tercero.

Como se intuye es fácil pensar que los escritos de las partes van a desarrollar interpretaciones diversas en torno a los fundamentos, contenido y alcance de los criterios de imputación bajo el art. 21 LA. Es de esperar que la sentencia que, en su caso, se pronuncie se decante a favor de alguna de las divergentes interpretaciones acerca de la responsabilidad de los árbitros. Se tratará del primer pronunciamiento jurisprudencial que de modo central en su fundamentación tome en consideración la responsabilidad de los árbitros bajo el art. 21.1 LA y donde intuimos que la nueva regulación del seguro obligatorio será un elemento a considerar en el debate interpretativo; elemento que no ha podido ser tomado en consideración hasta ahora por su novedad. Curiosamente indicar en relación con la demanda de responsabilidad civil comentada que, de momento, no se ha involucrado a ninguna compañía aseguradora en el litigio<sup>551</sup>.

#### **4.1. La responsabilidad de los profesionales en el ámbito jurídico. La responsabilidad de los jueces y magistrados**

El artículo 21.1 LA establece un privilegio corporativo en favor de los árbitros y de las instituciones administradoras al garantizarles una cierta inmunidad en el desarrollo de

---

<sup>551</sup> En este sentido indicar que el art.76 LCS establece el deber del asegurado de manifestar al perjudicado la existencia del contrato y su contenido y cuyo incumplimiento implicará la indemnización de los daños y perjuicios que se ocasionen por omisión de esta información: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, p.1416, con cita de alguna doctrina considera que no existe consecuencia alguna al no haberse previsto legalmente. Por otra parte, el art.16 LCS establece la obligación del asegurado de declarar el siniestro en el plazo de siete días, aunque la declaración fuera de plazo no implica el rechazo del siniestro por el asegurador.

su tarea arbitral, contrastando claramente en este punto la Ley de Arbitraje con la responsabilidad impuesta a otros profesionales, especialmente aquellos cuya actividad tiene una relación directa o indirecta con la ciencia jurídica, y se les exija o no la contratación obligatoria de un SRC. Y es que frente al estándar del art. 21.1 LA en relación con la responsabilidad por mala fe, temeridad o dolo, otros profesionales responden conforme a sistema general: dolo o negligencia.

Precisamente, en el ámbito de esas otras profesiones, los seguros de responsabilidad civil están alcanzando un enorme éxito debido sobre todo al aumento de la litigiosidad en este terreno junto con el endurecimiento legal y jurisprudencial de los últimos años en materia de responsabilidad civil. Así sucede en el ámbito de las profesiones jurídico-mercantiles con los administradores y altos directivos de las sociedades mercantiles, los auditores de las sociedades<sup>552</sup>, los administradores concursales e, incluso, los propios abogados, pero también otros ámbitos más directamente relacionados con la función de juzgar.

Entre los profesionales a los que obligatoriamente se les requiere la contratación de un seguro o garantía equivalente pueden citarse a los mediadores cuya responsabilidad civil no aparece legalmente cualificada como en el caso de los árbitros. El art.11.3 LM requiere a los mediadores –no a la institución de mediación o a ésta en su nombre como hace la LA en relación con los árbitros- la contratación obligatoria de un seguro o garantía equivalente que cubra su responsabilidad, como puntualiza el art.14, por los daños y perjuicios que causaren, sin más precisiones<sup>553</sup>, por lo que resulta evidente que responden conforme al sistema general.

Cabe igualmente citar en esta categoría de profesionales a los administradores concursales que responden por culpa o más precisamente como indica el art.36.1 LC “por los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley

---

<sup>552</sup> El art.22.1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas. BOE, 2 julio 2011, nº15, relativo a la responsabilidad civil de los auditores de cuentas señala que: “ Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en el presente artículo”. En igual sentido se pronunciaba el derogado art.11 de Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. El art.23 (fianza) por su parte exige a los auditores que obligatoriamente tengan cubierta su responsabilidad civil, entre otros, mediante un SRC. Vid. El desarrollo reglamentario en el art.55 del Real Decreto 1517/2011 de 31 octubre por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio. BOE, nº266, 4 noviembre 2011.

<sup>553</sup> El art.14 LM indica que: “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

o realizados sin la debida diligencia”, y quienes están también obligados a la contratación de un SRC o garantía equivalente.

La responsabilidad de los abogados viene establecida por el artículo 102 del Estatuto General de la Abogacía<sup>554</sup> conforme a los principios generales de responsabilidad en nuestro ordenamiento: “Los abogados en su ejercicio profesional están sujetos a responsabilidad civil cuando por *dolo o negligencia* dañen los intereses cuya defensa les ha sido confiada”. Indicando además el art.103 “La responsabilidad civil a que se refiere el artículo anterior, cuando no vaya unida a la criminal que sea objeto de acción interpuesta por el Ministerio Fiscal o por querellante particular, sólo podrá ser reclamada por el perjudicado o por quienes le sucedan o sustituyan, según las normas generales del Derecho Privado”. Por su parte, el art.105 señala que: “La responsabilidad civil consistirá en la indemnización, a cargo del Abogado, de los daños y perjuicios causados”<sup>555</sup>.

No vemos razones de peso suficientes para situar a los árbitros en una posición legal privilegiada en materia de responsabilidad en comparación con otros profesionales<sup>556</sup> ni siquiera por su “asimilación” a los jueces y magistrados<sup>557</sup>, que en nuestro sistema si bien parecen responder conforme a las reglas generales (art.411 LOPJ)<sup>558</sup>, por virtud de una interpretación correctora de la jurisprudencia a la luz de otras disposiciones legales, su responsabilidad aparece delimitada conforme al dolo o culpa grave. Así el art.411 LOPJ establece claramente que: “Los jueces y magistrados responderán

---

<sup>554</sup> Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

<sup>555</sup> Responsabilidad que alcanza al mero olvido, descuido o desconocimiento que es una ignorancia inexcusable, entre otras: STS 22 abril 2013, La Ley, nº8113, 2013.

<sup>556</sup> Sin embargo, hay ordenamientos, como el italiano, que consagran una régimen privilegiado basado en el dolo o la culpa grave cuando se desempeña una prestación que requiere la solución de un problema técnico de especial dificultad (art.2236 CC). El fundamento reside en evitar al profesional represalias por parte del cliente insatisfecho. Norma que ha sido criticada por un sector de la doctrina. Vid. Daniele de STROBER/Valentina OGLIARI, *L'Assicurazione di responsabilità civile e il Nuovo Codice delle Assicurazioni Private*. Milán: Guiffré, 2008, 6ª ed., pp.728-731.

<sup>557</sup> Por el contrario: CLAY, p.708 atendiendo a la función específica que desarrollan los árbitros señala que los árbitros no son profesionales del arbitraje en el sentido civilista y que los litigantes no son consumidores.

<sup>558</sup> Precepto en el que se basan algunos autores para sostener conforme a su tenor literal que los árbitros no deben responder de forma privilegiada: MERINO MERCHÁN, *Estatuto y Responsabilidad*, p.127, considerando además que el art. 21 LA es contrario al principio de legalidad y seguridad jurídica (art.9.1 y 9.3 CE) y a la cláusula del Estado de Derecho consagrada en el art.1.1 CE. Todo ello le llevará a realizar una interpretación correctora del art. 21 como veremos oportunamente.

Luis PUIG FERRIOL, *Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados*. En *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000, p.470, considera que la responsabilidad civil de jueces y magistrados no puede calificarse como contractual sino que se trata de una responsabilidad que establece directamente la ley como contrapeso de la independencia judicial, por lo que está más próxima a la responsabilidad extracontractual que a la contractual.

civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, *en el desempeño de sus funciones*<sup>559</sup>, incurrieren en *dolo o culpa*".

La doctrina arbitral comparando esta disposición con el art. 21.1 LA a la luz de las consideraciones de política legislativa por las cuales se introdujo el estándar de responsabilidad de los árbitros observa que: "a nadie se le ocurre mantener que la exigencia de responsabilidad por culpa compromete su [jueces y magistrados] libertad de juzgar"<sup>560</sup>. De este modo se critica la casi total exoneración de responsabilidad de los árbitros (art. 21.1 LA) en consideración con los jueces y magistrados bajo el art.411 LOPJ<sup>561</sup>. En el mismo sentido, entre los escasos autores que se han percatado de esta cuestión en relación con el título de imputación de responsabilidad de los árbitros se ha mantenido que existen razones de peso para avalar las posibles diferencias y ello por aplicación del principio de legalidad al que están sometidos de manera estricta los jueces, pero no tanto los árbitros cuando se trata de arbitrajes en equidad, debiendo, incluso, permitirse que en arbitrajes de derecho se goce de una cierta flexibilidad que debe estar a salvo de posibles ataques de los litigantes<sup>562</sup>.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y como veremos a continuación un sector de la doctrina, pero sobre todo la jurisprudencia del TS, ha encontrado la forma de sortear el tenor literal del art.411 LOPJ, estableciendo una responsabilidad únicamente por dolo o culpa grave, lo que implicaría que no existirían diferencias en materia de responsabilidad entre los jueces y los árbitros y por lo tanto decaerían las antedichas críticas, lo que no significa que no existan otros motivos que lleven justificadamente a criticar los criterios de imputación de responsabilidad acogidos en la Ley de Arbitraje. Pero vayamos por partes.

Efectivamente, se ha establecido una interpretación correctora del art.411 LOPJ, que no obstante resulta muy discutida, y criticada por un sector de la doctrina<sup>563</sup>, pues se aleja de su claro tenor literal, y que se basa en la dicción de los arts.266 y 403.2 LEC<sup>564</sup>, que utilizan como criterios de imputación de la responsabilidad el dolo y la cul-

---

<sup>559</sup> Lo que se ha entendido de forma estricta como funciones jurisdiccionales, aunque un sector doctrinal aplica por analogía el art.411 LOPJ a toda actuación de los jueces: ATIENZA NAVARRO, pp.71-73.

<sup>560</sup> OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.939.

Por el contrario: SÁNCHEZ PRAT, pp.332-333, entiende que el art. 21.1 LA encuentra un sólido fundamento en la protección del árbitro frente a presiones derivadas de la aplicación de la mera culpa, lo que podría resultar contraproducente con el criterio de libertad de juicio que debe imperar de forma similar a cómo se aplica a los jueces.

<sup>561</sup> María Elisa ESCOLÀ BESORA, Artículo 21. En Ricardo Yáñez Velasco, Comentario a la nueva Ley de arbitraje. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.385.

<sup>562</sup> MUÑOZ SABATÉ, p.374.

<sup>563</sup> Vid. Con ulteriores referencias: ATIENZA NAVARRO, pp.87-113. Considerando que los preceptos de la LEC están derogados (Disposición derogatoria 1ª *in fine* de la LOPJ) al acoger una restricción que no está contenida en el art.411 LOPJ.

<sup>564</sup> El artículo 266 LEC establece la documentación que se habrá de acompañar con la demanda en casos

pa o ignorancia inexcusable, así como en la historia legislativa de la LEC (art.903 LEC de 1881), sin olvidar el desarrollo histórico de la LOPJ y de la tramitación parlamentaria del art.411 LOPJ<sup>565</sup>. Sobre la base de los anteriores argumentos, la jurisprudencia y un importante sector doctrinal concluyen que no pueden existir diferencias entre los criterios de imputación de responsabilidad por lo que los jueces y magistrados sólo responden en los casos de dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable<sup>566</sup>.

De esta forma, y a tenor de la jurisprudencia del TS, alcanza coherencia una interpretación sistemática entre los arts.411 LOPJ y 296 LOPJ<sup>567</sup>; precepto este último que establece además una responsabilidad directa del Estado por los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos (art.296 LOPJ). Por el contrario, para el sector doctrinal que favorece una responsabilidad más amplia de los jueces y magistrados, desquitan de peso y relevancia al adjetivo “grave” del art.296 LOPJ al tiempo que se alzan voces críticas de inconstitucionalidad (ex arts.117.1 y 14 CE)<sup>568</sup>.

---

especiales: “1.º Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable”.

<sup>565</sup> Sobre el desarrollo legislativo en este punto, véase: MONTERO AROCA, Responsabilidad civil, pp.44-52; id., Independencia y Responsabilidad del Juez. Madrid: Civitas, 1990, pp.199-204; ATIENZA NAVARRO, pp.33 y ss; y SANZ ACOSTA, pp.122-137, partidario de que la responsabilidad se atribuya al Estado y no tanto directamente al juez. Aunque no exenta de polémica esta cuestión, se deriva que en nuestro sistema los jueces y magistrados históricamente sólo respondían por los casos más graves de infracción de las Leyes por “negligencia o ignorancia inexcusable” (arts.260 LOPJ (1870), considerando el art.262 del mismo cuerpo legal que por dichos términos debía entenderse: “cuando, aunque sin intención, se hubiera dictado providencia manifestamente contraria a la ley, o se hubiera faltado a algún trámite o solemnidad, mandado observar por la misma, bajo pena de nulidad”. Id., arts.903-918 LEC (1881). Es decir, los jueces no respondían por culpa leve pero sí ante culpa grave y dolo.

<sup>566</sup> MONTERO AROCA, Responsabilidad civil, pp.48-50; Francisco OLIVA BLAZQUEZ, Responsabilidad Civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable. Indret, 4/2010, pp.5 y ss.

En este sentido citar la póliza de responsabilidad civil de jueces y magistrados de MAPFRE que en relación con el alcance del seguro señala: “La presente póliza ampara la responsabilidad civil en que pueda incurrir el Asegurado en el desempeño de su función judicial y de las demás actividades que le sean atribuidas en razón de su cargo, como Juez o Magistrado de la jurisdicción que le corresponda, y en especial por aquellos daños y perjuicios irrogados por negligencia o ignorancia inexcusable que originen resoluciones judiciales contrarias a derecho o que impidan el ejercicio de un derecho bajo pena de nulidad”. Existe también una póliza específica para secretarios de la administración de justicia.

<sup>567</sup> Entre otras: SSTS 23 septiembre 1994 (JUR 6986), 10 junio 1995 (JUR 4916), 10 mayo 2000, 20 diciembre 2006, en: José ALMAGRO NOSETE, La responsabilidad civil de las profesiones jurídicas. Coordinador: Xavier O’Callaghan Muñoz. Madrid: La Ley, 2010, pp.34-45. Como señala la doctrina que ha analizado este tema, el TS acoge así la doctrina científica que propugna la limitación de responsabilidad de los jueces, siguiendo una doctrina claramente derogada como era la relativa a la interpretación del art.262 LOPJ (ya derogado): ATIENZA NAVARRO, pp.102-104.

<sup>568</sup> Con ulteriores referencias sobre este tema: ATIENZA NAVARRO, pp.94-96, destacando que esta posición es seguida por un importante sector de la doctrina que defiende el criterio de la culpa leve como presupuesto de imputación, considerando la autora incluso que la finalidad del art.296 LOPJ es la de limitar la acción de regreso del Estado, “de tal modo que si ha resarcido el daño a un particular, a consecuencia

Se exige, además, que sea una infracción *manifiesta*<sup>569</sup> pues de otra forma solamente podría conceptuarse como error judicial o deficiente o anormal funcionamiento de la administración de justicia como establece el art.292.1 LOPJ<sup>570</sup>. De esta forma, el TS distingue entre error y culpabilidad como si fueran conceptos siempre excluyentes y por ello la infracción de la norma que obedezca al criterio interpretativo del juez no da lugar a responsabilidad civil, sino a lo sumo a la declaración de error judicial<sup>571</sup>.

Por su parte, y en el marco general de responsabilidad de la Administración se responde directamente y de forma objetiva frente al perjudicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad al funcionario cuando hubiera indemnizado a los lesionados. Ahora bien, nótese que al responder los funcionarios únicamente en los casos de dolo, culpa o negligencia graves (art.145.2 Ley 30/1992) existe un ámbito de responsabilidad de los funcionarios -el de la simple culpa o negligencia-, de la cual no se obligan a responder ellos mismos en vía de repetición, y de la que responde en todo caso la Administración por lo que ésta deberá cerciorarse de que la póliza de SRC cubre todos

---

de la actuación dolosa o culposa de un juez, únicamente podrá dirigirse contra éste, en vía de regreso, en el supuesto de dolo o culpa grave. Se consigue de esta forma una mínima protección del juez que, en el caso de haber actuado con culpa leve, quedará a salvo de la reclamación estatal (aunque el ciudadano sí que podrá reclamarle)"; y OLIVA BLÁZQUEZ, pp.6 y ss.

Contra: SANZ ACOSTA, pp.151-153. Y Conclusiones aprobadas por la Asamblea Nacional de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria. En La responsabilidad personal del juez. AAVV. Thomson-Civitas, 2008, pp.228-229. En dichas conclusiones aprobadas en octubre 2006, además de proponer una modificación en el sistema de responsabilidad de los jueces eliminando la responsabilidad directa, entienden que de mantenerse ésta: "debería aclararse legalmente que la misma queda limitada a los supuestos de dolo y culpa grave, despejando así las dudas que pudieran derivarse de la redacción del art.411 LOPJ".

<sup>569</sup> Así únicamente existirá una infracción "manifiesta" si lo ha sido infringiendo una de las normas denominadas "rígidas" o "no flexibles", esto es, normas que están redactadas de forma clara y terminante y de las que no cabe arbitrio para la interpretación: ATIENZA NAVARRO, p.106, condensando la jurisprudencia del TS.

<sup>570</sup> "Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título. Queda excluida de esta responsabilidad los casos en los que interviene dolo o culpa del perjudicado (art.295 LOPJ)".

<sup>571</sup> ATIENZA NAVARRO, p.110. Como indica posteriormente la autora existe unanimidad en la doctrina al entender que error judicial sólo se refiere a actividades jurisdiccionales, siendo que el funcionamiento anormal de la administración de justicia ampara los daños ocasionados por los jueces en su actividad jurisdiccional que no puedan incluirse en el error judicial; los realizados por los jueces al realizar actividades encomendadas por la Ley que no sean jurisdiccionales; los daños producidos por el resto del personal judicial; y cualesquiera otros que sean consecuencia de un mal funcionamiento del aparato de justicia en su conjunto y en los que no es posible identificar al sujeto responsable: ATIENZA NAVARRO, pp.132-134. En todo caso, de forma mayoritaria se considera que el error puede ser de hecho o de derecho, así Vicente GUZMÁN FLUJA, El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia. Valencia: Tirant lo blanch, 1994, pp.157 y ss. Interesante también, como pone de relieve el profesor GUZMÁN la singularidad española en relación con la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia que es desconocida en otros países de nuestro entorno (Italia y Alemania) o reconocido con una menor intensidad (Francia) (id., pp.177 y ss).

sus posibles ámbitos de responsabilidad. La Ley 30/1992 precisamente remite en su art.139.4 a la LOPJ: “La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la *Ley Orgánica del Poder Judicial*”.

A tenor de lo indicado sobre la doctrina y la jurisprudencia del TS relativa a la interpretación correctora del art.411 LOPJ, no sorprenderá que nuestro más alto tribunal –STS 22 junio 2009-<sup>572</sup> en materia de responsabilidad de los árbitros al analizar una demanda de responsabilidad civil, si bien bajo la LA (1988) pero con referencias al art. 21 LA, se posiciona de forma similar al indicar que:

*“Desde el punto de vista positivo, la institución de arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia (...).*

*La necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye prácticamente una constante en Derecho comparado y se ofrece como exigencia derivada de los principios del Derecho comunitario cuando se trata de determinar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de aquel mediante actuaciones judiciales. No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (la primera tiene su fundamento constitucional en el monopolio de exclusividad de aplicación de las leyes y garantía de los derechos por el poder judicial, mientras que el segundo, según la STC 9/2005, es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento), la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional (...)*<sup>573</sup>.

A nuestro juicio, el TS parte de una confusión entre las figuras del árbitro y el juez, por una parte, así como de una distorsión interpretativa que supone traspasar el criterio corrector empleado en el art.411 LOPJ al art.16 LA (1988), que establecía claramente una responsabilidad por dolo o culpa frente al art. 21.1 LA. El TS trae en su argumentación el argumento funcional que ha servido en otros ordenamientos jurídicos, particularmente de la órbita del *common law*, para mantener la inmunidad de los árbitros<sup>574</sup>

---

<sup>572</sup> STS 22 junio 2009 (Sección 1ª) ponente Juan Antonio Xiol Ríos, sentencia núm. 429/2009 (JUR 4703).

<sup>573</sup> En parecidos términos apreciando que debe aplicarse la jurisprudencia sobre responsabilidad civil judicial: SAP Barcelona, 14 noviembre 2003 (JUR 2004/5079); y SAP Barcelona, 12 enero 2007 (La Ley 52812/2007).

<sup>574</sup> *Supra* capítulo I, apartado 4.1.

El argumento funcional le lleva, además, al Alto Tribunal a una asimilación en este punto que resulta, en nuestra opinión, injustificada puesto que el Estado no es el responsable último y directo de las actuaciones dolosas o gravemente culposas de los árbitros y de las instituciones arbitrales, sin olvidar que incluso aunque se admita la interpretación correctora del art.411 LOPJ el árbitro no es un juez, ni puede a él asimilarse porque ambos realicen una función juzgadora. Son muchos los elementos que separan a unos y a otros tanto en el plano del estatuto personal, su proceso de nombramiento, la remuneración, como por lo que respecta a la forma de juzgar y llevar el procedimiento, por ejemplo<sup>575</sup>.

En relación con el estándar legal de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales tal y como está configurado en el art. 21.1 LA no deja de observarse como tras 10 años de aplicación práctica de la vigente Ley existen muy pocas acciones de responsabilidad entabladas contra los árbitros y las instituciones arbitrales pese al reconocimiento de la acción directa del perjudicado frente a la institución, si bien estamos asistiendo en los últimos tiempos a un incremento en las acciones de anulación de los laudos donde en algunos casos podría derivarse la responsabilidad civil de los árbitros.

Precisamente la confluencia de la acción directa junto con un seguro obligatorio ha llevado, en general en el ámbito de los SRC, a un incremento notable de las reclamaciones civiles<sup>576</sup>, aunque en el ámbito de la responsabilidad arbitral se halla un problema de difícil solución o coordinación: el estándar legal de responsabilidad que, de acuerdo con una de las tendencias de interpretación sólo podría accionarse en los casos de dolo, y su compatibilidad con el seguro.

Incluso podríamos estar frente a un paulatino cambio en el paradigma de la responsabilidad civil arbitral que implicaría un endurecimiento del estándar de responsabilidad vía jurisprudencial, doctrinal e, incluso, indirectamente legal con la exigencia del seguro obligatorio tras la reforma de mayo de 2011. De ser así este imparable cambio en el paradigma de la responsabilidad civil de los árbitros debería llevar a que, al igual que sucede en otros ámbitos de la responsabilidad civil, el ejercicio de la condición de árbitro se realizara siempre al amparo de un seguro<sup>577</sup>, máxime cuando existe una acción directa frente a la institución arbitral. En este sentido, la práctica de la contratación del seguro por la institución arbitral se debe a la evidente conexión entre ésta y los árbitros lo que podría incrementar el riesgo de demandas de responsabilidad frente a la institución.

---

<sup>575</sup> Así acertadamente criticando el “functionalist argument”: RUTLEDGE, pp.166-169. Sin embargo, no deben despreciarse los puntos comunes que han sido destacados de forma detallada en la doctrina y que inclina a este sector por la equiparación, véase: CLAY, pp.43 y ss, con un minucioso estudio.

<sup>576</sup> Así en el ámbito general de la responsabilidad civil: Fernando SÁNCHEZ CALERO, Evolución de la responsabilidad civil de la empresa y su aseguramiento. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, p.19.

<sup>577</sup> Como se indica en relación con los administradores de las sociedades mercantiles en determinados ordenamientos como el estadounidense: resulta insólito que se ejercite el cargo de administrador sin un seguro. Cfr: IRIBARREN, p.30.

## 4.2. Los presupuestos de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA en comparación con el sistema general de responsabilidad por culpa

Una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil de los árbitros e instituciones arbitrales reside en determinar el tipo de diligencia exigido. No basta en una primera aproximación para incurrir en responsabilidad una actuación meramente culposa o negligente, sino que a tenor del art. 21.1 LA se precisa que sea causada por la mala fe, temeridad o dolo, lo que parece prácticamente eximir de responsabilidad a los árbitros y a las instituciones arbitrales, máxime ante la ausencia de criterios uniformes y seguros que sirvan para aprehender el significado de estos términos vagos, imprecisos y mutables, e incluso alguno de ellos de poca raigambre jurídica en nuestro sistema jurídico, a lo que habría que añadir las dificultades probatorias sobre todo en relación con el dolo.

No sin razón ésta “cuasi inmunidad”<sup>578</sup> del estándar de responsabilidad empleado por el legislador ha sido criticada justamente por la doctrina al considerarla imprecisa, poco afortunada<sup>579</sup> y carente de fundamento claro<sup>580</sup>; críticas a las que se unen la relativa a la precipitación legal que no responde a una postura objetivamente razonada por el legislador<sup>581</sup>. Otras críticas, por el contrario, no las consideramos acertadas por ejemplo cuando la doctrina considera que el estándar acogido no se ajusta a las pautas seguidas en el derecho comparado<sup>582</sup>.

De este modo, contrasta claramente la lectura del art. 21.1 LA con los supuestos generales de responsabilidad contemplados en el art.1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. A nuestro juicio la relación entre ambos preceptos (y por extensión con los artículos 1089 y ss del CC) se basa en la especialidad<sup>583</sup>, siendo que el art. 21.1 LA se erige como una norma especial frente a la regla general en nuestro sistema de responsabilidad contractual.

La responsabilidad por culpa constituye el eje central del sistema de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, aunque, como veremos de forma muy sucinta, éste se halla en un proceso evolutivo en el que se trata de redefinir, sobre todo doctrinalmente aunque también por la jurisprudencia, los nuevos perfiles en los que se asienta

---

<sup>578</sup> En palabras de OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.918.

<sup>579</sup> Ambos calificativos en GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.294. El segundo en ARIAS, Artículo 21, p.226.

<sup>580</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.125.

<sup>581</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.126.

<sup>582</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.126. Vid. Sin embargo, el análisis realizado *supra* capítulo I.

<sup>583</sup> Siguiendo a OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.937-938. RIVERO, p.4232, por su parte, se refiere a la regulación principal por el art. 21.1 LA y subsidiariamente por los arts.1101 y ss CC “en cuanto a los extremos que la norma especial no resuelve”.

el moderno derecho de daños<sup>584</sup>, aunque no se oculta que resulta difícil predecir la configuración futura del mismo<sup>585</sup>. Sea como fuere, el tradicional sistema subjetivo basado en la culpa o negligencia<sup>586</sup> se erige sobre los siguientes postulados que nos permiten extraer de forma general las bases de distinción con el dolo<sup>587</sup>:

1) La falta de voluntariedad del autor, de tal forma que el dolo se caracteriza por la voluntariedad de su autor que persigue el resultado dañoso o, al menos, asume voluntariamente su causación como consecuencia necesaria o probable de su conducta. Este último elemento, sin embargo, presenta problemas de distinción con la llamada “imprudencia temeraria”<sup>588</sup>, que de claro origen penal si se entiende equiparada con el dolo, no consideramos sea la temeridad del art. 21.1 LA. Igualmente problemática es la distinción con la llamada culpa consciente, así por ejemplo en el derecho italiano se habla del dolo en términos de voluntariedad y propósito deliberado de dañar<sup>589</sup>, mientras que la culpa consciente es la representación del hecho dañoso como consecuencia probable de su conducta, aunque el autor confía en que no se produzca el daño. Precisamente en el ámbito de la responsabilidad civil de los administradores se ha indicado la conveniencia sobre todo por cuestiones probatorias de que queden excluidas no sólo las conductas dolosas en el sentido de la voluntariedad e intencionalidad sino también aquellas otras en que no se confiaba en la causación del daño, pero el autor era consciente de la ilicitud de su conducta<sup>590</sup>.

---

<sup>584</sup> Denominación que se estima preferible a la responsabilidad civil extracontractual precisamente porque en la moderna configuración de esta institución la culpa y la negligencia no son ya los factores centrales sino el daño. De la culpa se puede prescindir, pero no del daño. Vid. OSSORIO, p.19.

<sup>585</sup> Así: DíEZ-PICAZO, Derecho de Daños, pp.191-192, y pp.235 y ss, siguiendo al profesor DE ÁNGEL respecto a las perspectivas futuras tanto en relación con las deformaciones producidas en el concepto de la culpa como en relación a la desorientación doctrinal existente.

<sup>586</sup> Como se sabe conceptos que son sinónimos según nuestro ordenamiento (cfr. Art.1104 CC). En la doctrina: por todos, L. Fernando REGLERO CAMPOS, Lección 2ª. Los sistemas de responsabilidad. En Lecciones de Responsabilidad Civil. Coordinadores: José Manuel Busto Lago y L.Fernando Reglero Campos. Thomson/Aranzadi, 2013, 2ª ed., p.73.

Vid. Además Art. 1:101 PETL. Norma fundamental:

“(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”. Nótese la amplia definición de la culpa bajo el art. 4:101 PETL (Culpa): “Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”.

<sup>587</sup> Extraemos los postulados de REGLERO CAMPOS, Lección 2ª, pp.73-76; y Fernando PEÑA LÓPEZ, Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL. Aranzadi-Thomson, Universidad da Coruña, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011, pp.87-92, cuyas ideas pueden verse como el mismo indica con mayores detalles en su obra: La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Granada: Comares, 2002, pp.442-500.

<sup>588</sup> Vid. Por ejemplo: José PUIG BRUTAU, Compendio de Derecho Civil. Vol.II. Barcelona: Bosch, 1994, p.627, quien además lo equipara con el dolo por el aforismo: *culpa lata dolo equiparatur*.

<sup>589</sup> Al efecto también art.2043 CC italiano. En la doctrina italiana, véase: FRANZONI, p.76.

<sup>590</sup> Así en relación con la responsabilidad de los administradores: IRIBARREN, pp.178-179.

2) Incumplimiento por el autor del deber de diligencia debida, esto es, del patrón de conducta establecido en el art.1104 CC (“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”). Modernamente y, desde luego en el derecho mercantil, el estándar del buen padre de familia se corresponde con el de una persona razonable<sup>591</sup> o en la aplicación del principio de proporcionalidad, esto es, “el deber de diligencia tiene su límite allí donde exista una desproporción apreciable entre el coste de adopción de determinadas medidas de prevención y la probabilidad de que se produzca un daño de alcance relevante”<sup>592</sup>.

Además de ello, las circunstancias previstas en el art.1104 CC permiten modular la diligencia debida del autor.

- Así la diligencia que exija la naturaleza de la obligación obliga a considerar la entidad de los bienes jurídicos lesionados. En el ámbito arbitral los bienes jurídicos afectados podrán ser de naturaleza económica, pero también de otra índole puesto que la tutela judicial puede resultar lesionada.
- Las circunstancias personales. Este criterio se mide generalmente en relación con el autor del daño, aunque la redacción del Código Civil no se centra exclusivamente en las circunstancias personales del autor por lo que deberían también entrar en consideración los perjudicados, ya sea para minorar o para aumentar la responsabilidad del autor.

Las circunstancias personales cobran singular relevancia en materia de responsabilidad profesional, y particularmente en materia arbitral, pues no en vano los conocimientos del árbitro se valoran a los efectos de ejercer el cargo y por ello a una mayor capacidad o especialización, se exige también un mayor cuidado y diligencia en el desempeño del cargo<sup>593</sup>.

---

<sup>591</sup> Así lo entiende PEÑA LÓPEZ, p.88 sobre la base del artículo 4:102.1 PETL (*Principles of European Tort Law*). Ya con anterioridad se entendió así en general sobre la base del Derecho Uniforme: Rafael ILLESCAS ORTIZ/Pilar PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Cersa, 2003.

<sup>592</sup> REGLERO CAMPOS, Lección 2ª, p.73.

<sup>593</sup> Vid. Art.4:102(1) PETL. “la pericia exigible de la persona que la lleva a cabo”. Por el contrario: Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Comares, 2008, pp.212 y ss, considera que “la diligencia es sólo una”.

Se ha de resaltar que la LM que exige a los mediadores también un seguro o garantía equivalente que cubra su responsabilidad civil parece conectar esta obligación con la formación específica que deben poseer los mediadores. Así la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación (III) indica que “La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir”.

- Las circunstancias del tiempo y del lugar en el que se desarrolla la acción pueden también exigir un mayor grado de diligencia. Así es exigible un cuidado especial por parte del árbitro en controlar los tiempos del arbitraje, las comunicaciones a las partes, etc, especialmente cuando los abogados de las partes no tienen demasiada experiencia previa en este ámbito. Incluso en tribunales de tres miembros, y por las dinámicas propias del arbitraje, puede decirse que se exige un deber especial de controlar la administración del procedimiento al presidente del Tribunal Arbitral. Por la misma razón, las instituciones arbitrales han de desplegar una mayor diligencia, por ejemplo controlando los tiempos y los costes del arbitraje<sup>594</sup>, de tipo informativo cuando los abogados carecen de especialización en el mundo arbitral o por razón de la complejidad del asunto.

El juicio de la diligencia debida no se realiza, en consecuencia, en el vacío. Además de las circunstancias antedichas, el deber de diligencia que se exige al autor resulta complementado por las normas de conducta exigibles según su profesión. En el caso de los árbitros, diversas normas de conducta tratan de compendiar o resumir los principales deberes que se aplican a los árbitros en materias como la independencia o imparcialidad como hemos comentado anteriormente.

3) Relación entre la negligencia y el daño basada en la previsibilidad de la conducta, tal y como requiere el art.1105 CC, de tal forma que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. De esta forma, el autor del daño puede exonerarse de responsabilidad si prueba que el daño era imprevisible o inevitable.

Este sistema de responsabilidad clásico, sobre todo en materia extracontractual, está sujeto, sin embargo, a un proceso de revisión, modernización y expansión en el ámbito europeo<sup>595</sup> y lógicamente también en nuestro país particularmente del criterio de la causalidad que ya no se sustenta únicamente en la casualidad empírica: desde presunciones de culpabilidad hasta una responsabilidad objetiva o sin culpa, pasando por una inversión de la carga probatoria<sup>596</sup> o por la tesis de las “causalidades sustitutivas”. A ellas se ha de unir, además, conforme a la jurisprudencia del TS la imputación objetiva<sup>597</sup> que delimita la causalidad jurídica y que consiste en el juicio previo e indepen-

---

<sup>594</sup> ICC Publication 843 -Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration (2007). El estudio está disponible en: [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost\\_E.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf).

<sup>595</sup> Guillermo PALAO MORENO, Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. Recientemente: en relación con el derecho italiano y europeo, véase por ejemplo los últimos trabajos publicados en: Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011.

<sup>596</sup> Así en la propia interpretación jurisprudencial del artículo 1902 CC que claramente se aplica en beneficio del perjudicado mediante una inversión de la carga de la prueba. Vid. OSSORIO, pp.39-40.

<sup>597</sup> Iniciada por STS 30 abril 1990 (RA 2602).

diente a la imputación a título de culpa o negligencia (imputación subjetiva) mediante la determinación de si la conducta es objetivamente imputable al autor<sup>598</sup>.

Como indicamos, el árbitro según el tenor literal del art. 21.1 LA no responde por una actuación culposa, negligente o imprudente, es decir, en sentido amplio por el mero incumplimiento de cualesquiera de sus deberes legales o contractuales, sino únicamente en los casos más extremos de dolo, mala fe o temeridad. El fundamento de esta cuasi-total exoneración reside para sus partidarios en una especie de privilegio corporativo destinado a no coartar la libertad de decisión de los árbitros quienes podrían ver cercenada dicha libertad si pendiera sobre ellos la amenaza de la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, a lo que se uniría la confianza que las partes han depositado en la institución arbitral y/o en los árbitros a quienes se entrega la tutela del procedimiento arbitral. Es decir, se entiende que si

---

<sup>598</sup> Iniciada en España con los trabajos del profesor Fernando PANTALEÓN. Vid., modernamente revisando los criterios jurisprudenciales y doctrinales en torno a la imputación objetiva de donde se deriva su inadecuación, y la confusión y mezcla existente entre la imputación subjetiva y la objetiva (de tal forma que ésta se tiñe de elementos subjetivos puesto que en el fondo todavía persiste la mentalidad tradicional basada en la culpa o negligencia del autor, de ahí que ésta aparezca en el análisis de la imputación objetiva) e intentando proporcionar nuevas claves en el entendimiento de la imputación objetiva: GARCÍA-RIPOLL, pp.55 y ss, muy crítico con la teoría basada en la causalidad adecuada y la imputación objetiva, considerando que la imputación nunca es objetiva pues depende de los conocimientos del agente y por ello su lugar propio es el del análisis del dolo o la negligencia; y PEÑA LÓPEZ, pp.69 y ss, quien considera formulando su teoría unitaria sobre el derecho de daños que la imputación objetiva “no es un mecanismo general de atribución del daño dentro del sistema de responsabilidad extracontractual”. Y que la imputación objetiva, esto es, lo que se conoce en los PETL como los criterios de delimitación del alcance de la responsabilidad, sólo tiene sentido cuando se exige previamente la prueba de una causalidad empírica y ésta se ha logrado acreditar siguiendo los estándares probatorios del sistema de que se trate. De ahí que concluye (pp.133 y ss) entendiendo que la imputación objetiva no es más que una nueva versión del test de la previsibilidad-evitabilidad propio de la culpa, por lo que como consecuencia, en primer lugar, lógicamente sólo tiene cabida en los sistemas de responsabilidad subjetiva o por culpa, y, en segundo término, se ha de producir una bipartición del concepto de culpa o negligencia tradicional.

Vid. También haciéndose eco de las diferentes posturas objetivas y subjetivas en torno a la culpa, reafirmando el criterio de imputación basado en la culpa, a la vez que intenta conciliarlas considerando también relevante el principio de imputación por riesgo: María MEDINA ALCOZ, El debate histórico de la subjetividad versus la objetividad de la responsabilidad civil en Francia y su proyección en España. El equilibrio de su convivencia actual en el Derecho español. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.3213 y ss. La autora considera que el art.1902 CC se aplica para las actividades dañosas de riesgos genérico (o no específico), mientras que a las actividades dañosas de riesgo específico (intrínsecamente peligrosas) se les debe aplicar el criterio de la imputación objetiva atenuada. Vid. También: Carmen MUÑOZ GARCÍA, Situación actual del sistema de responsabilidad civil. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.3451-3464.

En relación a la tendencia a la objetivación pueden verse: Xavier O'CALLAGHAN, Hacia la objetivación de la obligación de reparar el daño, la llamada responsabilidad extracontractual (más de lo mismo/otra vuelta de tuerca/reiteración de doctrina). Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.3591-3607.

el régimen de responsabilidad estuviera basado en la culpa o negligencia, el árbitro podría verse sometido a tales prevenciones y cautelas en el ejercicio de su actividad por temor a incurrir en responsabilidad que bien no aceptaría el encargo de arbitrar o bien no tomaría decisiones o pronunciamientos innovadores o de otra índole que pudieran ser percibidos como un factor de riesgo que pudiera suponer un incremento de su responsabilidad.

Resulta evidente que similares consideraciones podrían realizarse también en relación con otros profesionales, como los abogados<sup>599</sup> y los médicos, por la especial relación de confianza que media entre estos profesionales y sus “clientes” y por el riesgo inherente en su actividad. Sin embargo, no sólo es que estos otros profesionales respondan conforme a la culpa o negligencia, sino que en el caso de algunos profesionales, particularmente en el sector sanitario, se aprecia una tendencia a la cuasi objetivación de su responsabilidad y se predica de ellos una máxima responsabilidad derivada de su especial pericia (*Lex artis*), lo que lleva en determinados casos a “la aplicación de un canon de diligencia diverso y cualitativamente superior al que emplearía un buen padre de familia” (art.1104.2 CC)<sup>600</sup>. En relación con la *lex artis* en el arbitraje, no existe una definición de ésta en el arbitraje pero puede considerarse un desarrollo del art.1104 CC (la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar), pudiendo por analogía considerarse lo dispuesto en relación con los abogados, siendo que la *lex artis* (reglas de oficio) se definen como: “las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso”<sup>601</sup>.

Así se ha indicado que “los niveles de diligencia exigible han aumentado en casi todas las profesiones y previsiblemente seguirá ocurriendo lo mismo en una futuro cercano”<sup>602</sup>.

---

<sup>599</sup> En la doctrina, en relación con la *lex artis* aplicable al abogado, véase: Adela SERRA RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Civil del Abogado*. Pamplona: Aranzadi, 2000, 2ªed., pp.105 y ss, espec., pp.129-137, pp.163-175; y MARTÍNEZ CALCERRADA, pp.338 y ss, ambos con ulteriores citas. Los autores citados consideran además que la relación entre el abogado y su cliente responde a un arrendamiento de servicios o “*locatio operarum*” y por lo tanto ante una obligación de medios (Id., p.340), lo que coincide por lo expresado por la jurisprudencia en torno a la naturaleza jurídica de la relación que rige entre el abogado y su cliente (STS 14 julio 2010, STS 22 abril 2013, La Ley, nº8113, 2013, y 14 julio 2005, entre otras). Ello no impide que determinadas prestaciones puedan ser consideradas de resultado, como el ejemplo típico de la elaboración de un dictamen, como al efecto también lo indican los citados autores.

<sup>600</sup> Vid. Cit., SERRA RODRÍGUEZ, p.133 en relación con los abogados. La autora se refiere también a la tendencia objetivadora en materia de responsabilidad médica en la jurisprudencia, la cual no resulta, sin embargo, aplicable a los abogados donde la jurisprudencia sigue manteniendo la responsabilidad conforme al principio culpabilístico (id., p. 187).

<sup>601</sup> STS 14 julio 2010, y STS 22 abril 2013, La Ley, nº8113, 2013. Como indica la SAP Pontevedra, 26 septiembre 2011 (La Ley, 181482) “la doctrina jurisprudencial alude a la *lex artis* como fuente de una serie de deberes profesionales que se imponen al deudor en el ejercicio de su profesión, de modo que la culpa o negligencia profesional viene determinada por la omisión de la diligencia especializada exigible en atención a sus conocimientos técnicos, que en el caso del abogado se hace radicar en las normas corporativas reguladoras de su profesión (...)”.

<sup>602</sup> Iñigo A. NAVARRO MENDIZÁBAL/Abel B. VEIGA COPO, *Derecho de daños*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2013, p.258.

Y todo ello por una sencilla razón los criterios de imputación de la responsabilidad y la diligencia que es exigible no es única ni uniforme, sino que se modula en función de cada caso concreto, lo que implica que los criterios de imputación se adaptan en función de las circunstancias. Precisamente por ello carece de sentido, en nuestra opinión, que los árbitros a quienes se les debe exigir como módulo de diligencia una *lex artis ad hoc* al tratarse de profesionales especializados y por ello una diligencia máxima<sup>603</sup> en el desarrollo de sus tareas arbitrales estén en una mejor situación que otros profesionales.

Confirma a nuestro modo de ver esta posición si bien *obiter dicta* alguna jurisprudencia en la que se ha estimado que:

“en cualquier caso, le queda a salvo a las partes la acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado al haber incurrido el árbitro, en el cumplimiento de su encargo, en dolo o culpa, prevista en el apartado 1 del art. 21 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En el que sin lugar a duda tendrá cabida el laudo arbitral de derecho dictado con manifiesta incompetencia profesional”<sup>604</sup>.

Los árbitros, sin embargo, tienen un privilegio corporativo que se sustrae del principio clave en el derecho español y comparado en materia de responsabilidad por culpa. Principio que, incluso, podría matizarse, como ha hecho ya algún ilustre autor, de la siguiente manera: “siempre se responde por culpa y, a veces, sin ella”<sup>605</sup>. Estamos ante un sistema dualista: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. O, incluso, en una posición unitaria, ha llegado a mantenerse, como hemos ya indicado, que la evolución en el campo de la responsabilidad civil se manifiesta en que “en la actualidad, la culpa no es ya el criterio fundamental de imputación del daño al responsable”<sup>606</sup>. Se llega así a poner en duda los fundamentos actuales del sistema de responsabilidad civil, donde un sector doctrinal considera que el eje de atención del sistema moderno de responsabilidad civil ha desplazado su foco de atención al objeto de la responsabilidad, es decir, a la reparación del daño<sup>607</sup>. En esta evolución

---

<sup>603</sup> De la misma opinión son MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.173; y RIVERO, p.4223.

<sup>604</sup> SAP Madrid, 15 febrero 2011, La Ley 34444. Y SAP Madrid, 31 octubre 1995 (en Jurisprudencia Española de Arbitraje, nº473).

<sup>605</sup> Santiago CAVANILLAS MÚGICA, La responsabilidad civil de los servicios de la sociedad de la información en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación. En Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000, p.126.

<sup>606</sup> CALZADA CONDE, El seguro voluntario, p.43. De ahí que como indica la autora, siguiendo a Rodota, se ha llegado a un nuevo concepto de la responsabilidad civil cuyo elemento esencial es el daño injustamente producido, pudiendo ser diversos los criterios de imputación. Vid. También OSSORIO, p.19.

<sup>607</sup> Como se ha indicado muy oportunamente: “El sistema evoluciona desde un Derecho de daños que giraba en torno a la deuda responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio”. Y así se continúa indicando: “El protagonista ahora es la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”. Vid. Eugenio LLAMAS POMBO,

producida en el campo de la responsabilidad civil se mantiene que ha tenido una influencia muy acusada en el ámbito del seguro y, en consecuencia, en el auge del SRC<sup>608</sup>. Evolución que es todavía más evidente en el caso de los SRC obligatorios, donde la visión del legislador es la de protección a ultranza de las víctimas<sup>609</sup>.

En este sentido, la exigencia legal del seguro de los árbitros parece desplazar la atención hacia el crédito indemnizatorio que gozará de especial protección por la obligatoriedad de asegurar la responsabilidad civil. De ser ello así no se entiende el posicionamiento del legislador en el art. 21 LA. Si las excepciones al principio general de la culpa, esto es, la responsabilidad objetiva y la presunción de culpa, se enlazan con los fundamentos ya explicados, la Ley de Arbitraje al asentar otra excepción a la regla general de la responsabilidad por culpa de signo claramente contrario, hace añicos por otros motivos la regla o principio general: la responsabilidad en el ámbito arbitral no depende de la mera actuación culposa sino de una actuación dolosa, temeraria o de mala fe.

### **4.3. Las diversas interpretaciones del estándar de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA**

El art. 21.1 LA ha sido objeto de interpretaciones de signo contrario por parte de la doctrina española dirigidas tanto a ensanchar el ámbito de responsabilidad de los árbitros en el sentido de considerar que bajo dicho precepto cabe también la responsabilidad por culpa o negligencia simple, como a restringir todavía más su ámbito de aplicación con el objetivo de limitar al máximo posible los criterios de imputación de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones que sólo responderían por dolo. En el fondo de esta diversidad de criterios se encuentra la propia indefinición del legislador, la consideración que se tenga en torno al arbitraje y a la figura de los árbitros, y las tendencias legislativas actuales en las modernas leyes arbitrales.

---

Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. En Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000, pp.300-301. O si se prefiere se formula el principio *pro damnato* o el *favor victamae*. Explica también la evolución en el campo de la responsabilidad civil y el cambio de perspectiva al centrarse no en el autor sino en la víctima, lo que da paso a una responsabilidad objetiva o por riesgo: CALZADA CONDE, El Seguro voluntario, pp.37 y ss. A la vez que a intentos unificadores del sistema de responsabilidad. Vid. Un temprano intento: YZQUIERDO, pp.175 y ss, examinando las diferencias y semejanzas entre los diversos sistemas de responsabilidad en nuestro derecho. Y Díez-PICAZO, Derecho de daños, p.264 considerando una falacia el llamado principio de unidad de la culpa civil.

<sup>608</sup> Como destaca unánimemente la doctrina: por todos: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1293-1299: “nos interesa aludir al hecho de la interferencia recíproca en el crecimiento de la responsabilidad civil y del seguro, ya que, a mayor responsabilidad, se ha producido un incremento del seguro, y a este aumento ha seguido otro de la responsabilidad. Se ha repetido que el crecimiento de la responsabilidad civil y su seguro ha sido en espiral y se ha afirmado, además, que el seguro ha servido para deformar y transformar la responsabilidad” (cit., p.1293); y CALZADA CONDE, El seguro voluntario, pp.44 y ss.

<sup>609</sup> CALZADA CONDE, El seguro voluntario, p.414, considerando que el legislador se sirve del SRC para proteger a las víctimas, aunque podría haber utilizado cualquier otro instrumento si le hubiera resultado más adecuado u oportuno. En el mismo sentido: ALONSO SOTO, p.154.

La trascendencia de la distinción entre las diversas categorías jurídicas empleadas como criterios de imputación de responsabilidad en el art. 21.1 LA no resulta lógicamente de una mera disquisición teórica, sino que tiene consecuencias de orden práctico muy importante ya que podría marcar la frontera entre considerar responsable civilmente o no a los árbitros y/o las instituciones arbitrales.

#### *4.3.1. La interpretación extensiva del art. 21.1 LA conforme a la que se acoge el sistema general de responsabilidad contractual y extracontractual del CC: la culpa o negligencia*

En la doctrina quien más extensa e intensamente ha analizado la cuestión de la responsabilidad de los árbitros, si bien con anterioridad a la reforma de mayo de 2011, ha sido MERINO MERCHÁN quien en su monografía sobre la responsabilidad de los árbitros ha considerado que la responsabilidad arbitral constituye una garantía objetiva para los ciudadanos; que los árbitros no pueden estar en una situación de privilegio frente a los jueces y magistrados y que la disminución de la responsabilidad de los árbitros limita las garantías, la confianza y la seguridad jurídica del arbitraje. Por estas razones, el autor entiende que el art. 21.1 LA debe sufrir una interpretación correctora al amparo del art.3.1 CC y que esté en línea con los principios de seguridad jurídica, con la concepción del arbitraje emanada por el Tribunal Constitucional y con nuestra tradición histórica. Conforme a esta interpretación, el art. 21.1 LA no excluiría la responsabilidad civil genérica del artículo 1101 CC ni la responsabilidad del art.1902 CC. Incluso el indicado autor en determinados supuestos como el error arbitral desvincula el mismo de cualquier criterio de imputación siquiera sea la culpa, pues opina que el error arbitral, como el judicial, puede existir con culpa o sin ella<sup>610</sup>.

Efectivamente, el autor indicado analiza el marco constitucional en relación con el arbitraje para considerar que la responsabilidad arbitral tiene una función o configuración pública derivada de los artículos 9.1 y 9.3 CE, que, a su juicio, son los preceptos en los que se puede entroncar el fundamento común entre la responsabilidad de los árbitros y la de los jueces y magistrados, de tal forma que ambos preceptos, pero particularmente el segundo resulta directamente vinculante para el árbitro por lo que el art. 21 LA no puede contrariar a los principios constitucionales.

---

<sup>610</sup> Todo lo anterior en: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.127-128, pp.135 y ss; pp.153 y ss, y p.176.

Sostiene también el mismo resultado: RIVERO, p.4241, aunque manifestando las graves dudas y desazón que le genera esta interpretación correctora puesto que posiblemente es más "jurídica" (mal que le pese) la que limita la responsabilidad al dolo o la culpa grave. Así, el autor entiende que no cree que el art. 21.1 LA implique modificar los criterios de responsabilidad generalmente exigibles y ello al considerar que no cree que fuera esa la intención del legislador y desde luego ello no contribuye a incentivar o favorecer al arbitraje. Asimismo, opina el Prof. Rivero que no es justo, razonable o justificado racionalmente, máxime cuando se compara con la responsabilidad de otros profesionales como los abogados o los jueces (art.411 LOPJ). Por ello, señala el Prof. Rivero que los árbitros responderán también por "culpa media (incluso leve), es decir, la omisión de diligencia normal e inexcusable; pero quizá no por la levísima".

Del mismo modo, el autor señalado analiza las relaciones entre la independencia y la responsabilidad como elemento de apoyo de su tesis en el sentido de considerar que toda la evolución en el mundo arbitral en relación con la independencia del árbitro no puede quebrarse con una interpretación literal del art. 21.1 LA puesto que ello implicaría una ruptura del equilibrio complementario que debe guardarse entre independencia e imparcialidad: a mayor independencia mayor responsabilidad; y a mayor responsabilidad mayor independencia<sup>611</sup>.

No podemos, sin embargo, compartir una interpretación de *lege lata* como la indicada. Ni siquiera, como veremos, con los nuevos argumentos interpretativos que derivan de la obligación legal de contratar un SRC. Y es que la mencionada interpretación parte de un error que no es tal. Efectivamente, MERINO MERCHÁN considera que el art. 21.1 LA “adolece de ciertas deficiencias semánticas, más que de un propósito deliberado de disminuir o limitar la responsabilidad arbitral<sup>612</sup>. Por eso, la vía posible para superar la deficiencia semántico-normativa del artículo 21.1 LA, consiste en proponer una interpretación racional y sistemática-relacional del mencionado precepto, en virtud de la cual la dicción literal de la regla contenida en ese precepto, juega como un simple criterio de supletoriedad legal, tanto frente a lo que puedan acordar las partes sobre la responsabilidad arbitral, como con respecto a lo que establece el ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad en general”.

La mencionada interpretación correctora no deja de ser en el fondo una forma de vaciar de contenido y función al artículo 21 LA, puesto que si bien el pacto de agravación de responsabilidad no plantea problema alguno, sí la supuesta aplicación supletoria del art. 21.1 LA frente al régimen general de responsabilidad, que viene a anular totalmente dicho precepto especial de la Ley de Arbitraje, pues si la responsabilidad aplicable es la general, esto es, el dolo o la culpa, ¿qué sentido tiene entonces el estándar de responsabilidad del art. 21?<sup>613</sup>. Lógicamente ninguno por mor de esa interpretación que pretendidamente correctora encubre en realidad una derogación de facto del art. 21.1 LA.

#### 4.3.2. *La tesis intermedia: la distinción entre la actividad jurisdiccional (art. 21.1 LA) y la no jurisdiccional (régimen general del art. 1101 CC)*

Otra de las interpretaciones ensayada por la doctrina consiste en diferenciar entre la actividad de juzgar del árbitro y las actividades realizadas en el seno del procedimiento arbitral que no tienen dicho carácter jurisdiccional. Sólo las primeras –actividad de juzgar del árbitro– quedarían bajo el ámbito aplicativo del art. 21.1 LA, mientras que a las segundas se aplicará el régimen general de responsabilidad. Se incluyen también,

---

<sup>611</sup> MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.147-149.

<sup>612</sup> Id.

<sup>613</sup> *Obiter dicta* se ha entendido por la SAP Barcelona, 12 enero 2007 (La Ley 52812/2007) que los términos empleados por el art.16 LA (1988) y el art. 21 LA son análogos, lo que entendemos no es así.

como variante de la anterior, la distinción entre “actividad jurisdiccional (*iuris dictio*) y otras decisiones que impliquen el ejercicio de facultades de apreciación y decisión, frente a las actividades no jurisdiccionales, esto es, actos procesales sin ese componente valorativo-decisorio.

Esta tesis supone entroncar la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones con las diferentes tesis en torno a la naturaleza del arbitraje, y particularmente con la tesis mayoritariamente seguida: la tesis mixta. Se dice en este sentido que el árbitro mantiene una relación contractual con las partes por la que presta un servicio, pero ejercita una función jurisdiccional de resolución de disputas mediante la emisión de un laudo al que se reconoce *res judicata* como a las sentencias emanadas de los jueces.

Se trata de una posición que ha tenido cierto eco en la doctrina del arbitraje internacional<sup>614</sup>, y que parece derivar en su origen inicial del derecho estadounidense<sup>615</sup>, habiendo sido acogida en algunos reglamentos arbitrales<sup>616</sup>, aunque no a nivel legal, que lucha por hallar una solución aceptable a la colisión entre las dos grandes tesis enfrentadas en esta materia: la responsabilidad contractual y la inmunidad jurisdiccional.

En el fondo de esta tesis, a nuestro juicio, se halla una contradicción inherente en el plano intelectual e incluso filosófica: la clara percepción de que el árbitro no es un juez y que su relación con las partes es contractual, pero el deseo que el árbitro tenga un estatus privilegiado por la función que desempeña similar a los jueces. En este sentido para los autores que defienden esta posición mixta y se inclinan por un principio de inmunidad de los árbitros, el elemento central es la seria amenaza que se cierne sobre el principio de la independencia de los árbitros<sup>617</sup>.

Siendo más precisos para los defensores de esta teoría la inmunidad (en nuestro caso el art. 21.1 LA) estaría justificada parcialmente o, si se prefiere, existen límites a la inmunidad de los árbitros, que se han considerado genéricamente en relación con:

---

<sup>614</sup> Vid. Entre otros, con ulteriores citas: CLAY, p.466; y pp.703 y ss; PÖRNBACHER/KNIEF, pp.220 y ss.

<sup>615</sup> Claramente puede verse: HAUSMANINGER, pp.26 y ss, explicando las limitaciones creadas en torno a la inmunidad arbitral tanto legal como jurisprudencialmente aunque debe notarse que no se existe una total uniformidad en el ordenamiento estadounidense. Vid. También: BRANSON/WALLACE, p.92 sobre la base del argumento funcional y entendiendo que el criterio para determinar cuando el árbitro realiza una actividad cuasi jurisdiccional debe analizarse de forma muy amplia por lo que toda decisión de los árbitros dirigida a la resolución de las disputas deba ser examinada bajo la regla de la inmunidad absoluta, aunque no llegan a discriminar los diferentes supuestos, sin que sea suficiente el ejemplo que exponen como una supuesto de falta de inmunidad, a saber: la responsabilidad civil del árbitro por una accidente de coche cuando se dirige a una audiencia.

<sup>616</sup> Vid. Arts.44 DIS y 37 CEPANI. En ambos se sigue un modelo de exoneración casi total, salvo dolo, respectivamente en relación con “deciding a legal matter” o “when carrying out their functions of ruling on a dispute”, mientras que para las restantes actividades del árbitro se respondería también conforme a la culpa grave, respectivamente: “intentional or grossly negligent breach of duty” y “fraud or gross negligence”.

<sup>617</sup> Por todos: PÖRNBACHER/KNIEF, pp.225-226. Recuérdese que es el elemento central sobre el que gira la inmunidad jurisdiccional, como por cierto indican los citados autores examinando la cuestión comparativamente en USA, e Inglaterra (id., pp.215-216).

- El incumplimiento del deber de relevación, y por lo tanto cuando se incumple con el deber de independencia e imparcialidad<sup>618</sup>.
- El incumplimiento de los deberes de los árbitros como jueces<sup>619</sup>.

No explican, a nuestro juicio, los autores en qué casos se produce la responsabilidad del árbitro, no resultando suficiente para aprehender esta cuestión la mera alegación que el árbitro es responsable cuando incumple groseramente o intencionadamente sus deberes, o cuando se considera que en estos casos los árbitros violan su obligación judicial de actuar justamente y de tratar equitativamente a las partes<sup>620</sup>.

Algunos autores han intentado explicar y concretar los supuestos de responsabilidad sobre la base de la referida distinción, de tal forma que se ha considerado que los árbitros serán responsables en relación con todo el conjunto de decisiones que se relacionan con el proceso de decisión del laudo (laudo final o parcial), pero no aquellas que tienen un carácter accesorio o secundario y que están fuera de ese proceso decisorio del árbitro<sup>621</sup>. O si se prefiere se distingue entre obligaciones o actos jurisdiccionales y contractuales o no jurisdiccionales.

Aunque los partidarios de esta teoría reconocen que establecer la línea divisoria puede resultar complicado no les resulta imposible y así como ejemplos de aquellas que quedarían sometidas al régimen de responsabilidad contractual (en nuestro caso, y siguiendo esta tesis, el art.1101 CC) estarían las siguientes según la doctrina: la obligación de asegurarse un traslado adecuado de documentos en el caso de arbitrajes *ad hoc*<sup>622</sup>, la obligación de confidencialidad<sup>623</sup>, la obligación de emitir el laudo temporáneamente<sup>624</sup>, o más genéricamente de cumplir cualquiera de sus obligaciones en el tiempo estipulado<sup>625</sup>, y la obligación de concluir su mandato<sup>626</sup>.

---

<sup>618</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1089 et seq.

Por contra, otro sector considera que el incumplimiento de los árbitros de revelar potenciales conflictos de interés es un incumplimiento contractual por lo que se aplicaría el régimen general contractual y no el régimen legal de inmunidad: PÖRNACHER/KNIEF, p.226; y HAUSMANINGER, pp.28-29, en relación con el derecho estadounidense.

<sup>619</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1089 et seq, considerando que el árbitro será responsable de los daños directos ocasionados a las partes si se anula el laudo.

<sup>620</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1099. Parece que posteriormente se concreta algo la división cuando se considera que: "Of course, in their judicial capacity arbitrators will enjoy a degree of immunity which, for example, prevents them from being sued in respect of errors—even those of a serious nature- made in reaching their award. However, a fault committed in conducting the arbitral proceedings constitutes a breach of contract, and as remunerated providers of services the arbitrators are accountable for such breaches under the ordinary law of contract".

<sup>621</sup> PÖRNACHER/KNIEF, pp.225-226.

<sup>622</sup> PÖRNACHER/KNIEF, p.226.

<sup>623</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1130; PÖRNACHER/KNIEF, p.226.

<sup>624</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1130; PÖRNACHER/KNIEF, p.226; y HAUSMANINGER, pp.30-31 en relación con el derecho estadounidense, aunque considerando también que es vulneración de un deber legal.

<sup>625</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1130; y HAUSMANINGER, pp.30-31.

<sup>626</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1131; PÖRNACHER/KNIEF, p.226; HAUSMANINGER, p.29 refiriéndose al

No existe, sin embargo, un total acuerdo a la hora de establecer la línea divisoria entre uno y otro tipo de responsabilidad, resultando paradigmático que uno de los deberes más importantes de los árbitros, el relativo al deber de revelación, se considere por un sector de la doctrina no como una obligación de tipo jurisdiccional, sino de tipo contractual<sup>627</sup>, lo que implica aplicación de criterios diferentes de imputación de responsabilidad.

Las consecuencias de la división efectuada no terminan en punto a los criterios de imputación de responsabilidad que se han de aplicar sino que también tiene otra consecuencia importante en relación con el principio de autonomía de la voluntad. Los criterios de imputación de responsabilidad bajo el sistema de total o parcial inmunidad (en nuestro caso, el art. 21.1 LA) son imperativos y no están sujetos a acuerdo en contrario de las partes. Por el contrario, cuando se trata de actuaciones de los árbitros no protegidas por el principio de la inmunidad jurisdiccional (diríase arbitral) y por lo tanto bajo el régimen de la responsabilidad contractual (art.1104 CC) sí podrían ser objeto de pacto aunque con el límite de las actuaciones dolosas<sup>628</sup>.

La interpretación que comentamos a nuestro juicio, aunque resulta más aceptable en comparación con la comentada anteriormente, tampoco puede mantenerse por diversos motivos, algunos de los cuales los mencionamos en este momento, dejando por un epígrafe separado la relación entre la responsabilidad del art. 21 LA y el SRC.

Se trata de una interpretación que realiza una distinción que en modo alguno deriva de la Ley de Arbitraje que no distingue las diversas actividades del árbitro al fijar su responsabilidad bajo el art. 21.1 LA<sup>629</sup>. Se debe, pues, insistir en el carácter unitario de la responsabilidad del árbitro bajo la LA. Por otra parte, dicha interpretación no explica suficientemente la sujeción de las cortes arbitrales dentro del marco del art. 21.1 LA, puesto que éstas no dictan propiamente decisiones con carácter de laudo aunque

---

árbitro que rechaza participar en el procedimiento arbitral al considerar que se trata de un supuesto de denegación de justicia.

<sup>627</sup> Así se considera que el incumplimiento de los árbitros de revelar potenciales conflictos de interés es un incumplimiento contractual por lo que se aplicaría el régimen general contractual y no el régimen legal de inmunidad: PÖRNACHER/KNIEF, p.226; y HAUSMANINGER, pp.28-29, en relación con el derecho estadounidense.

<sup>628</sup> PÖRNACHER/KNIEF, pp.226-227.

<sup>629</sup> En Alemania donde también parece seguirse la tesis que comentamos a nivel doctrinal se considera que quedarían sujetos a inmunidad: las cuestiones probatorias llevadas a cabo por los árbitros, el establecimiento de los hechos relevantes, la aplicación del derecho, o cualquier otra actuación llevada a cabo que esté estrechamente conectada con la función jurisdiccional. Por el contrario se sujetarían al derecho general contractual: el deber de confidencialidad, el de revelación, y obligaciones derivadas de la emisión formal o temporánea de un laudo. Vid. PÖRNACHER/KNIEF, pp.218-219; y HAUSMANINGER, p.36. Efectúan también una distinción similar, algunos autores en Austria pese al art.594 del Código de Procedimiento Civil que establece una responsabilidad por culpa derivada de la aceptación del encargo o por el incumplimiento tardío de las obligaciones del árbitro. Vid. La relación doctrinal en: RIEGLER/PLATTE, pp.118-120.

algunas sí tienen un carácter cercano, por ejemplo, cuando determinan sobre la recusación de un árbitro o cuando *prima facie* establecen su jurisdicción, y desde luego existen prestaciones de pura administración que no pueden encuadrarse en el marco jurisdiccional. Del mismo modo, el marco unitario de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA se evidencia también en cuanto se piensa que en el arbitraje *ad hoc*, el árbitro realiza funciones tanto decisorias como de mera administración, siendo que éstas últimas están también reguladas bajo el art. 21.1 LA. En estos casos, nos encontraríamos también con la dificultad añadida de marcar una línea divisoria entre dichas decisiones y las meramente administrativas.

A mayor abundamiento, sistemáticamente el art. 21 LA se sitúa dentro del Título III (De los árbitros) de la Ley de Arbitraje; título en el que se incluyen varias de las llamadas actividades no jurisdiccionales por este sector de la doctrina, y señaladamente las relativas a la independencia e imparcialidad (art.17 LA). De esta forma la ubicación del precepto serviría en su caso para, al menos, defender como posible y teórica interpretación que sólo las cuestiones ahí referidas, esto es, las relativas a la capacidad, abstención y recusación, imposibilidad o ejercicio de funciones, estarían sujetas al art. 21.1 LA.

Incluso, nos parece que la interpretación que ahora comentamos adolece de cierta confusión a la hora de distinguir las actividades del árbitro en las dos mencionadas categorías (jurisdiccional y no jurisdiccional)<sup>630</sup>. Así sucede, por ejemplo, cuando se considera que la violación por el árbitro de los deberes de actuar equitativa e imparcialmente y de tratar a las partes con igualdad durante todo el procedimiento, así como cuando se incumple con el plazo para laudar son tanto incumplimientos jurisdiccionales como contractuales<sup>631</sup>, sin que, por otra parte, se dé una solución al problema. O cuando se considera la obligación de confidencialidad como un incumplimiento contractual basándose en el hecho de que se trata de obligaciones contractuales estipuladas vía reglamentos arbitrales<sup>632</sup>, lo que no sucede precisamente en el caso de la LA española (art.24.2 LA).

#### *4.3.3. La restricción al máximo de la responsabilidad: el art. 21.1 LA como un supuesto de regulación exclusiva del régimen de responsabilidad sobre la base de la antijuridicidad dañina intencional*

En el polo opuesto a la primera de las interpretaciones efectuadas se situaría la enunciada en este epígrafe que implicaría considerar que el art. 21.1 LA regula de forma exclusiva y excluyente todo supuesto de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones, al tiempo que no otorgaría diferencias apreciables entre el dolo, la negligencia y

---

<sup>630</sup> Lo critica también: RUTLEDGE, p.182.

<sup>631</sup> Para lo primero GAILLARD/SAVAGE, nº1129. Para lo segundo: HAUSMANINGER, pp.30-31.

<sup>632</sup> GAILLARD/SAVAGE, nº1132.

la temeridad<sup>633</sup>, puesto que las tres se reconducirían a una situación de *antijuridicidad dañina intencional*. Esta tesis encontraría sustento en la posición de algunos autores, e incluso parecería encontrar sustento en alguna sentencia del TS, si bien privaría de sentido al SRC en este campo<sup>634</sup>.

Efectivamente el TS en su sentencia de 26 abril 1999 (JUR 2000/4178)<sup>635</sup> aplica la misma por referencia a la doctrina germánica del *Widerrecht lichen*. Ahora bien, la STS mencionada no puede apoyar la tesis que ahora comentamos ya que en realidad se refiere a la responsabilidad por culpa bajo el antiguo art.16 LA (1988) y desde luego en ningún momento nuestro Alto Tribunal confunde ésta con el dolo, antes al contrario los distingue claramente.

Si bien y como veremos con mayores detalles podemos considerar que el art. 21.1 LA es la norma general de responsabilidad de los árbitros en nuestro ordenamiento jurídico, no podemos compartir la equiparación completa entre los términos dolo, mala fe y temeridad. En primer lugar, porque de ser así al legislador le habría bastado con referirse al dolo sin necesidad de acompañarse de otros dos términos. En segundo lugar, por la propia evolución histórica de esta disposición que si bien demuestra unos exigentes requisitos de imputación de responsabilidad en comparación con la culpa del art.16 LA (1988), a nuestro juicio, se debe incluir la culpa grave como sinónimo de temeridad. En tercer lugar, porque los conceptos derivados de la Ley de Arbitraje tienen un claro entronque con las normativas arbitrales comparadas y su interpretación en ese ámbito es acorde con la distinción que se realiza entre ellos y que supone acoger el dolo pero también la culpa inexcusable y, en algunos ordenamientos, también la culpa grave. Y para finalizar porque esta interpretación en absoluto sería coherente con la nueva obligación de contratar un SRC.

---

<sup>633</sup> MARTÍNEZ SORIA, Artículo 21, pp.294-295: Félix MONTERO, Modificación de la Ley de Arbitraje: el nuevo seguro de responsabilidad civil para árbitros e instituciones arbitrales. Diario Jurídico, 15 septiembre 2011, p.5: “los árbitros sólo pueden responder por dolo, temeridad y mala fe, de modo que el aseguramiento *ex ante* de dicha responsabilidad es contrario a los preceptos de la propia LCS”. En similares términos aunque menos rotundo: Marco DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Consideraciones sobre la reforma de la Ley de Arbitraje. Spain Arbitration Review, 2010, nº8, p.176; y parece también seguir la misma tesis: MARTÍNEZ ESPÍN, p.427.

<sup>634</sup> MONTERO, p.5: “Parece claro que dicha obligación [contratación de un SRC] no es posible cumplirla en España, por tanto estaremos ante una obligación legal que se ha de entender por no puesta (el aseguramiento *ex ante* de la responsabilidad civil por dolo). Podría ser objeto de consideración si en virtud de la aplicación extraterritorial de la LA, los árbitros e instituciones están obligados a contratar dicho seguro sometiendo sus pólizas a un Derecho extranjero que sí permita el aseguramiento del dolo”. En nuestro ordenamiento, y a nuestro juicio, un pacto que cubriera el riesgo de dolo sería contrario a la moral y al orden público como con fundamento señala la doctrina, entre otros: José A. BADILLO ARIAS, El dolo y la culpa en el contrato de seguro. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, enero-marzo 2010, nº33, p.16, con cita de la STS, 14 marzo 1991 (JUR 2139): “Es indudable que las excepciones establecidas en los arts. 19 y 48 de la LCS responden a una exigencia esencial del contrato de seguro. Asegurar los siniestros causados por dolo o mala fe sería contrario al orden público (vid. art. 1255 del Código Civil)”; y ALONSO SOTO, p.337. Cuestión distinta es que el seguro pueda cubrir los riesgos derivados del dolo o culpa de aquellas personas por las que el asegurado deba responder civilmente (ALONSO SOTO, p.445).

<sup>635</sup> En Jurisprudencia española de arbitraje, nº474.

#### 4.3.4. Nuestra interpretación: los criterios de imputación de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA

Un simple contraste entre los diversos criterios empleados por el art. 21.1 LA (mala fe, temeridad o dolo) en comparación con otros preceptos de nuestro ordenamiento, por ejemplo, el art.19 LCS que sólo se refiere a la mala fe o el artículo 1102 CC que habla de dolo, nos lleva a preguntarnos si existen diferencias significativas entre los términos empleados. No se trata de una cuestión sencilla ya que se trata de conceptos jurídicos indeterminados, variables y mutables a lo largo del tiempo y que, incluso, presentan rasgos diferenciadores dependiendo del sistema jurídico en el cual se insertan, e incluso dentro de un mismo ordenamiento de la rama concreta en la cual se analizan (penal, civil, administrativa, mercantil, etc).

En el ámbito penal, por ejemplo, el principio de responsabilidad subjetiva (art.5 CP) se halla en el dolo o en la imprudencia, siendo estos conceptos los que delimitan el tipo penal (art.10 CP) y que han sido profusamente analizados por los autores penalistas, que consideran diferentes enfoques y teorías para explicar las diferencias entre el dolo y la imprudencia, compartiendo todas ellas la mayor gravedad que reviste la primera frente a la segunda<sup>636</sup>. Dolo sería el término común que compartirían el Código Penal<sup>637</sup> y el art. 21.1 LA, lo que no implica como veremos que deban ser entendidos del mismo modo.

La responsabilidad, aunque sea privilegiada, como hace el art. 21.1 LA, exige en todo caso que se acredite que concurren en la determinación del ilícito los cuatro requisitos clásicos de la determinación de la responsabilidad civil: la conducta (acción u omisión), el daño cuya reparación se exige, el nexo causal entre ambas y el dolo (generalmente también en la mayoría de los supuestos de responsabilidad la culpa o negligencia, que en el caso de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA se prescinde y que queda sustituida por la mala fe, la temeridad o el dolo).

La exigencia del dolo, la mala fe o la temeridad del árbitro y de las instituciones arbitrales como supuestos de responsabilidad supone introducirnos en una cuestión jurídicamente compleja y de contornos difusos particularmente en materia probatoria, y especialmente difícil a la hora de determinar el significado de la temeridad. Si bien

---

<sup>636</sup> Esa mayor gravedad, sin embargo, se fundamenta en diversos enfoques y teorías, que partiendo del principio de proporcionalidad no logran encontrar una unanimidad en la doctrina a la hora de formular un único criterio delimitador. Vid. Un análisis de las diferentes posturas: Marina SANZ-DÍEZ de UZURRUN LLUCH, Dolo e imprudencia en el Código Penal Español. Análisis legal y jurisprudencial. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, pp.40-80, quien considera que la mayor gravedad del dolo descansa en el grado de riesgo conocido por el autor.

<sup>637</sup> Art.5 CP: "No hay pena sin dolo o imprudencia". Vid. También art.10 CP en relación con la definición de los delitos y las faltas conforme al dolo o la imprudencia: "son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley". Culpa era el término que se utilizaba en versiones anteriores (CP 1973), considerando la doctrina penal que el cambio es meramente terminológico: SANZ-DÍEZ, p.134, con ulteriores citas. Para un repaso doctrinal a las diferentes tesis manejadas para delimitar el dolo y la imprudencia: teorías de la voluntad (la distinción se aborda desde el elemento volitivo del dolo), teorías de la representación (se aborda desde el elemento cognitivo del dolo) y las tesis mixtas (exigen voluntad en el dolo eventual pero delimitan la imprudencia desde el elemento cognitivo del dolo). Id., pp.273 y ss.

cualquiera de los tres tipos de imputación de responsabilidad acogidos en el art. 21.1 LA provocan la responsabilidad del árbitro, lo cual llevaría a que probablemente no fuera necesario tener que proceder a delimitar unos de otros ante la inutilidad de la distinción, a la postre la delimitación de los mismos se presenta esencial.

A nuestro juicio es así porque aunque pudiera hablarse de un único tipo de imputación de responsabilidad –y no de tres- con diferentes grados de gravedad, no desaparecería uno de los más serios problemas de interpretación bajo el art. 21.1 LA, a saber: si la culpa grave puede ser incluida como título de imputación de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Dicho esto, creemos que resulta importante distinguir los títulos de imputación de responsabilidad pues, al menos desde un plano conceptual suponer ordenar y delimitar las diversas categorías jurídicas empleadas por el art. 21.1 LA, sin perjuicio de que el estrecho corsé en el que se insertan pueda implicar, ante casos especialmente complejos y problemáticos en cuanto a su delimitación, una liberación de sus ataduras por el juzgador.

### **A) El dolo y la mala fe**

En nuestra opinión, el art. 21.1 LA utiliza los términos dolo y mala fe como sinónimos e intercambiables<sup>638</sup>. No existe, a nuestro juicio, una disparidad terminológica con la LCS en este punto, puesto que, en primer lugar, el art.19 LCS se refiere también a la mala fe<sup>639</sup> en idénticos términos que la LA; en segundo lugar, la LCS utiliza la expresión dolo en relación con la acción directa en el SRC (art.76 LCS) como supuesto en el que el asegurador puede repetir contra el asegurado; y por último, la doctrina mercantilista ha considerado que la mala fe en el ámbito del seguro es equiparable con el dolo civil<sup>640</sup>.

Lo anterior implica entender que son inasegurables los supuestos de provocación intencional del daño del tercero por parte del asegurado, esté o no tipificado como delito

---

<sup>638</sup> Considera que tienen el mismo significado: RIVERO, p.4239; y OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.939. Como indica el primer autor “mala fe, por tanto, en cuanto a los árbitros, supone, en un aspecto, infracción de los deberes de lealtad y corrección que les competen en el marco de la buena fe exigible como principio general; lo cual no se aparta mucho de la fidelidad (también lealtad, probidad) que el mismo art. 21.1 LA les exige en el cumplimiento de su encargo. Mala fe, desde otro punto de vista, equivale a dolo; actuará de mala fe el árbitro que actúe dolosamente y viceversa”.

Desde el punto de vista civil, por todos: PUIG BRUTAU, p.193.

Por el contrario los distingue: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, pp.155-156, para quien la mala fe es: “toda conducta, sea comercial o no, ejercitada de forma ilícita y contraria a la Ley, por la que se pretender perjudicar a un tercero con o sin beneficio propio”; mientras que el dolo arbitral es la forma más grave de culpabilidad: el árbitro “actúa con conciencia y voluntad de producir un resultado típicamente injusto para alguna de las partes”.

<sup>639</sup> La intercambiabilidad entre los términos aparece confirmado por la sustitución de la mala fe por el dolo en el proyectado art.591-18 del Código Mercantil (2013): “1. El asegurador no estará obligado al pago de la indemnización si el siniestro ha sido causado por dolo del asegurado”.

Es además una posición común entre la doctrina mercantilista, véase: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, pp.350-351. Nótese que la LCS en dos casos concretos: el seguro de incendio y el de robo también excluye la cobertura en el caso de culpa grave. Vid. Respectivamente: arts.48 y 52 LCS.

<sup>640</sup> Vid. Por todos: CALZADA CONDE, El seguro voluntario, pp.178-181; y SÁNCHEZ CALERO, Art.19, p.352.

penalmente<sup>641</sup>, aunque sí podrían entenderse cubiertas por el SRC las actuaciones dolosas de las personas de las que el asegurado deba responder<sup>642</sup>, lo que tiene importancia particularmente cuando la responsabilidad recae en la institución arbitral, ya que ésta actúa por medio de terceras personas, aunque en menor medida también podría darse en aquellos supuestos en que el tribunal arbitral o el árbitro único se asisten de un secretario. Por supuesto y por aplicación del art.76 LCS pese a la existencia del dolo del asegurado, el asegurador sigue respondiendo frente al tercero perjudicado.

Resultando el dolo y la mala fe sinónimos, podemos considerar que serán supuestos de responsabilidad en el arbitraje aquellas conductas que en términos generales puedan considerarse dolosas por lo que habremos de recurrir a la consideración del dolo civil, esto es, intención o voluntad consciente de la realización de un siniestro (acto lesivo) en el que se prevén las consecuencias dañosas de la acción u omisión<sup>643</sup>, por contraposición a la culpa en la que también existe voluntariedad pero no prevalece la intención, como en el dolo, sino que la culpa se caracteriza por la negligencia<sup>644</sup>.

En términos penales el dolo es de forma tradicional configurado como acto intencional (conocimiento y voluntad) del autor, pero la intención y voluntariedad se basa en la decisión consciente de provocar un daño; elemento que no está presente en el dolo civil donde lo relevante es que se haya provocado de forma consciente y voluntaria el siniestro, pero no resulta preciso que se cause un daño,<sup>645</sup> aunque las nuevas corrientes doctrinales en el ámbito penal apuntan a una redefinición del dolo como decisión

---

<sup>641</sup> Como explica BADILLO, p.12, “en la tramitación parlamentaria se optó por sustituir “dolo” por “mala fe”, principalmente, por el temor que había, entiendo que por el sector asegurador, de que el dolo se identificase sólo con el dolo penal y, por tanto, sólo se exonerarían en esos casos y no en otros supuestos no delictivos, aunque sí intencionados. En cualquier caso, la expresión “mala fe” es equiparable al dolo, en su acepción más amplia en la que se incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico. La STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2005 (RJ 2005/5099), equipara la mala fe con el dolo, que a su vez puede provenir de un delito o de un acto ilícito o mala fe”. En similares términos: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, pp.350-352.

<sup>642</sup> CALZADA CONDE, El seguro voluntario, pp.234-236. Y ello se entiende así, como indica la autora, de forma mayoritaria por nuestra doctrina ya se trate de considerar que la responsabilidad se basa en una presunción de culpa *in vigilando* o *in eligendo* o bien que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo.

<sup>643</sup> ALONSO SOTO, p.41, y p.43 considerando que éste es el elemento diferencial con la culpa. Vid. También SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, pp.352-353; y RIVERO, p.4240 al hablar del dolo bajo el art. 21.1 LA y con referencia a la STS 30 noviembre 1999 considera que el dolo contractual presupone conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico sin que sea preciso la intención de perjudicar. Incluso se mantiene que el dolo difiere dependiendo del tipo de responsabilidad: si se trata de la responsabilidad civil extracontractual se trata de la conciencia y voluntad de realizar la acción dañosa, mientras que en la responsabilidad civil contractual es la conciencia y voluntad de incumplir, no necesariamente de dañar: NAVARRO/VEIGA, p.263.

<sup>644</sup> ALONSO SOTO, pp.234-243, dando cuenta de las diferentes posturas doctrinales en torno a los elementos esenciales de la culpa: previsibilidad del resultado –postura mayoritaria en la jurisprudencia- o la intencionalidad del sujeto.

<sup>645</sup> Por todos: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, pp.352-353.

contraria al bien jurídico protegido en vez de “conocimiento y voluntad” de realización del tipo objetivo, lo que implica unificar el dolo directo y el dolo eventual y un mayor campo de actuación del dolo que acogería los tipos más graves de imprudencia<sup>646</sup>.

Retornando al dolo en el ámbito civil, voluntariedad e intencionalidad en la actuación que provocan el siniestro son elementos básicos de la responsabilidad basada en el dolo, a los que se suma la antijuridicidad, esto es, la intención del asegurado de vulnerar el principio de la buena fe contractual<sup>647</sup>. Con todo, la doctrina no se ha ocupado demasiado del dolo civil puesto que en los sistemas de responsabilidad se trata de indemnizar dicho daño con independencia de la intencionalidad<sup>648</sup>, por lo que ha llegado a indicarse que “en el fondo, dolo y negligencia no son dos problemas distintos, sino solamente el mismo: determinar si la conducta es correcta o no conforme al ordenamiento”<sup>649</sup>.

La intencionalidad supone colocar a la aseguradora en una difícil situación ante la carga probatoria, si bien puede excluirse en el SRC. No resulta infrecuente que en otros ámbitos de los SRC, por ejemplo, en el ámbito del seguro D&O se haya propuesto, siguiendo la práctica aseguradora alemana, la exclusión del seguro de las actuaciones en que “el administrador es consciente de la ilicitud de sus conducta, aun incluso cuando confiase en que no se produjese, como consecuencia, daño para la sociedad o para terceros”<sup>650</sup>.

La intencionalidad, consciencia y voluntad serían, en consecuencia, los criterios que deben primar a la hora de distinguir el dolo y la culpa. Por ello, quedaría fuera de la distinción entre el dolo y la culpa la previsibilidad o no de las consecuencias dañosas, ya que la previsibilidad forma parte de la propia conciencia o intención.

Sin embargo, la frágil línea divisoria entre el dolo y la culpa, especialmente ésta en sus manifestaciones más severas, que en ocasiones, incluso, resulta imposible de realizar, ha provocado la introducción doctrinal de una categoría intermedia entre el dolo y la culpa grave. Se trata de la llamada culpa inexcusable o culpa consciente, que en ocasiones se equipara también con el llamado dolo eventual o de segundo grado, y en el que la distinción entre la previsibilidad o no del evento se erige como elemento diferenciador.

---

<sup>646</sup> Vid. Con mayores fundamentos y detalle: SANZ-DÍEZ, pp.247 y ss, y p.330.

<sup>647</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, p.353.

<sup>648</sup> GARCÍA-RIPOLL, p.53.

<sup>649</sup> GARCÍA-RIPOLL, p.55, aunque reconociendo que el dolo sí puede ser relevante en determinadas circunstancias.

De ahí, incluso, que se hable, en ocasiones, de un concepto muy laxo de la culpa que incluiría el dolo y la negligencia. Vid. Por ejemplo, OSSORIO, p.38.

<sup>650</sup> IRIBARREN, cit., p.179.

De acogerse dicha distinción, ello nos llevaría a restringir todavía más el ámbito de responsabilidad de los árbitros<sup>651</sup>, y de las instituciones arbitrales si se entendieran aquellos términos como sinónimos de la temeridad. Se trataría de una actuación u omisión voluntaria, pero no intencional –rasgos que compartiría con la culpa-, pero a diferencia del dolo no existiría la intención de dañar: el daño no sería previsible, sino únicamente un peligro sin que se haga nada por evitarlo.

Precisamente, en el ámbito del seguro se considera indiferente que el asegurado causante del dolo en el siniestro quiera las consecuencias (dolo directo) o que meramente las prevea como posible y las acepte (dolo eventual), puesto que el último es equiparado con el primero por la jurisprudencia del TS<sup>652</sup>. Como se ha indicado acertadamente: “el Seguro de “culpas intencionales” está universalmente rechazado. Quien deliberadamente origina un daño ha de pechar con todas sus consecuencias. En la intencionalidad, la consciencia y voluntad del agente cubren todo el espacio actuacional. Se sabe lo que se quiere, se quiere lo que se hace, se asume la red de efectos materiales derivados de la acción de lesividad, en suma, programada, entrevista y aceptada”<sup>653</sup>.

Consecuencia de lo anteriormente indicado es que debe rechazarse también el aforismo “*culpa lata dolo aequiparatur*”, que supone asimilar la culpa grave y el dolo. Ello ha sido particularmente relevante en materia de contrato de seguro puesto que dicha equiparación se erigía como un obstáculo importantísimo al no permitir el seguro de la culpa<sup>654</sup>, aunque hoy claramente superado, entre otras razones gracias al auge del SRC.

Las categorías intermedias entre el dolo y la culpa plantean serios problemas de delimitación entre ambas, introduciendo más incertidumbres, pero a los efectos de nuestro estudio deben entenderse también, si se acogen semejantes distinciones, como supuestos de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Presenta así esta cuestión rasgos similares aunque diferentes a los que se producen en el orden penal<sup>655</sup>, donde el dolo eventual es conceptualizado como dolo aunque sea de menor

---

<sup>651</sup> Parece ser la posición de: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.939. Considerando que integra la conducta del árbitro “el incumplimiento voluntario definitivo o defectuoso del encargo recibido y en las que el árbitro es consciente de que su comportamiento puede provocar un daño y, sin embargo, no adopta las medidas exigidas por la buena fe para evitarlo”.

Es también la posición de los autores que reconducen la responsabilidad al parámetro de la “antijuridicidad dañina e intencional”: MARTÍNEZ SORIA, Artículo 21, pp.294-295.

<sup>652</sup> SOTO NIETO, El seguro de responsabilidad civil, p.21. Vid. También: ALONSO SOTO, p.41, pp.279-280; y pp.318-319.

<sup>653</sup> SOTO NIETO, El seguro, pp.21-22, considerando además que todo hecho culposo con independencia de su modalidad o grado queda acogido en el SRC.

<sup>654</sup> Cuestión tratada ampliamente por ALONSO SOTO, pp.281 y ss. Existe, no obstante, un sector importante de la doctrina que los equipara, por ejemplo, YZQUIERDO, p.342, p.381 y p.391; y NAVARRO/VEIGA, pp.263-264.

<sup>655</sup> Por ello no podemos compartir la opinión de algún autor que ha considerado aplicable por analogía a la responsabilidad arbitral los criterios del Código Penal. Así bajo la LA (1988): LLEDÓ, Artículo 16, p.279

gravedad y donde la doctrina discute entre si los casos fronterizos entre el dolo y la imprudencia, deben suponer una minoración del tipo doloso o una agravación del tipo imprudente<sup>656</sup>. Debe notarse que en el ámbito penal, la cuestión es más problemática porque existe una gran diferencia penal entre delitos cometidos con dolo o con imprudencia, de ahí que trazar la línea fronteriza entre unos y otros delitos tienen unas severas consecuencias.

En el ámbito arbitral, sin embargo, los problemas se dan primeramente al tratar de delimitar qué se entienda por los títulos de imputación del art. 21.1 LA y en segundo término al establecer si la culpa grave queda incluida. A nuestro juicio y como comentaremos en el siguiente apartado la temeridad debe verse como sinónimo de culpa grave.

## **B) La temeridad como equiparable a la culpa grave**

Sentado lo anterior, todavía tiene que determinarse si la culpa grave es equiparable a la temeridad, especialmente cuando el art. 21.1 LA es el único precepto de nuestro ordenamiento jurídico que a efectos jurídico-privados utiliza este término como título de imputación de responsabilidad.

Efectivamente, en el Código Civil la única referencia a la temeridad se halla en el art.1318 CC<sup>657</sup> y no lo hace como criterio de imputación de responsabilidad sino como criterio de asignación de gastos de las cargas del matrimonio al estilo de otras normas de nuestro ordenamiento. Precisamente, la temeridad se utiliza a efectos procesales de imputación de costas o gastos producidos por una reclamación o interposición de un recurso cuando se aprecia mala fe o temeridad en el reclamante o denunciante<sup>658</sup>. De hecho era el criterio seguido por el art.35.2 LA (1988) en relación con las costas del arbitraje: "Salvo acuerdo de las partes, cada una de ellas deberá satisfacer los gastos

---

consideró que la responsabilidad se produce: a) Cuando el árbitro dicta a sabiendas una resolución injusta; b) cuando por negligencia o ignorancia inexcusable se dicta un laudo arbitral manifiestamente injusto; c) cuando el árbitro se niega a fallar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley; d) cuando el árbitro, faltando a la obligación de su cargo, dejase maliciosamente de promover pruebas, o que no fijase a las partes plazos para formular alegaciones, esto es, cuando incumpliese las normas del procedimiento arbitral.

<sup>656</sup> SANZ-DÍEZ, pp.215 y ss.

<sup>657</sup> Así el art.1318 CC establece en su tercer inciso que: "Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita".

<sup>658</sup> Así en la LEC (arts.243 y 394), un ejemplo de imposición de costas por temeridad, que se circunscribe a la superficialidad e inconsistencia de muchos de los argumentos anulatorios esgrimidos por la instante de nulidad de un laudo arbitral y su falta de respeto al principio de la buena fe: STSJ de Madrid, 13 marzo 2012 (JUR 149509).

efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales, a no ser que los árbitros apreciaran mala fe o temeridad en alguna de ellas”<sup>659</sup>.

Es en el ámbito penal donde podemos encontrar una posible referencia a la temeridad como criterio de imputación de responsabilidad. Así parece utilizarse como sinónimo de imprudencia en los artículos 380 y 381 CP (conducción manifiestamente temeraria)<sup>660</sup>, o en otros delitos en los que se utiliza la fórmula “temerario desprecio hacia la verdad” en los delitos contra el honor y los delitos de acusación y denuncias falsas. Poco ayuda, sin embargo, trasladar estos términos penales al ámbito arbitral sobre todo ante la falta de claridad de los mismos y de consenso en la doctrina penal que duda, entre otros, en torno a si es o no un criterio autónomo de responsabilidad, sinónimo del dolo eventual o una forma específica de imprudencia<sup>661</sup>.

El *temerario desprecio a la verdad* del Código Penal ha sido identificado en su origen con el “reckless disregard” del derecho penal anglosajón, siendo su trasunto entre las instituciones españolas el dolo eventual<sup>662</sup>, aunque podría también configurarse como un grado grave de la imprudencia, reproduciéndose las dudas doctrinales que también

---

<sup>659</sup> Criterio que subsiste en el art.45.3 2º inciso del Sistema Arbitral de Consumo (RD 231/2008) en relación con los gastos ocasionados para la práctica de la prueba: “En el supuesto de que el órgano arbitral aprecie en el laudo, mala fe o temeridad, podrá distribuir los gastos ocasionados por la práctica de las pruebas en distinta forma a la prevista en el párrafo anterior”.

Vid. También: art.47.5 TRLCSP: “En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”; art.3.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: “En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”; y art.97.4 Ley de Patentes: “4. La resolución determinará los gastos que hayan de ser sufragados por cada parte, que serán los causados a instancia suya. Los gastos comunes serán pagados por mitad. Podrá imponerse el pago de todos los gastos a una de las partes cuando se declare que ha actuado con temeridad o mala fe”.

<sup>660</sup> Así como en el art.340 bis a) CP introducido por la Ley Orgánica 17/1994, de 23 de diciembre - RCL\1994\3493 por el que se modifican diversos artículos del Código Penal con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o imprudencia (BOE 24 diciembre 1994, nº307), y que quedó redactado como sigue: «Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años: 1.º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.2.º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas».

<sup>661</sup> Vid. Extensamente y con ulteriores referencias: SANZ-DÍEZ, pp.538 y ss.

<sup>662</sup> SANZ-DÍEZ, pp.562 y ss, quien traduce el *recklessness* como temerario descuido o desconsideración (id., pp.623 y ss en relación con la jurisprudencia que lo identifica con el dolo eventual, aunque existe jurisprudencia contraria que lo identifica con conductas imprudentes). En contra considera que es difícil la equiparación con el dolo eventual: María del Mar DÍAZ-PITA, El dolo eventual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p.244.

se dan en nuestro sistema cuando se habla del dolo eventual<sup>663</sup>. En este sentido, es curioso observar como en la traducción de la LA efectuada por algunos autores, la temeridad ha sido traducida por *recklessness*<sup>664</sup>, aunque éste no es uno de los criterios de imputación de responsabilidad acogido por las normativas arbitrales anglosajonas, que suelen inclinarse en su versión más grave por los términos “bad faith”, “conscious and intentional wrongdoing”, “malice” o “fraud”, según tuvimos ocasión de analizar<sup>665</sup>.

Temeridad en el sentido vulgar del término<sup>666</sup> se dice de quien es excesivamente imprudente, lo que conecta claramente con el concepto de la negligencia. Se trataría pues de una conducta excesivamente imprudente o gravemente negligente. De ahí la conexión entre la temeridad y la culpa grave. Sin embargo, la temeridad del art.41.1 LA no es la llamada “imprudencia temeraria” al menos para los que equiparan ésta con el dolo<sup>667</sup>.

A nuestro juicio no puede afirmarse que la temeridad sea sinónimo del dolo<sup>668</sup>, como tampoco lo es del dolo eventual o de la llamada culpa inexcusable; categorías,

---

<sup>663</sup> DÍAZ-PITA, pp.239-240, quien considera que el *recklessness* (o desconsideración) no es dolo ni imprudencia sino que responde a la idea de alguien que “se ha comportado de forma conscientemente arriesgada”.

<sup>664</sup> Traducción de la LA española efectuada por David Cairns y Alejandro López Ortiz y disponible en: <http://aryme.com/actualidad-adr/189/traduccion-idioma-ingles-ley-espanola-arbitraje>.

<sup>665</sup> Vid. *Supra* capítulo I. En realidad, salvo en las *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* (1987) que sí se refiere al *reckless*, no es habitual que ese término se erija en criterio de imputación de responsabilidad, resultando más habitual el uso del término *wrongdoing*.

<sup>666</sup> Vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª ed.

<sup>667</sup> Por ejemplo, PUIG BRUTAU, p.627.

Nótese, sin embargo, que la imprudencia temeraria de claro origen penal, se equipara por algunas sentencias con la culpa grave bajo el CP (1995). Vid. Por ejemplo: SAP Almería, 17 noviembre 1998 (JUR 2344); y SAP Madrid, 1 julio 2005 (JUR 244531).

<sup>668</sup> Ilustrativos son los casos en que se enjuician los hechos desde una perspectiva del ilícito civil y no tanto penal. Así resulta ilustrativa la STSJ Castilla-La Mancha, 16 marzo 2006 (JUR 1494) en relación con la consideración de accidente laboral, indicando el tribunal las dificultades para delimitar el dolo de la imprudencia temeraria:

“Para determinar si existió imprudencia temeraria que excluye la consideración de AT, hemos de hacer un recorrido por la doctrina y jurisprudencia en esta materia, y vemos que nos dice: A) Excluye la naturaleza laboral del accidente cuando el trabajador incurre en dolo o imprudencia temeraria. El dolo sigue en esta materia su misma conceptualización civil, es decir, la intencionalidad en conseguir el resultado, en lograr la prestación que hace que el trabajador ponga de su parte los medios necesarios para producir el accidente, consciente y voluntariamente. Algún sector doctrinal exige malicia, aunque nosotros creemos que las notas precedentes son más que suficientes para entender una conducta dolosa a estos efectos. Asimismo, esta intencionalidad distingue el dolo de la imprudencia temeraria, que es la que se comete por falta de conocimientos suficientes en orden al cuidado y a la observación de las consecuencias del riesgo, que origina la actuación impropia o inadecuada que da origen al propio accidente. Asimismo, como tal actuación es imputable exclusivamente al propio trabajador, éste se ve privado de la calificación como laboral del accidente (y de sus efectos) que no se debió producir y que por su negligencia se realizó. El resultado, al fin, es la ruptura del nexo causal, ya que la jurisprudencia considera la temeridad como un desprecio del cuidado propio y de las precauciones del riesgo (STSJ Castilla-La Mancha 29-10-92 [AS 1992, 5304]). Dada

como hemos indicado, intermedias entre el dolo y la culpa. A efectos del art. 21.1 LA, no pueden equipararse el dolo y la temeridad puesto que, entre otras razones, de ser así al legislador le habría bastado con referirse al dolo eliminando los otros dos. Tampoco puede considerarse equivalente de las otras dos categorías mencionadas, pues la previsión o no del evento dañoso no es más que una forma de graduar la negligencia<sup>669</sup>. De ahí que la culpa sea definida e individualizada únicamente conforme a la negligencia empleada<sup>670</sup>, siendo la culpa grave la forma más extrema de actuación negligente o temeraria.

---

la gravedad de consecuencias (en orden a las prestaciones sobre todo) que conlleva la no calificación de laboral de un accidente, la imprudencia ha de ser, per se, grave. Si la imprudencia no es temeraria sino simple, el accidente laboral sigue siéndolo pese a su concurrencia. Seguidamente a lo anterior, la Ley conserva la naturaleza de laboral de los accidentes de trabajo en los que concurre imprudencia profesional y a los ocasionados por actuación de un tercero. La imprudencia profesional o simple, se conceptúa como la que se produce por la confianza que el ejercicio de trabajo aporta al trabajador. Esta imprudencia se entiende no rompe el nexo causal del accidente con el trabajo. Por ello, la imprudencia profesional del trabajador no elimina la responsabilidad objetiva regulada en la legislación de accidentes de trabajo, pero sí la específica responsabilidad del empresario que pueda exigirse cuando el accidente ocurre con infracción de las medidas de seguridad en el trabajo, como refleja, entre otras la STSJ Galicia de 17-2-94. El problema estriba en distinguirla de la temeraria, que elimina la nota de laboralidad al accidente, en principio, de trabajo. La incidencia y gravedad de la imprudencia profesional en relación a la realización del accidente es marcadamente inferior a la imprudencia temeraria: La primera, nace de la creencia, por la confianza de su ejercicio precedente, de la superación del obstáculo y, por tanto, la improbabilidad razonable del acaecimiento de un accidente.

La imprudencia temeraria es la falta de prudencia o control del riesgo de quien, no estando cualificado, pretende una acción que supera los límites del riesgo razonable.

Por último, el dolo es la comisión voluntaria, racional, de una actividad en orden a conseguir la realización del accidente para obtener las prestaciones correspondientes. Evidentemente, sólo los últimos supuestos, dolo y culpa grave (imprudencia temeraria), llevan aparejada la sanción de pérdida de la nota de laboral de un accidente de trabajo que pasa a ser común.

La distinción entre imprudencia temeraria y la actuación dolosa, tampoco está clara.

Evidentemente, su importancia es menor al acarrear una idéntica consecuencia: la no laboralidad. De hecho, alguna sentencia refleja que la conducta temeraria se produce cuando el afectado asume riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de la gente, incluso con acto intencional del trabajador (dolo). En tal sentido, STSJ Cataluña de 29-3-94.

La negligencia simple (imprudencia profesional) no tiene esa drástica consecuencia, sin perjuicio de otros efectos, en orden a la responsabilidad en relación a la empresa en su caso.

Son, a fin de cuentas, reflejos de las distinciones de la culpa y negligencia del orden civil, con matices, en el orden laboral.

La delimitación entre estas figuras evidentemente no es tan clara en el orden práctico debido sobre todo al hecho de que la distinción se basa en determinar si la actuación que originó el accidente es debida a un exceso de confianza creado por la práctica (imprudencia profesional o simple) o es debido a la asunción consciente de un riesgo excesivo para la capacidad del actor (imprudencia temeraria).

Delimitar la línea divisoria entre una y otra es materia sometida a una gran casuística (...).

<sup>669</sup> En este sentido: ALONSO SOTO, p.280.

<sup>670</sup> Como indica ALONSO SOTO, p.280: "El criterio de la diligencia es, pues, el único válido para la individualización de la culpa grave". Id, p.286: "El dolo es, ante todo, un acto intencional que se realiza de mala fe, mientras que la culpa grave es solamente un error, una imprudencia que se produce sin la consciencia de que se puede causar un daño".

En sentido parecido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo –STS 22 junio 2009-<sup>671</sup> en materia de responsabilidad de los árbitros al analizar una demanda de responsabilidad civil si bien bajo la LA (1988) pero con referencias al art. 21 LA que:

“Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter *manifiesto*<sup>672</sup> y que, cuando menos, ser producto de una *grave negligencia*. La LA, no aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos, restringe la responsabilidad a “los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”, por considerar que *sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros*<sup>673</sup> sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. La LA 1988, aplicable en el caso, considera responsables a los árbitros que no cumplieren fielmente su encargo “por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa”. Esta expresión debe también interpretarse como restringida a los supuestos de negligencia grave, pues la imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de las voluntad de las partes que constituye la base de la institución”.

Aun estando de acuerdo con la interpretación que realiza el TS en relación con el art. 21.1 LA, no podemos, sin embargo, compartir la interpretación del art.16 LA (1988) que a la postre supone equiparar ambos preceptos sin advertir las diferencias en cuanto a los criterios de imputación acogidos por dichas disposiciones legales. A mayor abundamiento, la STS que ahora analizamos -y que ya hemos criticado anteriormente- parece estar realizando un extraño giro interpretativo: la interpretación correctora del art.16 LA (1988) (donde dice “dolo o culpa” debe entenderse la “negligencia grave”) se basa a su vez en la interpretación correctora del art.411 LOPJ (donde dice “dolo o culpa” debe entenderse la “negligencia grave”).

La distinción que realiza el TS llevada a sus últimas consecuencias podría determinar que los criterios de imputación de responsabilidad bajo el art.41.1 LA sean en futuras

---

<sup>671</sup> STS 22 junio 2009 (Sección 1ª) ponente Juan Antonio Xiol Ríos, sentencia núm. 429/2009 (JUR 4703).

<sup>672</sup> Se refiere así la STS más adelante a “un incumplimiento manifiesto de sus deberes con trascendencia en el contenido decisorio del laudo”.

<sup>673</sup> Así en el caso en cuestión se pronuncia el TS considerando que “No es suficiente, en suma, justificar la existencia de un error de hecho inexcusable en las premisas de que parte el árbitro o la existencia de un error en la interpretación de un contrato para determinar la existencia de responsabilidad si no se justifica suficientemente que este error trasciende de manera plena en la decisión que comporta el laudo y, si se trata de un arbitraje de equidad, que incide en la arbitrariedad del resultado”. Señala también que: “No basta para la existencia de responsabilidad del árbitro con demostrar que se ha cometido un error en el ejercicio del encargo formulado, sino que es necesario justificar que se han rebasado de manera manifiesta los márgenes razonables de error admisibles en la labor del árbitro”.

resoluciones considerados todavía con un carácter mucho más restringido. Si la culpa bajo el art.16 LA es interpretado por nuestro TS como negligencia grave, nada impediría que la temeridad sea interpretada como culpa inexcusable o consciente, dejando fuera de los criterios de imputación a la negligencia grave. Sea como fuere, se trata de una única sentencia del TS y resta por ver cómo se desarrollará una interpretación futura del art. 21.1 LA en la que la obligación legal de contratar un seguro jugará una pieza esencial, como elemento que por su novedad no ha podido ser considerado anteriormente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Entendida, pues, la temeridad como análoga de la culpa grave, debemos precisar, de acuerdo con la doctrina que se ha ocupado de delimitar y graduar los diversos tipos de culpa, que ésta puede ser entendida como la transgresión de la norma de cuidado que es comúnmente exigible en el tráfico<sup>674</sup>. Culpa que es calificada como grave cuando se refiere a la falta de diligencia excesiva que se sale de la común previsión o como el comportamiento contrario a la diligencia con la que se hubiese conducido cualquier ciudadano mediocre, siendo una negligencia grosera<sup>675</sup>. Adelantemos que la culpa grave sí está cubierta por el SRC, puesto que la diferencia entre ésta y el dolo reside en la intencionalidad del autor<sup>676</sup>. Finalmente, indicar que un sector importante de la doctrina clasifica la culpa según su mayor o menor gravedad en tres categorías: grave, leve y levísima<sup>677</sup>.

#### **4.4. Los criterios de imputación de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA y su relación con el SRC**

Inmediatamente surgen varios interrogantes derivados de la exigencia legal de contratación de un seguro y del estándar de responsabilidad que se exige a los árbitros en el art. 21 LA. ¿Tiene sentido el art. 21.1 LA a la luz de la exigencia obligatoria del seguro?. ¿Implica la obligación legal de asegurar una derogación del estándar de responsabilidad del art. 21.1 LA?. ¿Puede pactarse que el árbitro responda por culpa?. Y, al contrario, ¿puede delimitarse la responsabilidad únicamente a los casos de dolo o, incluso, excluirla totalmente?.

---

<sup>674</sup> ALONSO SOTO, p.43.

<sup>675</sup> REGLERO CAMPOS, Lección 2ª, p.75.

<sup>676</sup> Así la STS, 27 noviembre 1989 (JUR 9326) claramente considera que el dolo nunca es asegurable pero sí la culpa (grave o leve). Por todos en la doctrina: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1316.

<sup>677</sup> Sobre el origen de esta tripartición de la culpa y su estado actual: REGLERO CAMPOS, Lección 2ª, pp.74-75, considerando que la culpa leve es la del art.1902 CC y la del art.1104 CC. Sigue la clasificación indicada: ALONSO SOTO, p.40. La culpa grave es la infracción especialmente grave del cuidado exigido en el tráfico; la culpa leve se dará cuando se omite la diligencia normal en un buen padre de familia o en un honrado comerciante y la culpa levísima será la falta de diligencia que emplean las personas muy cuidadosas (id., pp.43 y 236).

Por eso podemos estar de acuerdo con el profesor GARRIGUES, p.430 cuando si bien excluye del riesgo asegurado la responsabilidad penal y la derivada de hechos dolosos o de culpa grave, precisa que “todo daño intencionalmente causado por el asegurado queda excluido” (subrayado nuestro).

La responsabilidad del árbitro, que surge únicamente en los casos de mala fe, temeridad o dolo, nos lleva a plantearnos su relación con la exigencia legal del SRC y ello por una razón elemental: el dolo no puede asegurarse. Esta regla es clara en nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del art.19 LCS (“El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”) ya que de otro modo desaparecería el riesgo siendo la causa ilícita<sup>678</sup>, y por aplicación también del art.1102 CC (“La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”) que resulta aplicable no sólo a la responsabilidad contractual sino también a la extracontractual<sup>679</sup>.

De ahí que se ha entendido que el SRC no cubre ni puede cubrir la responsabilidad arbitral del art. 21.1 LA (dolo, mala fe o temeridad) porque esas responsabilidades no son susceptible de seguro<sup>680</sup>. Sin embargo, esta postura parte de considerar intercambiables esos tres conceptos, cuando la temeridad debe distinguirse claramente de los otros dos y ha de entenderse que es equiparable a la culpa lata o grave, que sí es asegurable en nuestro sistema jurídico<sup>681</sup>.

En algunos casos, puede decirse que la exigencia legal de un seguro de responsabilidad se conecta en los casos de responsabilidad objetiva, esto es, cuando el ordenamiento hace responsable al agente sin necesidad de establecer el reproche culpabilis-

---

<sup>678</sup> Como se ha indicado correctamente: “La responsabilidad civil derivada de un delito doloso constituye un riesgo inasegurable. Lo cierto, provocado y querido, es inasimilable a lo casual o azaroso; no cabe asegurar las consecuencias de un delito común”: FRANCISCO SOTO NIETO, *El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria. El nuevo Código Penal y el Contrato de Seguro*. Director: Francisco Soto Nieto. Madrid: AIDA, 1998, pp.77-78.

<sup>679</sup> Mayores detalles: CALZADA CONDE, *El seguro voluntario*, pp.178-181. De acuerdo también en relación con la responsabilidad de los árbitros: MERINO MERCHÁN, *Estatuto y Responsabilidad*, p.125; y OLAVARRÍA IGLESIA, *Artículo 21*, p.940.

Dicho precepto es aplicable al arbitraje también por lo que si el reglamento arbitral contuviera, al estilo de algunas normas que hemos analizado en el capítulo I, una exoneración total de responsabilidad, la misma sería nula.

<sup>680</sup> Vid. *Supra* apartado 4.3.3.

<sup>681</sup> ALONSO SOTO, p.43; CALZADA CONDE, *El seguro voluntario*, p.238, entendiendo que no deben asimilarse en el ámbito asegurador los conceptos de la culpa grave y el dolo; id., *El seguro de responsabilidad civil*, pp.41-42; SÁNCHEZ-CALERO, *Artículo 19*, p.359; BADILLO, p.27; SOTO NIETO, *El dolo*, p.83 refiriéndose sobre todo al dolo penal: “El proceder doloso del asegurado abre paso a una responsabilidad personal y directa, no transferible a una entidad aseguradora, frente a la víctima o perjudicado. El hecho culposo, en cualquiera de sus especies, ya quede ubicado en la esfera estrictamente civil, ya subsumido en un tipo penal, es el caracterizadamente abarcable por el seguro de responsabilidad civil”; y VEIGA, p.357. En el ámbito arbitral: OLAVARRÍA IGLESIA, *Artículo 21*, p.38. En los seguros de D&O: FERNÁNDEZ DEL MORAL, p.71. STS 27 noviembre 1989 (JUR 9326), que basándose en el tenor literal del art.19 LCS considera que: “es asegurable la culpa del asegurado –sea grave o leve- y que, por ende, en estos supuestos quedará obligada la entidad aseguradora (art.73 LCS). Es decir que únicamente quedan fuera del ámbito potencial del contrato de seguro de responsabilidad civil la responsabilidad penal propiamente dicha y la civil “derivada de hechos dolosos”.

tico; de ahí la diferencia con el seguro voluntario o facultativo de responsabilidad civil que suele tener su marco de actuación en el ámbito de la responsabilidad por culpa. De esta forma, en determinados supuestos los SRC obligatorios se establecen al amparo de un sistema objetivo de imputación del agente que funciona con independencia de su actuación culposa o dolosa.

Este sistema objetivo de imputación se aplica únicamente a supuestos en los cuales se desarrollan actividades peligrosas o supongan un riesgo considerablemente anormal, excluyéndose dicha responsabilidad por riesgo cuando se trata de riesgos o azares normales o actividades no preocupantes<sup>682</sup>. En íntima relación con este sistema de responsabilidad y para mitigar su aplicación estricta, el legislador se vale de dos técnicas: la limitación en el quantum indemnizatorio y la suscripción obligatoria de un seguro de responsabilidad civil<sup>683</sup>.

Ahora bien que la delimitación recién efectuada entre el SRC obligatorio y el voluntario responda en un número importante de las situaciones a sistemas de responsabilidad subyacentes ya basados en una responsabilidad objetiva ya en una responsabilidad por culpa, no significa que absolutamente todos los supuestos de responsabilidad y exigencia obligatoria de un seguro se ajusten completamente a ese molde como bien sucede en el supuesto del seguro arbitral objeto de este trabajo.

La cuestión, sin embargo, más importante no es tanto advertir la excepción del SRC obligatorio de los árbitros en relación con los modelos anteriormente descritos, como la de determinar si la exigencia legal de un aseguramiento de la responsabilidad civil muda o trastoca el parámetro de responsabilidad establecido en el art. 21.1 LA.

Se podría efectivamente defender que la finalidad de la exigencia legal del seguro no puede ser otra que de facto modificar el art. 21.1 LA. Sobre esta base podría argumentarse que la exigencia legal de asegurar la actuación del árbitro no tiene como finalidad inmediata proteger al asegurado sino fundamentalmente garantizar el interés del perjudicado (los usuarios del arbitraje como titulares de un derecho a recibir un servicio arbitral) de ver saldado el daño -patrimonial- que surge ante actuaciones dolosas, culposas o negligentes del árbitro o de las instituciones arbitrales. Actuaciones que de no estar cubiertas por un seguro y si se mantuviese la interpretación estricta en torno a la responsabilidad de los árbitros, únicamente en los casos de dolo, casi nunca sería objeto de resarcimiento. De ser ello así podría mantenerse que la obligatoriedad legal del seguro tiene un fundamento dirigido no sólo a garantizar a los árbitros o las instituciones arbitrales el riesgo patrimonial que podrían asumir ante el siniestro, sino que fundamentalmente se dirige a fortalecer la institución arbitral ante sus usuarios, garantizando que el riesgo patrimonial que se podría derivar de una actuación sancionada legal o contractualmente quedará cubierto. En consecuencia, dicha interpretación tra-

---

<sup>682</sup> Vid. STS 13 marzo 2002. OSSORIO, p.41.

<sup>683</sup> En este sentido: OSSORIO, pp.41-42.

taría reforzar la credibilidad del arbitraje y de las instituciones arbitrales al tiempo que incrementar las garantías patrimoniales de los potenciales perjudicados.

Lo anterior, sin embargo, no es incompatible con el mantenimiento del estándar de responsabilidad del art. 21.1 LA correctamente interpretado. De hecho, a nuestro juicio, el aseguramiento obligatorio, que recuérdese no siempre responde en todas sus situaciones a un estándar más estricto de responsabilidad, no puede implicar una modificación de facto del régimen jurídico de la responsabilidad de los árbitros previsto bajo la LA, lo que sólo podría hacerse mediante una norma que modificara expresamente dicho régimen, ni tampoco puede suponer una traslación de los riesgos de la modificación de dicha responsabilidad legal a la aseguradora. A nadie se le escapa que una interpretación por la que se entendiera que los árbitros responden también por culpa, lo que claramente implica una alteración del estándar legal de responsabilidad, no es neutra o inocua desde el punto de vista de quién ha de soportar el riesgo pues a la postre se está trasladando el mismo a la aseguradora.

El seguro obligatorio es un elemento que coadyuva a una interpretación que confirma que la temeridad es la culpa grave y por ello no requiere de una intención de dañar que sí es típica del dolo<sup>684</sup>.

A nuestro juicio, la responsabilidad de los árbitros bajo el art. 21.1 LA se reconduce a los casos de dolo o culpa grave, sin que podamos entender que la culpa o negligencia no cualificada (culpa leve)<sup>685</sup> pueda ser un criterio de imputación de responsabilidad

---

<sup>684</sup> Así antes de la reforma de mayo de 2011, a favor incluso en relación con la culpa: ARIAS, Artículo 21, pp.226-227. En relación con las instituciones arbitrales considerando la responsabilidad por culpa grave: Ernesto DÍAZ-BASTIEN, Responsabilidad de las instituciones arbitrales. En Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Vol.18 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Director Jorge Luis Collante González. Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp.924-926.

En contra: Sergio GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14. En Silvia Barona Vilar (coord.). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Thomson/Civitas, 2004, p.582.

<sup>685</sup> Así también: MANTILLA-SERRANO, p.132: “no responderán por culpa leve o de la simple negligencia”; MARTÍNEZ ESPÍN, p.425; GONZÁLEZ SORIA, Artículo 21, p.287, “la redacción del artículo 21 LArb/2003 ha venido a desterrar la posibilidad de exigir a los árbitros responsabilidad por culpa leve” y considerando que dolo y mala fe son equiparables y que la temeridad debe ser puesta en relación con la negligencia profesional. Sin embargo, el autor indicado sostiene en relación con el laudo dictado fuera de plazo que es un presupuesto de “acción culposa” (Id., p.291). En sentido parecido también: OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, pp.939-940, quien entiende que mala fe y dolo son análogos y que la temeridad se enlaza con la culpa grave/ignorancia o negligencia inexcusable, siendo un concepto que deriva del derecho penal (imprudencia temeraria) y procesal. Consideran también que la culpa grave es equiparable a la temeridad: RIVERO, p.4240, que engloba también a la culpa muy grave y considerando la resonancia penal del término; y SÁN-CHEZ PRAT, p.328.

Si bien no considera la culpa leve aceptable en el ámbito de la responsabilidad del árbitros aunque con críticas ya que no existe un ulterior recurso ordinario frente al laudo, sí entiende que la responsabilidad por dolo y culpa tanto grave como leve en relación con la responsabilidad de la institución de arbitraje en relación con el árbitro por ella designado y la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones por el árbitro bajo el art.19 LA: MARTÍNEZ GARCÍA, Artículo 19, respectivamente p.898 y pp.894-899 (extendiéndolo también al

para los árbitros. El tenor literal del art. 21.1 LA es suficientemente ilustrativo del acogimiento de una responsabilidad agravada y a ella hay que sujetarse<sup>686</sup>.

Ello no es óbice para que puedan desarrollarse otras interpretaciones, por ejemplo, se podría considerar que convencionalmente puede pactarse que el árbitro responda por culpa<sup>687</sup>, lo que daría más sentido práctico al seguro en este campo<sup>688</sup>, aunque presentaría una cuestión ulterior: la de tener que analizar la póliza para determinar si un pacto de esa naturaleza no estaría entre las exclusiones de cobertura. En este sentido, téngase en cuenta que todas las pólizas examinadas excluyen en sus condiciones generales “los pactos o acuerdos que modifiquen la responsabilidad legalmente exigible en ausencia de ellos”<sup>689</sup>; las “obligaciones asumidas en virtud de pactos o acuerdos, que no serían legalmente exigibles en caso de no existir tales acuerdos”<sup>690</sup>; “cualquier responsabilidad contractual, garantía u obligación que el asegurado hubiera aceptado y que vaya más allá de la responsabilidad que el asegurado tendría en ausencia de ese contrato”<sup>691</sup>; o “los compromisos asumidos por contratos, pactos o acuerdos especiales y las responsabilidades que se basen en obligaciones contractuales del asegurado que sobrepasen la responsabilidad legal”<sup>692</sup>. Sin embargo, estas delimitaciones negativas del riesgo deben verse en sus justos términos y a nuestro juicio impedirían dar carta de naturaleza a los pactos

---

error de la institución en la designación de un árbitro), conectando en el caso de las instituciones arbitrales dicha responsabilidad con la exigencia de contratación del SRC obligatorio.

Por su parte MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.155 considera que la temeridad es: “un comportamiento esencialmente imprudente, consistente en omitir el cuidado y diligencia que pueda exigirse a la persona menos cuidadosa, atenta o diligente; pero interviniendo siempre un elemento subjetivo o de intencionalidad que es determinante para calificar la conducta del árbitro de temeraria”.

<sup>686</sup> Así se han considerado casos de negligencia inexcusable del árbitro en el ejercicio de su función arbitral: dictar el laudo fuera de plazo; infracción grave de los principios o reglas de procedimiento que claramente violan los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad; incongruencia manifiesta del laudo con las peticiones de las partes, resolviendo puntos claramente no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiera sido, no pudieron ser evidentemente objeto de arbitraje; si el árbitro infringiera de forma negligente y con ignorancia inexcusable el derecho aplicable. Vid. CREMADES, El arbitraje en el siglo XXI, p.4; id., La responsabilidad, p.22.

<sup>687</sup> Así: GONZÁLEZ MALABIA, Artículo 14, p.585; SÁNCHEZ PRAT, p.332; OLAVARRÍA IGLESIA, Artículo 21, p.940; y MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.126. Los dos últimos considerando posible el pacto que amplíe la responsabilidad vía en el convenio arbitral o en el reglamento de arbitraje, añadiendo MERINO MERCHÁN, p.145 y pp.156-160, el pacto de las partes contenido en una cláusula penal; sistema que presentaría como ventaja frente al estándar legal la facilidad en la carga probatoria el no tener que probar el juicio de intenciones o voluntad del árbitro.

<sup>688</sup> De hecho se conecta la responsabilidad negocial o convencional con la exigencia del SRC: MERINO MERCHÁN, Estatuto y Responsabilidad, p.159.

<sup>689</sup> Póliza contratada por una importante Corte Arbitral.

<sup>690</sup> Póliza de SRC Abogados de MAPFRE que también cubre a los árbitros.

<sup>691</sup> Póliza contratada por una importante institución administradora.

<sup>692</sup> Póliza del ICAM.

que cubran el dolo, pero no a los pactos dirigidos a cubrir los riesgos derivados de actuaciones simplemente culposas.

O desde posiciones de *lege ferenda* se puede mantener que el árbitro debería responder en los casos de culpa o negligencia, aunque introduciendo algunos factores que calibren los riesgos denunciados por la doctrina para evitar en las posiciones más extremas la “muerte del arbitraje”<sup>693</sup>. Precisamente esta cuestión la hemos analizado anteriormente al comparar los sistemas de responsabilidad de los árbitros bajo las diversas normativas arbitrales comparadas, que resultan suficientemente explicativas en cuanto al modelo mayoritariamente seguido y las razones por las cuales se sigue ese modelo cualificado de responsabilidad que es el que acoge nuestro sistema en el art. 21.1 LA; sistema que consideramos es el que muy probablemente podría tener un consenso a nivel internacional en una futura modificación de la LMA, lo cual no impide que mientras no llegue la tan ansiada uniformidad y concierto internacional en esta materia, se pueda reflexionar acerca de una responsabilidad basada en la culpa, que es a nuestro juicio la que mejor encaja con la naturaleza del arbitraje y nuestra tradición histórica. No ha llegado todavía el momento de hacer concesiones en aras de la uniformidad internacional en materia de responsabilidad arbitral y, por lo tanto, se pueden exponer argumentos a favor de un sistema basado en la culpa con ciertas matizaciones, en el bien entendido –hemos de insistir en ello- que el sistema vigente es el del art. 21.1 LA y por lo tanto debe ser respetado: sólo se responde por dolo o culpa grave.

A nuestro juicio, los árbitros y las instituciones arbitrales en el ejercicio de su actividad profesional deberían ser considerados como otros profesionales por lo que su mal ejercicio debería ser sancionado conforme a las reglas generales. Ahora bien al ser la misión del árbitro una función decisoria debería quedar fuera del juicio de responsabilidad el derecho a equivocarse, por un lado, y por otro deberían excluirse también los supuestos de culpa levísima.

Los códigos deontológicos en materia arbitral, tan en línea y en consonancia con la moda actual de la desregulación en el ámbito jurídico, precisamente coadyuvan a las conclusiones que se están delineando en este apartado, y que junto a las normas jurídicas, como la exigencia legal del seguro, se destinan a la protección de los usuarios del arbitraje. Los códigos arbitrales en materia de independencia e imparcialidad de los árbitros son la guía moral, ética y jurídica que debe guiar al árbitro no sólo al aceptar el encargo sino también durante todo el desarrollo del procedimiento arbitral<sup>694</sup>. Estas

---

<sup>693</sup> Vid. *Supra* capítulo I, apartado I.

<sup>694</sup> En este sentido puede resultar muy útil como guía interpretativa las ya mencionadas Reglas de la IBA sobre conflictos de intereses donde se establecen unas listas rojas, naranjas y verdes de situaciones que pueden o no afectar a la independencia y la imparcialidad del árbitro. Por ejemplo, forma parte de la lista roja aquellas situaciones en las que el árbitro es el director, administrador o miembro del Consejo de una de las partes del litigio, o si el árbitro tiene un interés financiero significativo en el resultado del caso. Asimismo, entra en la categoría de la lista verde y, en consecuencia, no se entiende que se vulnere la independencia y

reglas de conducta suelen ser de aplicación directa por el acuerdo de las partes por lo que sirven de base para valorar la responsabilidad de los árbitros y su actuación conforme a los estándares de diligencia acordados. Incluso, aunque no sean de aplicación directa, bien pueden servir de guía para valorar la conducta de los árbitros y de las instituciones arbitrales<sup>695</sup>.

Como hemos señalado no nos parece que la ratio del seguro legal obligatorio pueda encontrarse en relación directa con la necesidad de proteger a los árbitros ante el riesgo patrimonial que asumen al aceptar un arbitraje. El riesgo patrimonial del árbitro es menor en comparación con el de la institución arbitral o con otros SRC y ello por una sencilla razón: generalmente el árbitro no realizará actuaciones arbitrales con un carácter permanente y como único medio de vida, ni su actividad estará dirigida a gestionar los intereses y el patrimonio de terceros, como sucede por ejemplo en otros ámbito de la responsabilidad civil, singularmente el de los administradores de las sociedades mercantiles.

La ratio de la obligatoriedad del seguro se halla, en nuestra opinión, entre otros, en la protección de los perjudicados, esto es, los usuarios del arbitraje en su mayoría, con la consiguiente extensión de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Ciertamente que se corre un riesgo: que los árbitros, sobre todo ellos en mayor medida, declinen la realización de tareas arbitrales ante el miedo a las demandas civiles en este campo e, incluso, ante la incertidumbre en cuanto al cuántum indemnizatorio, pues no existe todavía una práctica que avale cuáles puedan ser los límites razonables en que se moverá la jurisprudencia.

Desde esta perspectiva, el ámbito del seguro de responsabilidad y específicamente el ámbito subjetivo de la póliza deberían delimitar cuidadosamente el diferente ámbito de las obligaciones asumidas por los sujetos obligados a la contratación del seguro. De esta forma, aunque el estándar de responsabilidad legal exigido es el mismo, no lo son las obligaciones y funciones en el plano arbitral. Del mismo modo, y ahora desde el punto de vista de los perjudicados en un SRC no todos ellos comparten los mismos rasgos ni siquiera cuando se piensa en el arbitraje.

Para empezar consideremos ámbitos distintos de las profesiones: por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad civil médica el paciente por regla general no suele ser un experto en medicina, sin embargo, en el procedimiento arbitral las partes están

---

la imparcialidad del árbitro si el árbitro posee un número insignificante de acciones de una sociedad cotizada que es parte en el litigio.

<sup>695</sup> Así se ha considerado que el quebrantamiento del deber de independencia se sanciona con la responsabilidad del árbitro, pero no por virtud de la relación contractual que existe entre las partes y los árbitros sino derivado de la sanción de una deber moral inherente a la persona y función que desarrollan los árbitros: HENRY, p.289.

Se mantiene así por ejemplo en otros ámbitos de la responsabilidad profesional, como la médica, al hilo de los códigos deontológicos específicos y en conexión con la *lex artis*: Javier FERNÁNDEZ COSTALES, La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería). Madrid: La Ley, 1995, pp.43-48.

representadas por expertos jurídicos, al menos si pensamos en el ámbito del arbitraje comercial, lo que podría no ser necesariamente el caso en el terreno del arbitraje de consumo. Esta especialización de los perjudicados o, mejor dicho sus representantes, podría equilibrar el riesgo de un exceso de demandas judiciales contra el árbitro o las instituciones arbitrales que podrían derivar de una hipotética responsabilidad basada en el estándar general de la culpa.

No puede ni debe dejarse de lado que la confianza en la que se basa la institución arbitral y conforme a la cual los usuarios del arbitraje voluntariamente se someten a dicho procedimiento ante una institución arbitral y los árbitros, es asimismo una relación jurídica que mal ejercitada puede desembocar ante una demanda de responsabilidad civil. Pero este acercamiento de la responsabilidad del árbitro a la responsabilidad general delimitada por la culpa y por lo tanto la caída del privilegio corporativo del art. 21 LA en modo alguno debe verse como un perjuicio al arbitraje o a la reputación y profesionalidad con la que las instituciones arbitrales y los árbitros ejercitan sus funciones arbitrales, ni mucho menos como un ataque a la independencia del árbitro, sino que antes al contrario se trata de un cambio jurídico en línea con los planteamientos modernos en los que se desenvuelve la responsabilidad civil profesional y con el rol actual que se asigna a la relación entre los prestadores de servicios profesionales y los usuarios.

No existen razones absolutas, o cuanto menos son igualmente valiosas a las que podrían esgrimirse en sentido contrario, que justifiquen la prácticamente inexistente responsabilidad en el ámbito arbitral sobre todo si se difuminan las fronteras entre los títulos de imputación del artículo 21.1 LA y se permiten los pactos de exclusión de la culpa grave o, incluso del dolo, sobre todo aquellos que se aplican vía el reglamento arbitral.

Antes al contrario, a los árbitros y a las instituciones arbitrales como prestadores de servicios se les supone la concurrencia de la diligencia profesional necesaria para llevar a cabo su actuación, y en consecuencia se presume que poseen la preparación jurídica y técnica propia de sus respectivas esferas de actuación. No haya nada especial en un árbitro o en una institución arbitral en comparación a otras profesiones jurídicas que justifiquen un trato diferenciado que les coloque en mejor situación frente a otros profesionales. Más aberrante resulta la situación si se compara con otros ámbitos de la responsabilidad civil donde la tendencia es incluso todavía más exigente en favor de una responsabilidad objetiva o sin culpa, o, sin ir al extremo contrario, ámbitos del derecho donde la responsabilidad ha evolucionado de una exoneración de responsabilidad similar a la vigente en la LA a una responsabilidad agravada como sucede en el caso de los administradores de las sociedades mercantiles.

Lo anterior nos lleva a plantearnos seriamente una derivación de la responsabilidad y su relación con el seguro, a saber: ¿en qué medida la exigencia legal del seguro obligatorio podría llevar a una objetivación de la responsabilidad de los árbitros y las instituciones arbitrales?. Tendencia de presunción de la culpa del profesional que se ha producido en determinados ámbitos de la responsabilidad civil por mor de la suscripción obligatoria del seguro.

La exigencia de un seguro de responsabilidad civil coadyuva como estamos manteniendo a sostener la tesis de un estándar de responsabilidad de los árbitros basada también en la culpa grave y no únicamente en los casos de mala fe o dolo, pero no debe llevarse al extremo de reinterpretar y expandir de *lege lata* el art. 21.1 LA en el sentido de entender que acoge la simple negligencia. El diseño precisamente del seguro de responsabilidad civil y de la acción directa son elementos que ahondan en esta consideración. Bajo el art.76 LCS el asegurador puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. Pues bien, resultaría totalmente contradictorio mantener a ultranza la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones únicamente en los casos de dolo exonerándoles de responsabilidad en los casos de culpa grave al tiempo que se podría oponer la culpa del perjudicado como medida de defensa por parte del asegurador, lo que nos llevaría a situaciones tan absurdas en la práctica como el planteamiento de la responsabilidad civil del árbitro en la que no se podría oponer la culpa del autor del daño como motivo determinante de su responsabilidad, pero sí podría oponerse como motivo liberatorio para el asegurador la culpa exclusiva del perjudicado. Lógicamente no estamos prejuzgando el resultado de un pleito de estas características sino las alegaciones que podrían oponerse durante el mismo, puesto que si llegado el proceso a su fin se concluye que se trata de un supuesto de culpa exclusiva del perjudicado, lo cierto es que no cabría la responsabilidad del árbitro en modo alguno como resulta evidente.

Frente al planteamiento anterior, podría alegarse que el art.76 LCS responde en la sistemática del contrato de seguro a un supuesto de responsabilidad por culpa por lo que debe matizarse o, incluso, excepcionarse la regla cuando el supuesto de base de la responsabilidad es otro distinto como sucede bajo el art. 21 LA, por lo que las pólizas deberían adaptarse para tomar en consideración este problema de interpretación o engranaje entre la LCS y la LA. En este sentido, las pólizas podrían consagrar la acción directa del art.76 LCS pero en punto a los medios de defensa que el asegurador puede oponer frente al tercero se modificaría el estándar de responsabilidad del perjudicado, de forma tal que el asegurador podría oponer únicamente frente al perjudicado su conducta dolosa.

En cuanto a la situación contraria a la contemplada en este apartado, esto es, la posibilidad de exclusión total de responsabilidad del árbitro, puede considerarse esta cuestión desde el punto de vista del pacto de las partes de incorporar un reglamento arbitral que contemple una exoneración todavía mayor que la contemplada en la Ley de Arbitraje. Así sucede, por ejemplo, en los arbitrajes administrados bajo el Reglamento CCI (art.40) que contempla un supuesto de exoneración total, o, incluso en nuestro país si se pactan arbitrajes administrados por la CAM o la Corte Española de Arbitraje cuyos artículos 49 y 34 de casi idéntico contenido establecen que:

“Ni la Corte ni los árbitros serán responsables por acto u omisión alguno relacionado con un arbitraje administrado por la Corte, salvo que se acredite dolo por su parte”<sup>696</sup>.

---

<sup>696</sup> El art.34 Reglamento de la Corte Española añade en el listado a los peritos.

En nuestra opinión, la introducción de esta disposición en los reglamentos arbitrales tiene como objetivo posicionarse por parte de un sector de los operadores implicados en el arbitraje en el debate conceptual de esta cuestión como una llamada de atención acerca de la total o cuasi inmunidad de los árbitros y a las instituciones arbitrales, sin considerar, sin embargo, la posición de las partes en el arbitraje<sup>697</sup>, aunque cierto es se aplica la presunción de que su posición queda definida por el pacto de sometimiento al Reglamento arbitral y su específica norma sobre responsabilidad. Bien es verdad que las partes podrían incluir en su convenio arbitral una desviación sobre la regla de responsabilidad contenida en el reglamento, pero en este caso surgiría una cierta incertidumbre jurídica en torno a la aceptación del arbitraje por parte de la institución concernida.

La cuestión a nuestro juicio debe trasladarse a otro plano: el de los límites de la autonomía de la voluntad (art.1255 CC)<sup>698</sup>, y además ahora se añade un argumento nuevo que a nuestro juicio permite mantener una nueva interpretación sobre esta cuestión: la exigencia de un SRC obligatorio.

Efectivamente, un primer argumento que podría fácilmente esgrimirse es el relativo a la naturaleza imperativa del art. 21.1 LA, particularmente en lo que se refiere a los criterios de imputación de responsabilidad<sup>699</sup>, lo que si bien permitiría la ampliación de los títulos de imputación de la responsabilidad hasta alcanzar, por ejemplo, a la simple negligencia o a la culpa levísima<sup>700</sup>, no podría amparar una restricción de los mismos excluyendo la culpa grave o, todavía peor, el dolo (arts.1102 CC y 19 LCS)<sup>701</sup>, como

---

Se trata de una disposición que ha sido redactada siguiendo lo dispuesto en el Reglamento Modelo del CEA (art.49).

<sup>697</sup> No sin razón GAILLARD/SAVAGE, nº1153 comentando disposiciones similares en otros reglamentos consideran que no es aconsejable que las partes acepten este tipo de disposiciones cuya licitud además consideran cuestionable (id., nº1154).

<sup>698</sup> En nuestra doctrina, por todos: YZQUIERDO, pp.337-352, también en relación con el art.1102 CC.

<sup>699</sup> Considera el art. 21.1 LA como una norma imperativa: Manuel OLIVENCIA RUIZ, Arbitraje: una justicia alternativa (una visión histórica desde la nueva ley). Una nueva contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006, p.27.

<sup>700</sup> YZQUIERDO, pp.267-268, y p.351 refiriéndose a las cláusulas agravatorias de responsabilidad estima que sólo son posibles en las obligaciones de medios pero no en las de resultado en las cuales la diligencia queda fuera de lugar al resultar absolutamente irrelevante, considerándose incumplidas por la simple no consecución del resultado prometido; de ahí que, en su opinión, sólo se exonerará de responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, no bastando probar la ausencia de culpa. A otro resultado se llega siguiendo otras concepciones de las obligaciones de medios, véase: JORDANO FRAGA, por ejemplo, como apunto el mismo YZQUIERDO, pp.293-294, nota 79, y p.302, nota 10.

<sup>701</sup> “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. Así YZQUIERDO, p.348: “Debe así tenerse por no puesta la exoneración de la responsabilidad procedente de dolo o culpa grave”, afirmando que el resultado sería idéntico aunque no existiera el citado artículo del Código Civil por tratarse de un principio general del Derecho. Id., p.390 considerando que el art.19 LCS es una derivación del art.1102 CC.

En el arbitraje internacional considerando nula las cláusulas de exoneración total: CLAY, p.716, y pp.724-725, aunque a nuestro juicio desenfoca el debate trayendo alusiones a la normativa de protección de los

hacen algunos de los reglamentos de instituciones arbitrales ya mencionados<sup>702</sup>. Lo impediría no sólo el carácter imperativo, sino además un segundo argumento basado en su carácter reforzado como norma de orden público<sup>703</sup>.

Ahora bien, aunque puede discutirse el carácter de la norma a la vista del amplio espectro del principio de autonomía de la voluntad en la LA, existe un argumento a nuestro juicio definitivo y que a la postre entendemos independiente del anterior debate: la exigencia legal de un seguro obligatorio impide los pactos de exclusión de la culpa grave, pues de otro modo la imposición legal carecería de sentido<sup>704</sup>.

La mencionada interpretación se circunscribe a este ámbito específico de la responsabilidad en el arbitraje conforme al derecho español, por lo que no es extensible a otras situaciones o esferas de responsabilidad, ni por supuesto implica que sea necesariamente la respuesta que se debe dar a esta cuestión en otros sistemas jurídicos.

A tenor de lo anterior, puede señalarse que a idéntico resultado –si bien el punto de partida en materia de formación del contrato es diferente– se llega si la cláusula de exoneración de responsabilidad se realiza por acuerdo entre los árbitros y las partes, por ejemplo, añadiendo una cláusula de exoneración de responsabilidad en la declaración de aceptación o por pacto expreso entre las partes. Cuestión diferente es el pacto por el cual se limite la cuantía indemnizable por acuerdo entre las partes que sí sería válido (art.1255 CC y 57 CCo).

---

consumidores y usuarios. Con todo el autor ironiza sobre la validez de dichas cláusulas indicando como algunas instituciones arbitrales tienen contratada una póliza de responsabilidad civil (id., p.726). En relación con el arbitraje en España: CREMADES, La responsabilidad, p.17 también ha señalado que la exclusión de la responsabilidad contractual es nula.

<sup>702</sup> Estamos plenamente en desacuerdo con los autores que intentan salvar la validez de las cláusulas totales de exoneración de responsabilidad, como la del VIAC, considerando que su validez debe verse a la luz de las disposiciones sobre inmunidad jurisdiccional. Así: SCHWARZ/KONRAD, nº8-027, si bien señalan que podría existir responsabilidad del VIAC si el laudo es anulado por una decisión profundamente errónea del centro siempre que haya sido intencionada o por culpa grave (id., nº8.034).

<sup>703</sup> Es también el caso en otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, en Austria: RIEGLER/PLATTE, p.120.

<sup>704</sup> Existe, sin embargo, entre nosotros, un sector minoritario de la doctrina que entiende sobre la base de la aparente contradicción entre los artículos 19 y 76 LCS, que cabría asegurar el dolo en determinados supuestos como en los seguros de caución, vida, defensa jurídica o grandes riesgos. Véase una exposición sobre esta cuestión: RONCERO, pp.232-234, a favor de dicha línea de interpretación al no considerar que sea contrario al orden público, aunque sí entiende que es una norma imperativa, lo que impide que fuera de los supuestos tasados donde podría pactarse la asegurabilidad del dolo se pudiera asegurar el mismo, al tiempo que impide que se pueda oponer al perjudicado la inasegurabilidad del dolo o su exclusión del ámbito de cobertura de la póliza.

## IV

### ÁMBITO OBJETIVO DEL SEGURO. DELIMITACIÓN DEL RIESGO. LA RECLAMACIÓN DEL PERJUDICADO

#### I. ÁMBITO OBJETIVO DEL CONTRATO DE SEGURO: LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO

##### 1.1. Cuestiones generales

Conceptuado el seguro de responsabilidad civil de los árbitros y de las instituciones arbitrales como un contrato por el cual el asegurador se compromete a cubrir el riesgo del nacimiento de la obligación de indemnizar al perjudicado por los daños y perjuicios causados por los actos y omisiones realizados durante el desempeño de la función arbitral, resulta evidente que no todo daño y perjuicio será susceptible de ser objeto del contrato de seguro<sup>705</sup>. Deben conjugarse dos materias distintas aunque estrechamente relacionadas, de una parte el ámbito de cobertura del SRC y la función que típicamente despliegan los seguros profesionales, y de otra, los presupuestos de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales frente a los usuarios del arbitraje.

De este modo, el objeto del seguro obligatorio arbitral consistirá en la obligación de pago por parte del asegurador que surja como consecuencia de la declaración de la responsabilidad civil del árbitro por los *daños patrimoniales*<sup>706</sup> que causaren en el ejercicio de su cargo o en el desempeño de sus funciones (art. 21.1 LA). Asimismo, y en el ámbito del seguro voluntario, deberá pensarse en la cobertura de los daños patrimoniales ocasionados por los centros administradores de arbitrajes. La cobertura del asegurador además de partir del dato esencial de la declaración de responsabilidad del asegurado se circunscribe a los límites establecidos contractualmente en la propia póliza con carácter general sin perjuicio de lo dispuesto en la propia LCS.

---

<sup>705</sup> Como se ha señalado muy oportunamente: "Pero el seguro o, más específicamente, la delimitación del riesgo asegurado no puede o no debe abarcarlo todo": VEIGA, p.257. Precisamente el autor posteriormente (pp.305-311) delimita el riesgo asegurable, que no asegurado, y el riesgo garantizado y por lo tanto asegurado, esto es, el riesgo real que va a asumir la aseguradora.

Vid. También PAVELEK, La suma asegurada, apartado 1: "(...) no todo el patrimonio es susceptible de ser afectado desde el momento en que el importe de la deuda de responsabilidad es la que marca la evaluación del siniestro en su relación con el interés como elemento esencial del contrato de seguro".

<sup>706</sup> Definido en alguna de las pólizas aquí examinadas como: "Perjuicio patrimonial, económicamente evaluable, consecuencia directa del Acto Dañoso del Asegurado, objeto de la reclamación del perjudicado y cubierto, a título de indemnización, por esta póliza. En ningún caso revestirán la condición de "daños", los meros perjuicios morales sin trascendencia en la esfera económica del afectado".

La delimitación contractual del riesgo y que se define como la posibilidad de que se produzca un evento o suceso que supone la lesión de un interés o que provoca un perjuicio económico, se lleva a cabo en la póliza misma, resultando esencial para considerar la obligación de la aseguradora (art.4 LCS) al determinar el ámbito del riesgo o extensión del mismo que queda cubierto por el contrato de seguro. De ahí que resulte evidente a tenor de lo indicado que no existe una correlación perfecta entre los perjuicios que pueden derivar del ámbito de actuación de los árbitros y de las instituciones administradoras de arbitrajes y los seguros que cubren los eventos dañosos cubiertos por la póliza. Efectivamente, no toda la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el árbitro es asegurable y ello tanto en atención a las exclusiones de la póliza como en relación con los propios fundamentos en los que descansa la responsabilidad civil y por la que singularmente se excluye el seguro de actuaciones dolosas en aplicación del art.19 LCS. Resultan también frecuentes las delimitaciones negativas del riesgo, exclusiones derivadas de ciertos tipos de reclamaciones, y topes en las cuantías aseguradas, lo que obligará a considerar las conexiones entre el contrato de seguro y el art. 21.1 LA. Asimismo, en la delimitación del riesgo cubierto por el seguro se toman en cuenta elementos temporales y espaciales que también serán objeto de análisis.

Para finalizar unas breves consideraciones en relación con la suma asegurada y los límites cuantitativos. En primer lugar, indicar que si bien todavía no existe el desarrollo reglamentario del seguro obligatorio objeto de este trabajo, casi con total certeza se extenderá únicamente en relación con una cobertura mínima obligatoria, lo que no debería impedir que voluntariamente se cubran más intensamente los riesgos derivados de la actividad arbitral<sup>707</sup>. En segundo lugar, sin perjuicio de que no entramos a analizar la delimitación cuantitativa de la prestación por parte del asegurador y los límites que se aplican en las pólizas de SRC al no existir especialidades en el ámbito arbitral<sup>708</sup>, en todo caso, y como es conocido, la suma asegurada se presenta como el límite máximo que se obliga a prestar el asegurador por cada siniestro (art.27 LCS) y generalmente incluye los gastos de defensa que son esenciales en el SRC. Generalmente la franquicia delimita también cuantitativamente la suma asegurada. Precisamente uno de los problemas denunciados por las instituciones arbitrales para encontrar una SRC que cubra adecuadamente los riesgos derivados de la actividad arbitral reside en las limitaciones que imponen las aseguradoras en relación con la cuantía. Incluso ahora que el SRC de abogados cubre la actividad arbitral no deja

---

<sup>707</sup> Similarmente a lo establecido en relación con el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales como se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241. Y así el art.10 de la citada norma indica que: "El seguro de responsabilidad civil acreditado en el concurso de acreedores por el administrador concursal podrá incluir otras coberturas que libremente se pacten entre las partes, así como ampliar el ámbito y los límites de cobertura".

<sup>708</sup> Sobre esta cuestión puede verse últimamente: PAVELEK, La suma asegurada. Como bien indica el autor (apartado 1): "Es así la mayor o menor exposición al riesgo, tanto en términos de frecuencia como de intensidad, la que determina la contratación de límites más o menos elevados, aunque eso sí, abandonando ya cualquier referencia a una suma asegurada ilimitada".

de observarse como el límite de suma asegurada por siniestro y asegurado es realmente bajo (18.000 euros en la Póliza del ICAM) en comparación con las cifras que se manejan en arbitrajes comerciales, y particularmente los internacionales<sup>709</sup>. Para finalizar, señalar la importancia que podrían tener en los seguros colectivos, como es el SRC a favor de los árbitros, caso de existir, la llamada cláusula de cúmulo que trata de limitar la prestación del asegurador cuando son responsables del siniestro varios asegurados, de tal forma que el asegurador no responderá en función de cada uno de los asegurados individualmente considerados sino que se aplicará un límite común a ambos. En definitiva, por virtud de estas cláusulas, no se apreciarán dos siniestros distintos sino uno sólo<sup>710</sup>.

## **1.2. La delimitación del riesgo en las pólizas: los perjuicios patrimoniales primarios o perjuicios económicos puros**

Las pólizas de responsabilidad civil tanto la profesional de abogado como las específicamente contratadas por las instituciones arbitrales recogen los principios generales clásicos en materia de responsabilidad civil garantizando el pago de las indemnizaciones pecuniarias de las cuales pudiera resultar civilmente responsable el asegurado por los perjuicios patrimoniales primarios causados a terceros. Se responde así a los fundamentos del SRC como contrato por el cual el asegurador se compromete a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de una deuda de responsabilidad civil (art.73 LCS), y por ello el seguro cubre la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios patrimoniales causados por el árbitro o, en su caso la institución administradora, en el desarrollo de su función arbitral.

Se observa, además, que la delimitación del riesgo o del objeto del contrato de seguro en las pólizas se realiza conforme a definiciones de tipo general<sup>711</sup>. Sólo una de las

---

<sup>709</sup> Más realistas nos parecen las cuantías de las pólizas contratadas por algunas instituciones arbitrales. Así se establecen los siguientes límites por reclamación y anualidad dependiendo de las pólizas: algo más de 1.500.000 euros, hasta 1.800.000 euros, y hasta 9.000.000 euros.

<sup>710</sup> Vid. Con mayores detalles: PAVELEK, La suma asegurada, apartado 11.

<sup>711</sup> Así en la póliza contratada por una Corte arbitral de nuestro país se indica que está cubierto:

- a) Negligencia o incumplimiento de un deber o de una obligación,
- b) Error u omisión negligente o inexactitud negligente,
- c) Infracción de los derechos de la propiedad intelectual o industrial, incluyendo "copyright", patentes, derechos de marca, derechos morales o cualquier otra intromisión del buen nombre comercial, personal o comercial de un tercero,
- d) Ruptura del deber de confidencialidad o mal uso de cualquier información, la cual sea confidencial o esté sujeta a cualquier tipo de restricción estatutarias respecto a su uso,
- e) Difamación
- f) La destrucción total o parcial, deterioro, alteración o pérdida de cualquier documento, así como los bienes que le hubieran sido confiados, pero siempre y cuando dicho documento o bienes se encuentren efectiva o presuntamente bajo su custodia,

pólizas analizadas toma en consideración y con cierto detalle la función que realizan los operadores en este campo. Así en la póliza contratada por una institución de arbitraje se establece que quedan cubiertos los perjuicios patrimoniales causados por actos dañosos cometidos por la Corte en relación con:

- *la administración de las controversias y cuestiones litigiosas en los ámbitos civil y mercantil, disciplinar e impulsar el procedimiento y vigilar la correcta redacción y depósito del laudo arbitral.*
- *salvaguardar el derecho de defensa y de igualdad entre las partes, la relación entre ellas en el procedimiento y prestarles el asesoramiento necesario.*
- *la designación de los árbitros que han de intervenir en el procedimiento, asistiéndoles para el adecuado cumplimiento de sus funciones.*
- *integrar o concretar elementos de un contrato o verificar el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible una obligación.*
- *realizar estudios, planes y propuestas de asesoramiento.*
- *prestar servicios a particulares en materias relacionadas con su objeto, prestar servicios de intervención de terceros neutrales.*
- *proponer y presentar mociones, entre autoridades y organismos nacionales e internacionales.*
- *otras actividades que su Asamblea General autorice y que tenga conexión con las anteriores.*
- *la destrucción, pérdida o sustracción de expedientes, archivos, actas u otros documentos de particulares o clientes que le hayan sido confiados por razón del ejercicio profesional<sup>12</sup>.*

Coherentemente con la naturaleza del SRC y como cuestión común a todas las pólizas analizadas es la exclusión de los daños materiales o personales (corporales), ya que por una parte son daños que pueden ser objeto de otros tipos de seguros y sobre todo porque no entroncan directamente con la fundamentación en la que descansan los SRC profesionales del tipo jurídico, esto es, la de cubrir los perjuicios patrimoniales que según se ha indicado reciben el nombre de perjuicios patrimoniales primarios o económicos puros, esto es, daños que son exclusivamente económicos o patrimoniales<sup>713</sup>; a diferencia, por ejemplo, de la responsabilidad profesional de un médico de la que pueden derivar daños personales.

---

g) Actuaciones fraudulentas sus socios, directores, empleados, o subcontratistas contratados por el asegurado y bajo su supervisión,

h) Cualquier otra responsabilidad civil, a menos que esté excluida bajo la sección Lo que no está cubierto”.

<sup>712</sup> Coherentemente en dicha póliza en relación con las exclusiones se indica que quedan excluidas de la cobertura: “los daños personales y materiales, a excepción de los daños a expedientes y documentos en poder del Asegurado para el desarrollo de la gestión encomendada”.

<sup>713</sup> FERNÁNDEZ DEL MORAL, pp.40-50 y p.150; y LÓPEZ-COBO, pp.62-63.

Definidos los daños patrimoniales primarios en la póliza del ICAM: “Se entienden por tales aquellos menoscabos o perjuicios patrimoniales que sufran clientes o terceros como consecuencia de faltas, errores profesionales o negligencias que al manifestarse produzcan la privación del goce de un derecho, la

Como excepción, sin embargo, sí está cubierto el daño producido en relación con la pérdida o destrucción de documentos pues enlaza directamente con la actividad arbitral; se trata de una incorporación voluntaria en la póliza de este tipo de cobertura que no responde generalmente a la causa de los seguros patrimoniales puros<sup>714</sup>.

En cuanto a si el daño moral debe también entenderse comprendido como objeto de cobertura, a nuestro juicio la respuesta podría ser positiva en la medida en que no esté clara y expresamente excluido de la póliza y tenga un reflejo económico. Piénsese, en este sentido, en un laudo arbitral que fuera conocido por el público ocasionando un daño en la reputación, prestigio y marca de una de las partes del arbitraje y posteriormente el laudo fuera anulado considerándose responsable civil al árbitro o centro arbitral<sup>715</sup>. En este punto, las pólizas examinadas evidencian una gran diversidad.

Así en una de las pólizas examinadas y contratada por una institución de arbitraje –lo mismo sucede en la póliza del ICAM- si bien excluyen el daño moral lo hacen únicamente en relación con aquellas que no “tengan trascendencia en la esfera patrimonial del perjudicado”, por lo tanto, y a contrario, en la medida en que el daño moral sí tenga dicha trascendencia podría resultar indemnizable. Lo mismo sucede cuando en otra póliza contratada por otro centro arbitral se excluyen los daños morales “a menos que dicho daño se derive directamente de una falta de diligencia y/o cuidado del asegurado en el desarrollo de su actividad profesional”. Por su parte la póliza de MAPFRE de responsabilidad civil de los abogados, aplicable también a éstos cuando actúan como árbitros, cubre también los daños patrimoniales primarios, esto es, “las pérdidas económicas que no se derivan de un daño material o corporal” por lo que parece que también quedaría cubierto el daño moral en la medida en que tenga un reflejo económico. Idéntica redacción en la póliza contratada por otra corte arbitral. En cambio, en

---

interrupción de un servicio realizado por una persona o por una bien, mueble o inmueble, o la pérdida de una beneficio”.

La póliza de MAPFRE de RC de abogado establece como OBJETO DEL SEGURO:

- La presente póliza tiene por objeto garantizar al Asegurado (dentro de los límites económicos suscritos) el pago de las indemnizaciones pecuniarias de las cuales pudiera resultar civilmente responsable por los perjuicios patrimoniales primarios causados a clientes o terceros legitimados, debidos a faltas o errores propios o cometidos por personas de las que deba legalmente responder, en el ejercicio de la actividad profesional descrita en las condiciones particulares.
- Igualmente quedan cubiertas por la póliza las reclamaciones por daños materiales, pérdida o extravío que puedan sufrir los expedientes o documentos que se encuentren en poder del Asegurado para el desarrollo de la gestión encomendada.
- Asimismo queda cubierta la responsabilidad civil que pudiera ser imputable al Asegurado por daños a terceros como propietario, arrendatario o usuario del despacho en que ejerce la profesión objeto de este seguro”.

<sup>714</sup> Sucede así también en el seguro de D&O, como resalta FERNÁNDEZ DEL MORAL citado en la nota anterior. En el mismo sentido puede verse YZQUIERDO, pp.396-397.

<sup>715</sup> Generalmente los daños y perjuicios que podrán ser objeto de resarcimiento serán más limitados y estarán dirigidos al resarcimiento de los costes del procedimiento anulado y/o devolución de los honorarios de los árbitros. Sobre el daño moral impropio, ver STS 29 junio 1987 (Fund. Jurídico 8º) (EDS 1987/5163).

otra de las pólizas también contratada por una institución arbitral la exclusión del daño moral es total sin excepción alguna<sup>716</sup>.

Las pólizas generalmente cubren la responsabilidad por todo acto dañoso (ver póliza transcrita más arriba), acto negligente o, incluso involuntario<sup>717</sup>, al estilo de otras pólizas de responsabilidad civil<sup>718</sup>, sin distinguir en la mayoría de ellas entre la responsabilidad contractual y la extracontractual<sup>719</sup> pues en la práctica resulta sumamente difícil delinear la frontera entre una y otra en los contratos de seguro. Dificultades que en nada favorecen al asegurado y asegurador por lo que resulta preferible unificar los riesgos y no depender así de las diferentes tesis dogmáticas elaboradas por la doctrina. Logra de esta manera el contrato de seguro impulsar el principio de la unidad del sistema de responsabilidad civil<sup>720</sup>.

---

<sup>716</sup> En relación con otros profesionales: MARTÍNEZ CALCERRADA, pp.341-342 considera que el daño moral en el SRC de abogados es perfectamente indemnizable y así particularmente lo es: “las privaciones o carencias por no poder acudir a los órganos judiciales en defensa de los legítimos derechos en juego, a causa de una reprobable negligencia profesional”. En la praxis del seguro D&O es habitual la exclusión: RONCERO, p.264, nota 174.

<sup>717</sup> Así se recoge en varias de las pólizas contratadas por instituciones administradoras de arbitrajes donde se delimita el riesgo/objeto del contrato de seguro de la siguiente manera:

- a) “Las garantías de riesgo comprenden la Responsabilidad Civil del Asegurado por daños y perjuicios causados a sus clientes, derivadas de: Responsabilidad Civil prevista por el Artículo 21 de la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de Arbitraje, que pueda derivarse de lo *daños y perjuicios patrimoniales que puedan causar involuntariamente* la Corte de Arbitraje, sus empleados, los miembros de la misma, o los árbitros, como motivo de la actividad consistente en la administración de los arbitrajes, por la Corte de Arbitraje, o por los árbitros que resuelven los mismos, de acuerdo con las normas legales reguladoras de los arbitrajes y las aprobadas por la Legislación vigente al respecto”.
- b) “Dentro del marco de cobertura de esta póliza, queda amparada la Responsabilidad Civil en que pueda incurrir el Asegurado por *perjuicios patrimoniales causados involuntariamente* a clientes o terceros por actos dañosos cometidos en el desempeño de su cargo o ejercicio de sus funciones para la Corte (...)”.

Por su parte la póliza del ICAM establece como garantía principal: “la responsabilidad civil que pueda derivarse para los Abogados asegurados, en el ejercicio de la profesión conforme a la normativa legal vigente, por daños patrimoniales primarios causados involuntariamente a clientes o terceros por hechos que se deriven de errores profesionales”, esto es, errores o faltas profesionales o negligencia, y que son el resultado de actuación del asegurado que sea causa del daño patrimonial a consecuencia del cual se le pueda presentar al asegurado reclamaciones indemnizatorias.

<sup>718</sup> Referencias similares se encuentran en las pólizas de D&O como indica, por ejemplo, RONCERO, pp.256-257, crítico al resultar importadas de otros mercados aseguradores.

<sup>719</sup> Indica, sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1311, aunque creemos que con igual resultado, que en las pólizas con frecuencia se hace referencia a la responsabilidad extracontractual pero también puede quedar comprendida la contractual.

De hecho, como señala VEIGA, pp.353-354, el SRC puede cubrir ambas responsabilidades, e incluso se observa que “poco a poco las pólizas van abandonando la distinción que las llevaba a dejar fuera de cobertura los daños causados en el marco del incumplimiento contractual”.

Como señala acertadamente la SAP Madrid, 15 noviembre 2012 (JUR 2013/15) la cobertura en el SRC puede ser tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

<sup>720</sup> Este efecto del seguro que se funda en su expansión e internacionalidad han sido resaltados por: Javier LÓPEZ JACOISTE, La imputación del daño y su atracción por el seguro de responsabilidad civil. Libro

Partiendo de la definición general que habitualmente se realiza en las pólizas para delimitar positivamente el riesgo, podemos inclinarnos por una interpretación amplia tanto de los supuestos de responsabilidad incluidos<sup>721</sup>, como de lo que pueda entenderse como daños reparables derivados de una acción de responsabilidad civil contra los árbitros y las instituciones arbitrales, y que no resulta necesariamente constreñida a la devolución de los honorarios percibidos por la aceptación del encargo.

## II. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL RIESGO: LAS EXCLUSIONES

Desde la perspectiva propia del contrato de seguro es importante la clasificación que se realiza entre las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, las restricciones en la cobertura del seguro y las cláusulas que delimitan el riesgo mediante exclusiones de cobertura. Aunque a veces no resulta fácil distinguirlas, y desde luego no lo es en un plano teórico-conceptual donde diversas tesis son sostenidas por la doctrina<sup>722</sup>, lo cierto es que el panorama se complica por el hecho de que algunas de ellas se incorporan como condiciones generales de la contratación. De ahí que las cláusulas lesivas sean consideradas nulas (art.3.1 LCS), pero las limitativas pueden ser válidas siempre que se cumplan determinados requisitos en cuanto a su incorporación (aparezcan suficientemente destacadas, generalmente en negrita) y aceptación expresa<sup>723</sup>. Por su parte las cláusulas de exclusión del riesgo dependiendo del procedimiento negociador y de su contenido podrían pasar de ser cláusulas de delimitación negativa del riesgo a ser consideradas como cláusulas abusivas, por lo que en otras palabras se debe atender al análisis caso por caso. No extrañará, en consecuencia, que a tenor de lo indicado algunas aseguradoras requieran que ciertas cláusulas de exclusión de riesgos, que podrían ser consideradas como limitativas de los derechos del asegurado, sean expresamente aceptadas por

---

Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.2831-2843.

Señala las dificultades prácticas de la falta de delimitación del riesgo en relación con la responsabilidad contractual y extracontractual: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1315-1316.

<sup>721</sup> Vid. *Supra* capítulo III. La interpretación se refuerza porque en algunas pólizas directamente se refieren a la responsabilidad de los árbitros conforme a la propia Ley de Arbitraje conectando así claramente el ámbito del riesgo cubierto en la póliza con la responsabilidad que deriva de la función arbitral, lo que incluye tanto obligaciones y deberes de tipo legal como contractual.

<sup>722</sup> Una clara y detallada exposición puede verse en: VEIGA, pp.257 y ss.

<sup>723</sup> Así es habitual que las pólizas reconozcan que: “Mediante la firma del presente contrato el TOMADOR DEL SEGURO: (...) Acepta expresamente las cláusulas limitativas de los derechos del Asegurado, que se resaltan en letra negrita en las condiciones especiales anexas, las cuales reconoce recibir en este acto, así como las condiciones generales del contrato del seguro de responsabilidad civil (...)”. Indicándose además en todas y cada una de las páginas en negrita que: “El tomador del seguro conoce y acepta expresamente las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado destacadas de forma especial en letra negrita”.

escrito y las destaquen de modo especial cumpliendo así con lo dispuesto en el art.3 LCS, pero difuminando la distinción entre unas y otras<sup>724</sup>.

Sea como fuere, asumimos en este trabajo que las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas que delimitan o concretan el objeto del contrato<sup>725</sup> desde diversos planos: objetivo o material, subjetivo o personal, espacial, temporal, y cuantitativo<sup>726</sup>. Por su parte, las cláusulas limitativas tienen como objetivo restringir o condicionar los derechos del asegurado a la indemnización una vez que acontece el riesgo<sup>727</sup>. Al no existir especialidad en esta materia en el SRC de los árbitros e instituciones arbitrales nos remitimos a la doctrina general elaborada en el marco del contrato de seguro que profusamente ha tratado esta cuestión, por lo que sólo abordaremos las cláusulas delimitadoras del objeto del contrato que mayor interés presentan en relación con el arbitraje<sup>728</sup>.

## 2.1. Las exclusiones de cobertura en los contratos de seguro

Es regla general que el contrato de seguro y particularmente las pólizas contengan delimitaciones del riesgo mediante exclusiones de cobertura, coincidiendo todas ellas en las exclusiones de actuaciones dolosas por aplicación del art.19 LCS.

---

<sup>724</sup> RONCERO, p.248, nota 116.

<sup>725</sup> VEIGA, p.311.

<sup>726</sup> En la jurisprudencia, véase últimamente: STS 27 junio 2013 (La Ley nº8162, 3 octubre 2013), en relación con la suma asegurada que el TS considera elemento esencial del contrato y entiende que no es limitativa de los derechos del asegurado, como tampoco lo son las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (asimismo: STS 5 marzo 2012 (JUR 4997); SAP Madrid, 15 noviembre 2012 (JUR 2013/15)). Añade, sin embargo, la STS 27 junio 2013, que el carácter sorpresivo de la cláusula y su carácter limitativo podría derivar de su combinación con otras cláusulas en la póliza, lo que no sucede en el caso enjuiciado tanto por la ubicación de la cláusula —en la segunda página de las condiciones particulares, entre las menciones de los elementos principales del contrato, en un amplio cuadro de texto, con una tipografía y un tamaño de letra adecuado para su clara visibilidad. Sobre esta cuestión, puede verse mayores detalles en PAVELEK, La suma asegurada, apartado 2.

<sup>727</sup> Como tiene declarada la jurisprudencia, por ejemplo: STS 16 octubre 2000 (JUR 9195): “la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 16 de mayo de 2000 [ RJ 2000, 3579] y las que cita)”. En la doctrina, véase por todos: REGLERO CAMPOS, Lección 8ª, pp.223-224.

Se observa además que la jurisprudencia tiende a realizar una interpretación amplia de las inclusiones de riesgos en la cobertura del contrato y una interpretación restrictiva de las exclusiones: RONCERO, p.251. Lo anterior además debe verse en relación con la interpretación *contra proferentem* ya que la compañía de seguros es quien redacta la póliza. En este sentido, observar que en algunos casos la lectura del propio condicionado pueda llevar a cierta confusión en relación con algunas cláusulas redactadas de forma ambigua, imprecisa, de difícil comprensión al tener su origen en otros riesgos que nada tienen que ver con el objeto de la póliza, o que derivan de términos anglosajones mal traducidos o sin una correlativa institución en nuestro ordenamiento, o incluso que pueden resultar contradictorias con otras del mismo clausulado.

<sup>728</sup> Las cláusulas de delimitación subjetiva del riesgo ya han sido tratadas en el capítulo II de este trabajo.

Las exclusiones de cobertura y por lo tanto la delimitación negativa del riesgo se efectúa en las pólizas mediante la introducción de un listado de reclamaciones que no serán objeto de cobertura. Se trata de reclamaciones en la mayoría de los casos que nada o poco tienen que ver con la actividad arbitral y que aparecen de forma tradicional en las pólizas de responsabilidad civil por motivos jurídicos, económicos o de técnica aseguradora<sup>729</sup>, por lo que no serán objeto de análisis en este trabajo<sup>730</sup>. En

---

<sup>729</sup> Como indica ALONSO SOTO, pp.250-260: “Por razones técnicas puede considerarse inasegurable el riesgo cuando no es posible delimitar la magnitud del siniestro ni la extensión de la obligación del asegurador (...)”. La inasegurabilidad jurídica, sigue el autor, se refiere a “una actividad contraria a la moral o al orden público por parte del interesado, o lo que es lo mismo, una ilicitud de la causa del contrato”.

<sup>730</sup> En la póliza que utilizaremos como ejemplo en esta nota, es asegurada una Corte de Arbitraje y por extensión su personal y los árbitros, y se excluyen un total de 27 aspectos la mayoría con nula o muy escasa relación con la responsabilidad y el seguro relacionado objeto de este trabajo, y que superan en número a los supuestos que delimitan positivamente el riesgo. Las cláusulas de delimitación negativa del riesgo o exclusiones de cobertura son los siguientes:

“1. Cualquier tipo de inversión, o asesoramiento en inversiones, o fondos de clientes.

2. Cualquier tasación o valoración de propiedades o edificios o cualquier tipo de construcción o trabajos de levantamiento de estructuras, con la excepción de los de calefacción, iluminación, electricidad, ventilación y otros trabajos los cuales son llevados a cabo por un especialista en servicios para edificios.

3. Cualquier operación, gestión o administración que el asegurado pudiera desarrollar en relación con planes de pensiones para empleados o “trusts funds”, la compra, venta y gestión de acciones, valores, participaciones o cualquier otro instrumento financiero, el mal uso de cualquier información relacionada con estos instrumentos, así como el incumplimiento de cualquier ley o regulación relacionada con estas actividades.

4. (...)

5. Cualquier tipo de polución o contaminación medioambiental, incluyendo la acústica, campos electromagnéticos, radiaciones y ondas de radio.

6. (...)

7. Transmisión de virus informáticos.

8. (...)

Se excluyen también las reclamaciones, pérdida o investigaciones que resulten directa o indirectamente debidas se excluyen las reclamaciones, pérdida o investigaciones que resulten directa o indirectamente debida a aspectos asegurables a través de otros productos de seguro:

“9. Muerte, daños personales, morales o enfermedades sufridos por cualquier persona, a menos que dicho daño se derive directamente de una falta de diligencia y/o cuidado del asegurado en el desarrollo de su actividad profesional.

10. Cualquier forma de incumplimiento de obligaciones debidas por el asegurado en calidad de empleador respecto de sus empleados, así como cualquier tipo de discriminación, acoso y trato discriminatorio.

11. La titularidad, posesión, o uso en nombre del asegurado de bienes inmuebles, terrenos, edificios, aeronaves, buques, veleros o cualquier vehículo de propulsión mecánica.

12. (...)

13. La pérdida, daño o destrucción de bonos, obligaciones, cupones, certificados de acciones, sellos, dinero o cualquier otro valor negociable.

14. Cualquier responsabilidad personal originada por la actuación en calidad de administrador o directivo, actuando en su condición de tal, así como su responsabilidad fiduciaria, salvo la derivada de su actividad profesional para un cliente, o cualquier manifestación, representación o información relativa a usted o a su negocio que contenga cuentas, informes o balances financieros.

15. Cualquier suministro, fabricación, venta, instalación o mantenimiento de cualquier producto”.

También se excluyen las reclamaciones, pérdida o investigaciones que resulten directa o indirectamente debidas a problemas pre-existentes:

todo caso, las exclusiones o limitaciones negativas del riesgo se basan en un principio general universal: no todo el riesgo inherente al desempeño de una actividad profesional puede quedar cubierto por un seguro.

Existen, sin embargo, determinadas exclusiones que podrían tener una relación directa o indirecta con las funciones que desempeñan los árbitros y las instituciones arbitrales y que no quedarían cubiertas por el contrato de seguro. Así sucede cuando en las pólizas analizadas (SRC profesional contratadas por las instituciones arbitrales, así como de abogados) se excluyen:

a) *El quebrantamiento o violación del secreto profesional*

La exclusión del quebrantamiento del secreto profesional es una constante en las pólizas examinadas<sup>731</sup>. El secreto profesional se entiende generalmente en la relación que une al profesional con su cliente, clásicamente en el mundo jurídico entre un abogado y su cliente (arts.41 y 53 Estatuto General de la Abogacía), de ahí que la póliza del ICAM excluye la “violación dolosa o intencionada del secreto profesional”, aunque en otra de las cláusulas de la misma póliza ya no se cualifica dicha vulneración excluyéndose simplemente “las reclamaciones por quebrantamiento del secreto profesional, calumnias e injurias”.

En el mundo arbitral nos referimos a la confidencialidad, deber de confidencialidad que pesa sobre los árbitros y las instituciones arbitrales ya sea por virtud de la *lex arbitri* por la aplicación de una específica norma en el reglamento arbitral aplicable, o por pacto expreso. Sea como fuere, parece que a tenor de las indicadas exclusiones, el que-

---

<sup>18</sup>. “Cualquier defecto en su trabajo o daños propios que el asegurado conocía o debiera haber razonablemente conocido antes de la fecha de efecto del seguro”.

Del mismo modo, se excluyen las reclamaciones, pérdida o investigaciones que resulten directa o indirectamente debidas a Reconocimiento electrónico de fechas, guerra, terrorismo y riesgos nucleares y asbestos:

“19. Reconocimiento electrónico de fechas.

20. Guerra, terrorismo o riesgos nucleares.

21. Riesgo por asbestos”.

También quedan excluidas las reclamaciones formuladas por terceros relacionados y derechos de cobro restringidos:

“22. Cualquier reclamación interpuesta por el propio asegurado o cualquier tercero que tenga un interés financiero, ejecutivo o de control, incluyendo pero no limitándose a cualquier filial y/o compañía del mismo grupo. Esta exclusión no se aplica a reclamaciones que se deriven de su responsabilidad directa respecto de terceros independientes y que estén originadas por el desempeño de su actividad profesional.

23. Aquella parte de la reclamación donde los derechos de recuperación del asegurado estén restringidos por cualquier contrato”.

Igualmente se excluyen las reclamaciones, pérdida o investigaciones que resulten directa o indirectamente debidas a daños no compensatorios:

“26. Sus multas o sanciones, sus penalizaciones contractuales, sus daños punitivos y ejemplarizantes, reparatorios o no indemnizatorios”.

<sup>731</sup> Habitual en otros seguros como el de D&O, véase: FERNÁNDEZ DEL MORAL, pp.156-157, considerando que la lógica que subyace es que las aseguradoras estiman que en la práctica esta situación se da por la mala fe del asegurado o un especial y profundo abandono de sus funciones.

brantamiento del deber de confidencialidad, y ello con independencia del estándar de responsabilidad que se considere bajo el art. 21.1 LA, no estaría cubierto por la póliza. Esta es una exclusión lógica que parte de otra de corte más general, esto es, la exclusión de incumplimientos relacionados con obligaciones deontológicas o legales, y que deriva asimismo de la presunción por parte de las aseguradoras de que la violación del secreto profesional, o su traducción al mundo arbitral, la confidencialidad, es difícil que se produzca si no es mediando la intencionalidad de su autor, esto es, *su mala fe o un especial y profundo abandono de sus funciones*<sup>732</sup>.

*b) Los retrasos o demoras en el cumplimiento de las actividades asignadas o atribuidas estatutaria o reglamentariamente, o bien en la emisión del laudo arbitral*

Se trata de un supuesto clásico de responsabilidad del árbitro, aunque también podría ser imputable a la propia institución administradora<sup>733</sup>.

En estos casos se produce una clara y patente contradicción entre las responsabilidades que asumen los operadores en el arbitraje conforme a la Ley o al Reglamento arbitral y la delimitación del riesgo bajo el contrato de seguro en claro detrimento de los perjudicados.

*c) Las reclamaciones que tengan su origen en la no consecución del resultado o finalidad pretendida con los servicios solicitados al asegurado*

Aunque esta limitación sólo la hemos podido observar en una de las pólizas contratada por un centro arbitral, presenta interés en relación con el objeto de este estudio. Aunque parece derivar del tipo de responsabilidad que asumen los abogados –de hecho la póliza en cuestión parece haber tomado como modelo una de RC de abogados–, ya que éstos asumen obligaciones de medios, en relación con los árbitros la cuestión es diferente pues principalmente se trata de asumir obligaciones de resultado particularmente en relación con el laudo arbitral por lo que parece que este tipo de cláusula no cubriría, por ejemplo, la falta de emisión del laudo o defectuosa emisión. A nuestro juicio este tipo de cláusulas pueden ser dudosas en cuanto a su licitud ya que dejarían completamente vacía de cobertura a la póliza.

*d) Daños derivados de la infracción de normas deontológicas*

Esta exclusión de cobertura, que parece estar tomada de las pólizas de RC de abogados, presenta el problema que no parece ser coherente con la propia responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales que está estrechamente conectada con

---

<sup>732</sup> Así FERNÁNDEZ DEL MORAL, p.157.

No extraña consecuentemente que la póliza de SRC de abogados de MAPFRE, que se aplica también cuando actúan como mediadores, excluya “la vulneración de la obligación de confidencialidad o el quebrantamiento del secreto profesional”. Sin embargo, no se ha indicado así en el suplemento relativo a la actividad del abogado como árbitro.

<sup>733</sup> Vid. *Supra* capítulo III, apartado II.2.3.

los estándares éticos y de conducta que deben presidir en su actuación y particularmente las reglas o normas de conducta que derivan de la aplicación del deber de independencia e imparcialidad<sup>734</sup>. Por ello, debería realizarse una interpretación lo más restringida posible de esta exclusión.

*e) La utilización de información privilegiada en beneficio propio o de terceros, así como la obtención de beneficios o ventajas personales o percepción de cualquier remuneración o dieta a la que no se tuviere legalmente derecho*

Esta exclusión se relaciona también con el deber de confidencialidad de los árbitros y de las instituciones y presupone una conducta del asegurado que puede tildarse de dolosa, ya que como se ha indicado acertadamente se trata de estipular de forma expresa, y ante la dificultad en ocasiones de demostrar la intencionalidad como elemento determinante del dolo, situaciones que difícilmente podrían considerarse como no intencionadas<sup>735</sup>.

## **2.2. La responsabilidad del art. 21.1 LA y su relación con el contrato de seguro: la exclusión en las pólizas de la mala fe o dolo del asegurado**

El art.19 LCS, que establece “el principio universalmente aceptado de la inasegurabilidad de los daños derivados de una actuación dolosa del asegurado”<sup>736</sup>, conecta el pago de la indemnización por el asegurador con el siniestro, salvo que éste haya sido causado por mala fe del asegurado.

Sin entrar en este tema clásico de la responsabilidad civil y las distintas teorías en torno a qué se entiende por siniestro, sintéticamente puede decirse que son varias las teorías manejadas por la doctrina: la que equiparan el hecho dañoso con el siniestro; la que lo equipara con la reclamación del tercero dañado; una tesis ecléctica que consiste en atender a la complejidad del siniestro que resulta integrado por el daño al tercero, la responsabilidad del causante y la reclamación del tercero; la que considera que el siniestro se produce cuando la deuda es líquida y exigible; y finalmente una tesis negatoria, esto es, aquella que entiende que el siniestro no aplica en el SRC<sup>737</sup>. Es decir, se puede atender a diversos momentos para su determinación: la comisión u omisión del hecho del que nace la deuda; la exteriorización del daño; la reclamación judicial o extrajudicial del tercero dañado; el pago de la indemnización por el asegurado, o la concreción de la deuda por el sentencia judicial o laudo arbitral firme.

<sup>734</sup> Vid. *Supra* capítulo III, apartados II y 4.4.

<sup>735</sup> FERNÁNDEZ DEL MORAL, p.153.

<sup>736</sup> SOTO NIETO, El seguro de responsabilidad civil, cit., p.20.

<sup>737</sup> El lector interesado encontrará en general en toda obra sobre seguros las diversas tesis sostenidas, baste con mencionar por su claridad a SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1318-1319; y a CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.47-81, considerando una postura original: en sentido técnico-jurídico no cabe hablar de siniestro porque el daño de seguro como tal no llega a producirse.

De entre las diferentes teorías, podemos decir que ha triunfado aquella que mantiene la equiparación entre el siniestro y el hecho que genera la deuda de responsabilidad y que se encuentra plasmada en el art.73 LCS<sup>738</sup>.

Coherentemente con el art.19 LCS, las pólizas en el campo de la responsabilidad civil excluyen la mala fe o el dolo del asegurado de forma sistemática y general utilizando al efecto diversa terminología, lo que no siempre implica que estemos ante una mismo resultado<sup>739</sup>, e inversamente delimitan el riesgo cubierto considerando

---

<sup>738</sup> Se puede observar también en aquellas pólizas que definen el siniestro, como la póliza de Responsabilidad Civil de Abogados de MAPFRE, como: “Todo hecho de que pueda resultar legalmente responsable el asegurado, siempre que sea objeto de este contrato de seguro y ponga en juego las garantías de la póliza de conformidad a los términos y condiciones pactados”.

O la definición por la misma entidad en una de las pólizas contratadas por un importante centro arbitral de nuestro país: “Siniestro: Toda **Reclamación** basada en un Acto Dañoso cometido por el Asegurado en el desempeño de su cargo o ejercicio de sus funciones en la Entidad y que dé lugar a una indemnización cubierta por la póliza”; a su vez el Acto dañoso se define como: “**Acción u omisión ejecutada por uno o varios Asegurados**, por sí o con otras personas, en el desempeño de su cargo en o para la Entidad y **de la que se derive o pueda derivarse una Reclamación** cubierta por la póliza”.

Otra definición similar es la proporcionada por la póliza de una corte arbitral: “Siniestro: todo hecho que haya producido un daño del que pueda resultar civilmente responsable el Asegurado y que se derive necesariamente del riesgo descrito en las Condiciones Particulares”.

<sup>739</sup> Así quedan excluidas “las acciones u omisiones dolosas así como las sanciones impuestas por haber adoptado conductas procesales de mala fe que pudieran frustrar o menoscabar la efectividad del laudo arbitral. En general, todo tipo de multas o sanciones que se impongan al asegurado”. Los “actos delictivos o dolosos imputables al asegurado o personas por las que deba responder”. O “La infracción o incumplimientos voluntarios, por parte del Asegurado, de las normas que rigen las actividades objeto del seguro”. Lógicamente, y como se indica, los actos delictivos caen fuera del seguro.

En este sentido, téngase en cuenta que el Código Penal sólo contempla como delitos aplicables a los árbitros el cohecho y las negociaciones prohibidas (arts.422 y 439 CP), pero no se aplica ninguno de los delitos del Título XX (Delitos contra la Administración de Justicia) y por lo tanto no se les puede condenar por prevaricación judicial, sin perjuicio de que pueda servir de orientación el tipo penal para determinar posibles actuaciones dolosas de los árbitros. En este sentido: RIVERO, p.4241.

No obstante lo indicado, un sector doctrinal se plantea si resultaría aplicable el tipo penal de prevaricación atendiendo a una interpretación extensiva del término jueces y magistrados, que son los sujetos sometidos al tipo penal, aunque finalmente lo descarta por aplicación del principio de legalidad: Carlos ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, ¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?. La Ley, 28 diciembre 2011, nº7764, Ref. D-484, pp.1-7, apuntando la existencia de doctrina en contra. Al mismo tiempo, el indicado autor descarta que pueda aplicarse el de prevaricación administrativa (art.404 CP), puesto que en el arbitraje no se resuelven asuntos administrativos, y el de deslealtad profesional (art.467 CP), puesto que no se asesora, representa o defiende a una persona por el árbitro. Empero lo anterior, se considera por algunos autores aplicable por analogía los delitos tipificados en los artículos 446 a 449 CP a los árbitros: MARTÍNEZ ESPÍN, pp.426-427.

Si se atiende consecuentemente a que no existe un delito penal para los árbitros similar a la prevaricación judicial, la consecuencia en el orden civil de la responsabilidad bajo el art. 21.1 LA debe conducir a una interpretación amplia de los títulos de imputación.

Cuestión distinta es la abordada con motivo de solicitud de anulación de un laudo por la STSJ de Madrid, 3 julio 2012 (JUR 1386) en relación con una petición de anulación de un laudo arbitral por denegación de la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad penal. En el caso, el Tribunal consideró que lo dispuesto en el art.40 LEC –suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal– sería trasladable al procedimiento arbitral. “Pero para que concurra esta prejudicialidad es necesario que los hechos de apariencia delictiva por los que se siga la causa criminal sean algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil o que el hecho por el que se procede en la causa criminal

la cobertura de la responsabilidad civil por “perjuicios patrimoniales causados involuntariamente”<sup>740</sup>.

La prohibición de asegurar hechos dolosos –recuérdese que en esta materia hablamos del dolo civil- encuentra su fundamentación en la consideración del SRC como un seguro de culpa, trata de preservar los principios básicos del ordenamiento jurídico contractual que exigen el respeto a la moral y el orden público, y sirve para dar cumplimiento a requisitos técnicos-jurídicos propios del seguro, pues no sería un suceso devenido por el azar y sería contrario a la previsión y certeza de la que parte la técnica aseguradora en materia de riesgo<sup>741</sup>. En este sentido, como indica CALZADA CONDE<sup>742</sup> cuando se causa de forma intencionada un daño no se ha realizado un riesgo, por lo tanto no es un supuesto de riesgo inasegurable, sino de un supuesto inasegurable porque no es un riesgo.

Que la exclusión alcance a la culpa grave dependerá del concepto que se tenga de ésta y su relación con el dolo<sup>743</sup>, así como de la redacción de las pólizas, donde en un primer momento no resultó infrecuente la exclusión de la culpa grave por la aplicación del axioma “culpa lata dolo aequiparatur”<sup>744</sup>.

Las pólizas suelen por lo demás contemplar una redacción altamente compleja que presenta delicados problemas de interpretación. A nuestro juicio, sin embargo, estan-

---

pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. En este caso, sin embargo, la actuación supuestamente delictiva del querrellado en esos procedimientos penales en marcha es ajena a la relación comercial que es objeto de decisión en el procedimiento arbitral, por lo que la decisión que pueda recaer en ambas causas no tenía aptitud para afectar a la resolución plasmada en el laudo arbitral. Las acciones u omisiones de las personas a las que encargaron los ahora demandantes la defensa de sus intereses no pueden afectar al procedimiento arbitral ni condicionar su prosecución, lo que sería tanto como hacer depender exclusivamente de la actuación de la parte demandada o de sus defensas la posibilidad de resolución de la controversia planteada en el arbitraje”.

Para finalizar indicar que las multas no son asegurables atendiendo al principio de la personalidad de las penas, que son siempre a cargo del asegurado, véase: ALONSO SOTO, p.297, o por motivos de orden público en el caso de la responsabilidad penal que no puede quedar cubierta por el SRC: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1312. Así también en la póliza de MAPFRE de RC de abogados, la póliza no cubre: “el pago de sanciones y multas de cualquier tipo”. Vid. También art.76 b) LCS en relación con el seguro de defensa jurídica.

<sup>740</sup> Cláusulas que se han considerado delimitadoras del riesgo: SAP Madrid, 15 noviembre 2012 (JUR 2013/15).

<sup>741</sup> En la doctrina atendiendo a este triple fundamento: SOTO NIETO, El seguro de responsabilidad civil, pp.21-22; y Federico ARNAU MOYA, El contrato de seguro y los daños causados dolosamente. ¿El fin de la polémica?. RES, 2006, nº12-124, p.72.

<sup>742</sup> CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.39.

<sup>743</sup> Cuestión relacionada en el ámbito de este trabajo es la relativa a la exclusión convencional del dolo o la culpa grave como supuestos de responsabilidad de los árbitros y de las instituciones ya analizada en el capítulo III, apartado 4.4.

<sup>744</sup> Vid. ALONSO SOTO, pp.281 y ss. Incluso se indica más modernamente que es una de las cláusulas típicas de exclusión del riesgo, así: VEIGA, p.361.

do en presencia de un SRC obligatorio y en atención a los criterios de imputación de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA, entendemos que la interpretación de las pólizas debe ser lo más restringida posible en el sentido de considerar únicamente excluido el dolo, pero no la culpa grave<sup>745</sup>. De otra forma, y en atención a los exigentes criterios de imputación de responsabilidad bajo el art. 21.1 LA, quedaría sin sentido el seguro obligatorio. Más aún entendemos que los aseguradores no podrán excluir la culpa grave, ya que su libertad al delimitar el riesgo tiene como límite la propia exigencia legal de aseguramiento obligatorio<sup>746</sup>.

La constatación de una actuación dolosa o de mala fe requiere de sentencia judicial firme que así lo declare para excluir la cobertura del seguro. La relación del dolo con el art.76 LCS, sin embargo, ha provocado interpretaciones discrepantes habida cuenta de la posible contradicción entre ambos<sup>747</sup>. Intentando dar coherencia a la exclusión del dolo del asegurado y la protección del perjudicado se ha considerado que el asegurador está obligado a pagar la indemnización al tercero perjudicado aun existiendo dolo del asegurado, pudiendo repetir posteriormente contra el asegurado si judicialmente se le condena, pero no debería la aseguradora ser condenada a pagar la indemnización si tras el juicio se considera dolosamente responsable al asegurado<sup>748</sup>.

---

<sup>745</sup> Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, p.361 considera que la interpretación del art.19 debe matizarse de la siguiente forma: “1º, si el contrato no hace referencia alguna a este punto ha de entenderse que la garantía del asegurador cubre el riesgo de culpa del asegurado; 2º, ha de considerarse, no obstante, válido el pacto que delimite causalmente el riesgo excluyendo el riesgo de culpa del asegurado”; y BADILLO,p.27, aunque dejando a salvo la acción directa de los terceros perjudicados por virtud del art.76 LCS. Como indica, además, SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, p.361, se trataría de una delimitación causal del riesgo y no de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, aunque con dudas en relación con la imprudencia grave.

<sup>746</sup> Como al efecto señala la doctrina como uno de los límites en la configuración del riesgo bajo el contrato de seguro. Vid. ALONSO SOTO, p.294. En caso contrario, esto es, en el caso del seguro voluntario y si se tratara de excluir la culpa grave del asegurado nos hallaríamos ante una limitación del riesgo cubierto y por lo tanto ante una cláusula limitativa que requerirá cumplir con lo dispuesto en el art.3 LCS.

<sup>747</sup> Compendia la doctrina y jurisprudencia en este punto con abundantes citas: ARNAU, pp.573 y ss. Una de las críticas habituales consiste en resaltar la “injusticia” que supone cargar a la aseguradora con el pago de un siniestro causado dolosamente al conculcar principios aseguradores y de derecho común: por todos: BADILLO, El dolo y la culpa, pp.10-11.

<sup>748</sup> En lo que se llama la teoría negocial o contractualista seguida, entre otros, por SOTO NIETO, El seguro de responsabilidad civil, pp.35 y ss. De ahí que considere (id., p.46) que “una interpretación lógica y sistemática del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro impide extender la obligación de indemnizar por parte de las Entidades Aseguradoras cuando el daño causado al tercero haya sido consecuencia de una conducta dolosa del Asegurado, y exista –previa o coetáneamente- resolución del Tribunal competente que así lo declare. Una interpretación acorde con los anteriores criterios debe llevar a entender que la obligación de indemnizar en los supuestos de siniestros dolosos únicamente será procedente en tanto en cuanto no se haya resuelto judicialmente sobre tal extremo”. Siguiendo al anterior: CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, pp.147-148.

Postura clara en la jurisprudencia, véase por ejemplo: STS, 29 mayo 1997 (JUR 3637) estableciendo que el art. 19 LCS no afecta al derecho indemnizatorio propio y autónomo de la víctima del siniestro.

Desde luego, que si medió pago por la aseguradora y tras el juicio el asegurado es considerado dolosamente responsable, aquella podrá repetir contra éste si pagó. Además si media dolo de únicamente uno de los asegurados pero no de los otros –por ejemplo, en el caso de tribunales arbitrales-, la aseguradora sólo queda liberada del pago de la indemnización respecto del árbitro que actuó con dolo.

Sin embargo, debemos alinearlos con la posición mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que entiende que el SRC ha pasado a tener una función protectora de los terceros perjudicados por lo que en todo caso el asegurador debe ser responsable del pago de la indemnización y por ello las cláusulas de exclusión del dolo del asegurado no son oponibles al tercero perjudicado<sup>749</sup>.

Las pólizas se refieren a la exclusión de actos intencionados, deshonestos, fraudulentos o dolosos, al tiempo que también quedan excluidos los hechos o circunstancias conocidas<sup>750</sup>. Como se ha destacado muy oportunamente: “La inasegurabilidad de los actos intencionados es consustancial al contrato de seguro, en el que “el alea”, como elemento sobre el que gira la institución aseguradora, es ajeno a la voluntad e intencionalidad del asegurado. No se pueden asegurar hechos que dependan de la voluntad de la persona, pues lo que caracteriza el seguro es precisamente la incertidumbre del “evento cuyo riesgo es objeto de cobertura”, tal como señala el art. 1 LCS”<sup>751</sup>.

Conectado a ello está también la cláusula por la que se excluyen aspectos específicos de la actividad profesional y específicamente el incumplimiento voluntario o delibe-

---

Así explícitamente la póliza MAPFRE del Consejo General del Notariado excluyendo la cobertura del seguro “A la responsabilidad resultante de una actuación dolosa del Notario, aunque sí queda garantizada la responsabilidad civil o daños causados que pueda corresponderle proveniente de una actuación dolosa de las personas que legal, reglamentaria o consuetudinariamente desempeñen actividades encomendadas por aquel”. Idéntica redacción en la Póliza ESTRELLA Seguros también contratada por ella.

<sup>749</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1316; ARNAU, pp.577-578; María José MORILLAS JARILLO, El dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil. Derecho de los Negocios, mayo 1993, nº32, pp.12-21, espec., p.14, con particular referencia al seguro obligatorio de automóvil; y Fernando GÓMEZ POMAR/Begoña ARQUILLO COLET, Daños dolosos y seguro. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.2094-2013, analizando la jurisprudencia relevante. Los autores consideran que la fundamentación de la prohibición del dolo encuentra diferencias dependiendo de si se trata del seguro de daños en general donde se entronca con una doble fundamentación como instrumento de control de incentivos perversos del riesgo moral y como instrumento de selección adversa, siendo que en el SRC sólo se da la segunda (id., pp.2088-2087).

<sup>750</sup> Exclusión que se encuentra también presente en otros seguros de responsabilidad civil, como el de D&O (IRIBARREN, pp.205-206).

<sup>751</sup> BADILLO, p.16.

Como indica muy gráficamente el seguro de segunda capa contratado por un centro arbitral bajo el epígrafe “Carácter aleatorio”: “El contrato de seguro es, por su propia naturaleza aleatorio y, por tanto, las prestaciones del asegurador se hacen depender de un acontecimiento futuro e incierto. En consecuencia, este contrato no cubre reclamaciones basadas en errores, faltas u omisiones generadoras de responsabilidad civil profesional que se hubiesen producido con anterioridad al período de seguro o que voluntaria y conscientemente se realicen por parte del asegurado, pues ello equivaldría a propiciar el acaecimiento de una reclamación y dejar a su arbitrio el nacimiento de la obligación de indemnizar, limitando así la aleatoriedad del contrato”.

rado de las leyes o normativas, lo que presenta no sólo dificultades probatorias sino además su equiparación con el dolo porque no equivale a la intencionalidad en la producción del resultado dañoso, por lo que se ha cuestionado la eficacia y viabilidad de esta exclusión<sup>752</sup>.

Utilizando una de las pólizas ya mencionadas (*supra* nota 7), el tenor literal de dichas cláusulas sería:

“4. El incumplimiento voluntario o deliberado o la inobservancia de cualquier regulación, ley o normativa relacionada con cualquier impuesto, competencia, antimonopolio, así como la operación, conducción y operaciones de sus negocios.

16. Cualquier hecho o circunstancia conocido por el asegurado, o que razonablemente debiera conocer, a la fecha de efecto de la presente póliza y que pudiera derivar en una reclamación cubierta por la presente póliza, así como cualquier reclamación que haya sido notificada bajo cualquier póliza existente o vencida.

17. Cualquier acto u omisión intencionado, deshonesto, fraudulento o doloso o cualquier incumplimiento inexcusable o intencional que el asegurado cometa o consienta o no pueda ignorar su existencia. Esta exclusión no se aplica a cualquier reclamación que pudiera estar cubierta a través de la cobertura de deshonestidad detallada en la sección LO QUE ESTA CUBIERTO, no obstante lo anterior dicha cobertura no se extenderá, en ningún caso, a los terceros o las personas que cometan o consientan o no pudiera ignorar la existencia de dicho acto deshonesto”.

O por mencionar la póliza de responsabilidad profesional de abogado de MAPFRE, aplicable también a los árbitros quedarían excluidos, entre otros:

“– Los actos intencionados o realizados con mala fe, por el Asegurado o persona por la que deba responder, o bien derivados de la infracción o incumplimiento deliberado de las normas legales.

– Obligaciones asumidas en virtud de pactos o acuerdos, que no serían legalmente exigibles en caso de no existir tales acuerdos.

– Reclamaciones derivadas de daños ocasionados por haberse desviado a sabiendas de la ley, disposiciones, instrucciones o condiciones de los clientes o de personas autorizadas por ellos, o por cualquier infracción del deber profesional hecha a sabiendas<sup>753</sup>.

Si bien puede asegurarse el dolo de los dependientes del tomador, lo que en modo alguno se permite es que se asegure el dolo del asegurado (art.19 LCS). El ejemplo

---

<sup>752</sup> Vid. LÓPEZ-COBO, p.143.

<sup>753</sup> Muy similares también las exclusiones de la Póliza del ICAM.

Vid. Considerando un supuesto de responsabilidad civil profesional por una actuación consciente y voluntaria de una abogada y que fue considerada incurso en lo previsto como exclusión de la póliza bajo la expresión de cualquier infracción del deber profesional hecha a sabiendas, en tanto no cabe equipararse su conducta con la mera negligencia por concurrencia de un error profesional: SAP Madrid, 15 noviembre 2012 (JUR 2013/15).

típico es la responsabilidad civil del empresario que no puede cubrirle a él en los casos de dolo, pero sí la cobertura de los daños provocados por la conducta dolosa de sus empleados o dependientes. Esta consideración que resulta aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia<sup>754</sup> no responde al tenor literal de la póliza mencionada donde se excluyen también los actos realizados por los dependientes del asegurado.

Lo anterior resulta perfectamente entendible en la sistemática del contrato de seguro pero encaja mal con la responsabilidad establecida bajo el art. 21.1 LA y con la obligación legal de contratación del SRC instaurada recientemente en la LA.

El asegurado bajo la póliza de responsabilidad civil será generalmente el árbitro ya sea cuando éste sea tomador o cuando lo sea la institución arbitral. De seguirse la interpretación que defendemos en este trabajo, la compatibilidad entre el art. 21.1 LA y el art.19 LCS se salva en tanto en cuanto las pólizas cubrieran los supuestos de culpa grave.

En cuanto a si los daños y perjuicios causados por una conducta dolosa del árbitro podrían resultar amparados por un SRC, la cuestión no resulta clara ni sencilla de dilucidar en aquellos casos en que el tomador del seguro es la institución de arbitraje. En estos casos, se entiende que el tomador puede responder de aquellas conductas provocadas dolosamente por aquellos sujetos de los que sea civilmente responsable, siendo el ejemplo típico el aseguramiento de los dependientes del empresario.

Para finalizar, en el ámbito de las Administraciones Públicas se aplica también el principio señalado aunque se realiza una distinción entre la actividad material o técnica y la jurídica, esto es, la que se exterioriza en forma de actos administrativos y reglamentos, que se considera no cubierta por el seguro al tratarse de una actuación directamente imputable a la propia Administración<sup>755</sup>. Sin embargo con mejor criterio se ha entendido que la actividad jurídica de la Administración debe poder asegurarse puesto que no existen obstáculos jurídicos, aunque de concurrir una actividad dolosa la consecuencia debe ser la negativa de la compañía al pago de la indemnización<sup>756</sup>.

### III. LA DELIMITACIÓN TERRITORIAL DEL RIESGO

El ámbito territorial del riesgo cubierto por el seguro resulta de suma importancia en relación con el seguro obligatorio de los árbitros teniendo en cuenta que el arbitraje pue-

---

<sup>754</sup> Así SÁNCHEZ CALERO, Artículo 19, p.363; e id., Artículo 73, p.1307; y BADILLO, p.17: "Existe unanimidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en que el art. 19 LCS sólo se refiere al asegurado y no a otras personas por las que éste deba responder, por lo que los actos dolosos de éstos deben ser asumidos por las aseguradoras".

<sup>755</sup> HUERGO LORA, El seguro, pp.123-124, considerando que es práctica habitual en las pólizas de seguro con las Administraciones excluir estos riesgos aunque, como indica el autor, empiezan a verse pólizas que sí los cubren.

<sup>756</sup> HUERGO LORA, El seguro, p.125, aunque señalando que en las circunstancias actuales es dudoso que se puedan contratar seguros de esa índole.

de ser internacional y a la vista también de la amplia definición de la internacionalidad del arbitraje bajo nuestra normativa. Incluso aunque se trate de un arbitraje puramente nacional no deben desdeñarse tampoco las posibles implicaciones internacionales. Por ejemplo, no puede a priori descartarse que los árbitros tengan que realizar alguna actuación fuera de España, como pueda ser una audiencia o la práctica de alguna prueba, que pueda erigirse en fuente de responsabilidad para el árbitro. Precisamente la Ley de Arbitraje reconoce la eficacia extraterritorial de determinadas normas aunque el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España (art.1.2 LA).

Las pólizas de responsabilidad civil analizadas varían en cuanto a su ámbito territorial de cobertura: nacional<sup>757</sup>, europeo<sup>758</sup> y mundial<sup>759</sup>, aunque la mayoría se inclina por el

---

<sup>757</sup> Póliza de responsabilidad civil de abogado de MAPFRE, aplicable también a la actuación como árbitro: "La cobertura de la póliza solamente amparará reclamaciones formuladas ante la jurisdicción española por hechos ocurridos en España, que se traduzcan en responsabilidad u otras obligaciones impuestas con arreglo a las disposiciones vigentes en el territorio español". Coherentemente en dicha póliza se excluyen: las reclamaciones que "sean consecuencia de una actividad profesional realizada en el extranjero".

También en dos pólizas contratadas por dos importantes centros arbitrales: "La cobertura de este seguro se extiende y limita a las responsabilidades derivadas de actos dañosos cometidos en España y reclamados o conocidos por tribunales españoles". Y "las garantías de esta cobertura se extienden y limitan a las responsabilidades derivadas de daños sobrevenidos en España o Andorra" por lo que esta misma póliza excluye "las reclamaciones presentadas ante tribunales extranjeros y derivadas de una actividad profesional realizada en el extranjero".

En el caso de la póliza de MAPFRE señalada al inicio de esta nota, si se ampliara por pacto expreso el ámbito territorial de cobertura no se aplicará la cláusula de liberación de gastos y, en consecuencia, los gastos de defensa y fianzas civiles quedarán incluidos en la suma asegurada por siniestro. En relación con la cláusula de liberación de gastos, esto es, la asunción de los gastos por el asegurador aunque se exceda del límite de la indemnización del siniestro, la doctrina ya indicaba que la misma debería quedar circunscrita al territorio nacional atendiendo tanto a la inseguridad jurídica en algunos ordenamientos, como a la incertidumbre en torno al montante de dichos gastos en otros ordenamientos jurídicos (LÓPEZ-COBO, p.217. Sin embargo no sucede así en la Póliza del ICAM con cobertura en el ámbito europeo). Como explica PAVELEK, La suma asegurada, apartado 4, en relación con la cláusula de liberación de gastos en ocasiones no se fijan límites, o en otra variante se menciona la aplicación proporcional de los conceptos indemnizatorios y de gastos cuando la indemnización sobrepasa la suma asegurada. Si bien el autor indica que la tendencia actual es hacia la desaparición debe indicarse que el proyecto de Código Mercantil en relación con la defensa jurídica mantiene dicho principio. Así, el art.592-45 del Proyecto de Código Mercantil (2013) señala que: "1. La cobertura del contrato comprende también los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante la reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias. 2. Los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador **al margen de la suma asegurada**" (exactamente la misma consideración en relación con el Anteproyecto de LCS, en el autor citado).

<sup>758</sup> La póliza específica en este campo que empezó a comercializar CASER cubría todo el ámbito europeo, y así lo hace también la póliza del ICAM, aunque sujeto a ciertas limitaciones.

También cubre el ámbito de la Unión Europea la póliza de responsabilidad civil del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España a la que pueden adherirse las Cortes arbitrales y que específicamente se refiere a "los trabajos realizados en la Unión Europea, quedando por tanto incluidos los arbitrajes tanto locales como internacionales que se lleven a cabo en este ámbito geográfico".

<sup>759</sup> Por ejemplo, el SRC contratado por una corte arbitral española y en lo que atañe al módulo de RC profesional el ámbito territorial es mundial, y la jurisdicción aplicable es todo el mundo pero se excluyen

ámbito nacional<sup>760</sup>. Se notará que las pólizas suelen conectar en el mismo ámbito territorial dos cuestiones: el lugar de producción del siniestro y el lugar donde se produce la reclamación.

Particularmente problemáticas resultan las pólizas que restringen territorialmente la cobertura, ya que como se ha indicado el arbitraje podría tener elementos de conexión fuera de nuestro país, siendo éste un elemento que no puede desconocerse por lo que las partes podrán pactar específicamente una ampliación del ámbito espacial de cobertura y el asegurador podrá medir sus riesgos en función también de la posible responsabilidad de los árbitros conectada a un sistema jurídico extranjero, particularmente en lo referente a la defensa jurídica. En este sentido, recordar que no resulta siempre meridianamente clara la aplicación de la *lex arbitri* como norma que regulara la responsabilidad arbitral, lo que complica el seguro en cuanto a su parte técnica derivada de la incierta colisión normativa que podría producirse<sup>761</sup>.

Menos convenientes y en clara contraposición con la Ley de Arbitraje resultan algunas pólizas que excluyen la responsabilidad derivada de “la infracción o inobservancia del derecho extranjero” (por ej., Póliza del ICAM)<sup>762</sup>. Aunque no resulta del todo claro el ámbito objetivo de aplicación de esta cláusula, que inicialmente está pensada en el marco del SRC profesional de abogado, no puede dejar de advertirse que el árbitro, particularmente cuando el arbitraje es internacional, podría tener que aplicar uno o varios derechos extranjeros, o incluso normas transnacionales, por lo que esta exclusión de las pólizas no parece estar en línea con lo que pudiera ser una fuente de responsabilidad para el árbitro en el bien entendido que nos referimos, sobre todo, a la posible vulneración de normas de carácter procesal como generadoras de responsabilidad, y que tanto pueden derivar de la *lex arbitri* como del pacto de las partes, por ejemplo, normas sobre práctica de la prueba que hubieran sido vulneradas por el árbitro con dolo, mala fe o temeridad.

---

reclamaciones EEUU/Canadá fundamentalmente por los costes asociados a la litigación en estos dos países. En la segunda capa, quedan cubiertas las reclamaciones formuladas en todo el mundo.

En relación con los ámbitos enunciados en el texto y en esta nota, resulta por lo demás acorde con las etapas de la extensión delimitación territorial por la que ha pasado el derecho de seguros en nuestro país. Cfr. Eduardo PAVELEK, La delimitación geográfica en el seguro de responsabilidad civil, 2013 (inédito, manuscrito cedido por el autor y de próxima publicación), pp.3-6.

<sup>760</sup> Como explica PAVELEK, La delimitación geográfica, pp.1-2, tradicionalmente la delimitación territorial de las pólizas de responsabilidad civil se restringía a los daños ocurridos en España siempre que fueran reclamados ante los tribunales españoles, sin embargo, se ha producido una extensión del ámbito geográfico merced a la internacionalización de las empresas españolas. El problema, como indica, el autor es que esa extensión territorial no siempre se coordina adecuadamente con la ley aplicable, la competencia judicial, y la ley procesal. Particularmente interesante es el posible cambio que se introduce en esta cuestión por virtud de los reglamentos comunitarios en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, como indica el autor citado.

<sup>761</sup> Por su parte, alude a los diversos riesgos técnicos y jurídicos derivados de la extensión de las pólizas más allá del territorio nacional: FERNÁNDEZ DEL MORAL, pp.231-233.

<sup>762</sup> Conectado a ello también las exclusiones relativas a las reclamaciones presentadas ante Tribunales extranjeros.

#### IV. LA DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL RIESGO

La delimitación temporal del riesgo en las pólizas de SRC presenta una problemática específica en este tipo de seguros frente a otros seguros de daños, y es que como muy gráficamente se ha indicado en el SRC “se deben calcular *hoy* los siniestros del *mañana* con la experiencia del *ayer*: una técnica difícil de manejar”<sup>763</sup>.

El inicio de la cobertura viene marcado generalmente por el cumplimiento por parte del tomador de sus obligaciones correspondientes al pago de la prima. No obstante, tal y como permite la LCS (art.6.2) las partes pueden pactar que los efectos del seguro se retrotraigan al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición. La Ley al establecer la exigencia del SRC no indica, sin embargo, el período durante el cual debe extenderse esta obligación. No obstante, es lógico pensar que el seguro debería cubrir la responsabilidad civil del asegurado durante todo el tiempo en el cual su responsabilidad pueda ser exigida legalmente, máxime en el caso que nos ocupa donde la obligación de contratar un seguro nace *ex lege*. Sin embargo, lo anterior presenta problemas derivados de los diferentes plazos de prescripción aplicables dependiendo del régimen de responsabilidad, la existencia de plazos de cobertura temporal en las pólizas, y el propio régimen de prescripción contenido en el art.23 LCS.

Las pólizas consideran esta cuestión de forma diversa pues depende de la consideración de siniestro que se acoja y además de la postura que se adopte en relación con los momentos temporales que puedan tener relevancia durante la vida del seguro, fundamentalmente: el hecho generador del daño, la reclamación por el tercero, o el pago de la deuda por la aseguradora. Dentro de las diversas modalidades de cláusulas –cuyas variantes son prolijas en la práctica- se observa que dependiendo de su contenido son más o menos onerosas para los asegurados<sup>764</sup>.

Dependiendo de la teoría que se siga en torno al siniestro y que han sido someramente ya mencionadas, interesa ahora destacar que las consecuencias prácticas a la hora de decantarse por alguna de dichas teorías resultan sumamente importantes de cara a determinar el cumplimiento del deber del asegurado o del tomador de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro –lógicamente para poder comunicarlo ha de conocerlo-, así como para delimitar temporalmente la cobertura<sup>765</sup>.

Nos adherimos a la tesis mayoritariamente seguida por nuestra doctrina y jurisprudencia que considera que el siniestro surge con el hecho causal o generador de la deuda de responsabilidad, y que nos resulta la más acertada, pues el nacimiento del riesgo

---

<sup>763</sup> CAÑIZARES/PAVELEK, cit., p.318.

<sup>764</sup> Vid. Una relación de dichas modalidades de cláusulas de delimitación temporal del riesgo en SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1329-1331.

<sup>765</sup> Siguiendo en este punto al maestro SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1323.

asegurado se produce cuando se realiza la acción u omisión que lesiona al tercero (cfr. Art.73 LCS)<sup>766</sup>.

Cuestión diferente es que pueda pactarse que el siniestro surge con la reclamación como sucede en varias pólizas<sup>767</sup>. De hecho, en algunas de las pólizas contratadas por instituciones administradoras de arbitraje se decantan por anudar ambos conceptos<sup>768</sup>. Aunque también alguna póliza considera el siniestro en relación con el pago de la indemnización al asegurado<sup>769</sup>.

---

<sup>766</sup> Por citar, por ejemplo, a SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1320-1322, considerando que es la tesis mayoritaria en la jurisprudencia del TS y ratificada por el art.73 LCS. Como señala acertadamente la tesis que identifica el siniestro con la reclamación confunde el hecho de la iniciación del ejercicio del derecho al resarcimiento con el nacimiento del derecho, siendo que la obligación del asegurado y consecuentemente del asegurador no depende de la reclamación sino de que efectivamente haya nacido la deuda de resarcimiento.

<sup>767</sup> En este sentido véase Evelio VERDERA Y TUELLS, La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del T.S.: una primera revisión crítica. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, p.127 estimando que ello no es contrario a la LCS y por ello señala que la voluntad de las partes puede alcanzar: “que el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura venga constituido, p.e., por la reclamación que un tercero efectúe por los daños y perjuicios infringidos por el asegurado en el ejercicio de su profesión”.

<sup>768</sup> Así en una de las pólizas se define el Siniestro como “toda Reclamación basada en un Acto Dañoso cometido por el Asegurado en el desempeño de su cargo o ejercicio de sus funciones en la Entidad y que dé lugar a una indemnización cubierta por la póliza”.

<sup>769</sup> Así en la póliza contratada por el Consejo Superior de Cámaras el siniestro “significa cualquier cantidad que el ASEGURADOR se vea obligado a pagar como consecuencia de una RECLAMACIÓN amparada por esta póliza”. A su vez la reclamación se define como “a) cualquier procedimiento judicial o administrativo iniciado contra cualquier ASEGURADO o contra el ASEGURADOR en ejercicio de la acción directa, como presunto responsable de un DAÑO amparado por la PÓLIZA. B) Toda comunicación de cualquier hecho o circunstancia concreta conocida por vez primera por el ASEGURADO y notificado fehacientemente por éste al ASEGURADOR que pueda razonablemente derivarse en eventuales responsabilidades amparadas por la PÓLIZA o determinar la ulterior formulación de una petición de resarcimiento, o hacer entrar en juego las coberturas de la PÓLIZA que se formule por primera vez durante el PERÍODO DEL SEGURO”.

Diferencia también entre ambos, por ejemplo la póliza de responsabilidad civil de abogados de MAPFRE que se refiere a estos términos como: “siniestro: todo hecho de que pueda resultar legalmente responsable el asegurado, siempre que sea objeto de este contrato de seguro y ponga en juego las garantías de la póliza de conformidad a los términos y condiciones pactados”; y “reclamación: el requerimiento judicial o extrajudicial formulado con arreglo a derecho contra el asegurado como presunto responsable de un hecho dañoso amparado por la póliza, o contra el asegurador, en el ejercicio de la acción directa, por tal motivo. Así como la comunicación del asegurado al asegurador de cualquier hecho o circunstancia de la que pudieran derivarse responsabilidades”.

En otras pólizas el concepto de siniestro no se utiliza pero se comprende el mismo dentro de una sección dedicada a “lo que está cubierto” y que se hace depender de una reclamación. Se observa en estas pólizas una cierta contradicción ya que si bien por un lado se define reclamación de una forma amplia incluyendo reclamaciones judiciales y extrajudiciales, parece supeditarse el siniestro “lo que está cubierto” a la reclamación que realice cualquier tercero ante cualquier tribunal. Así se define reclamación como: “cualquier requerimiento escrito, demanda escrita o procedimiento civil, penal, administrativo o arbitral, presentada por primera vez contra cualquier asegurado durante el período del seguro en la que se solicite una indemnización económica alegando cualquiera de los supuestos de cobertura amparados por la sección

Efectivamente, en relación con la cobertura temporal resulta usual encontrar en todo trabajo sobre responsabilidad civil alusión tanto al concepto de siniestro como a las cláusulas “claims made”, esto es, aquellas que vinculan la cobertura de responsabilidad con la reclamación que realiza el tercero y no sólo con el momento en que la acción u omisión generan el daño, criterio único y tradicional en nuestro sistema.

El problema venía planteado por los daños continuados o en serie (una misma causa genera deudas de responsabilidad diferentes frente a distintas personas y en fechas distintas), así como los diferidos (los efectos del hecho dañoso se conocen mucho después de su acaecimiento), y por lo tanto aquellos que se presentan en momento muy posterior en el tiempo a su nacimiento. Son ejemplos clásicos los de la responsabilidad médica, los derivados de enfermedades profesionales, o aquellos producidos por productos defectuosos<sup>770</sup>, pues aquí los daños pueden manifestarse mucho tiempo después del momento en que surge el evento dañoso y cuando ya no está en vigor la póliza.

Este es también un problema que puede darse también en relación con el arbitraje, lo que se agrava por el hecho de que no siempre las pólizas cubren suficientemente al árbitro o a la institución durante todo el período de tiempo en que están sujetos a una posible demanda o reclamación de responsabilidad. Particularmente grave es la situación para los árbitros cuando el tomador es la institución arbitral pues dejan de tener el concepto de asegurados una vez que termina el procedimiento arbitral con la emisión del laudo; momento a partir del cual aumentan las posibilidades de que exista una demanda por responsabilidad civil arbitral. Las posibles reclamaciones surgirán una vez haya finalizado el procedimiento y muy posiblemente se evidencien con bastante retardo si el hecho desencadenante es una sentencia estimatoria de anulación del laudo.

En otras palabras, es muy posible que en relación con la posible responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en numerosas ocasiones estemos ante supuestos de daños diferidos o no inmediatos, llamados también “siniestros tardíos”<sup>771</sup>, que se concretan con posterioridad en el tiempo a la acción u omisión que generan el mismo, y que difícilmente van a estar cubiertos por las pólizas actualmente existentes.

---

**Lo que está cubierto**. En dicha sección se indica que: “Si durante el período del seguro, y como resultado de la actividad profesional llevada a cabo dentro del ámbito territorial establecido en las condiciones particulares, cualquier tercero presenta una reclamación ante cualquier tribunal de la jurisdicción aplicable contra cualquier asegurado por (...) nosotros abonaremos el importe acordado (...)”.

<sup>770</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1324; y VERDERA, La cláusula claims made, p.79, quien pone como ejemplo de daños diferidos los daños causados en el ejercicio de las profesionales liberales, así como la responsabilidad por productos defectuosos. Por su parte, y como ejemplo de daños diferidos en relación con enfermedades profesionales es paradigmático el caso de la asbestosis sobre todo por la profunda crisis que creó en el sector asegurador. Vid. CAÑIZARES/PAVELEK, pp.303 y ss.

<sup>771</sup> Por ejemplo: VERDERA, La cláusula *claims made*, p.82

#### 4.1. Las cláusulas *claims made*

El afán de las compañías de seguros por dotar de certeza al alcance de su responsabilidad y en aras a una mejor optimización del riesgo de cara al cálculo de la prima<sup>772</sup>, les condujo a la introducción de cláusulas –las llamadas *claims made*– en las pólizas de seguros.

Estas cláusulas de clara influencia anglosajona generaron una fuerte polémica doctrinal y jurisprudencial sobre su validez<sup>773</sup>, así como un gran revuelo en el mercado asegurador<sup>774</sup> tras varias sentencias de nuestro alto tribunal declarando la ilicitud de dichas cláusulas, y que intentó ser zanjada por el legislador mediante la modificación del art.73 LCS con ocasión de la aprobación de la LOSSP<sup>775</sup>.

Se añadió así el posible pacto de las partes en relación con dos tipos de hipótesis descritas en el art.73 LCS:

“Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al art. 3 de la presente ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho art. 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los

---

<sup>772</sup> Vid. Félix MANSILLA GARCÍA, Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, p.226, considerando que los siniestros tardíos tienen un impacto considerable en la renovación de las pólizas, las reservas de riesgos y los márgenes de solvencia.

<sup>773</sup> Por ejemplo, considera inadmisibles dichas cláusulas: FERNÁNDEZ DEL MORAL, pp.189 y ss con un detallado análisis.

<sup>774</sup> Da cuenta de la preocupación de las compañías de seguros no sólo en España sino también en otros países como Bélgica y Francia: MANSILLA GARCÍA, pp.228 y ss, quien aboga por un principio de total libertad contractual para fijar el ámbito temporal de cobertura de la póliza, permitiendo que las partes acuerden, según las características del riesgo, el momento del acto, del daño o de la reclamación o, incluso, un sistema mixto (id., pp.224-225).

<sup>775</sup> Vid. Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP). Sobre todo a raíz de las SSTS 20 marzo 1991 (RA 2267) y 23 abril 1992 (RA 3323) analizando cláusulas en el contrato de SRC de profesionales médicos que limitaban el derecho del asegurado a que el hecho dañoso y la reclamación se produjeran estando vigente el contrato de seguro, de tal forma que dichas sentencias consideran nulas dichas cláusulas y estiman válidas las reclamaciones producidas estando extinta la póliza al no haberse manifestado el hecho dañoso estando vigente la póliza, pero habiéndose producido el hecho generador durante la vigencia de la misma. Comentadas profusamente en la doctrina mercantilista, véase: VERDERA, La cláusula *claims made*, pp.97-131.

que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.”

Sin perjuicio del loable propósito de la nueva redacción dada al art.73 LCS en el sentido de pretender introducir un alto grado de certidumbre jurídica en relación con esta espinosa cuestión de las cláusulas *claims made*, lo cierto es que, como se ha observado, la redacción del precepto es farragosa y oscura, adoleciendo de graves deficiencias<sup>776</sup>, o incluso desde un punto de vista negativo se ha considerado que supone trasladar dicha incertidumbre al asegurado<sup>777</sup>.

La cobertura temporal del SRC sigue la regla tradicional que consiste en entender cubiertas aquellas hipótesis en que el siniestro se produce durante la vigencia del contrato de seguro (*loss occurrence basis*) con independencia del momento en que se manifiesta el daño o de su reclamación. Por ello producido el daño dentro de la vigencia de la póliza surge la obligación de indemnizar con independencia de la fecha de manifestación del mismo o de la reclamación. Sin embargo, las partes pueden separarse de la regla general y válidamente pactar limitaciones a esta regla –nuevamente: cláusulas *claims made*- siempre que se cumplan determinadas condiciones, las que veremos a continuación, y además las generales del art.3 LCS<sup>778</sup>.

Ello implica que serán objeto de cobertura las siguientes situaciones si existe pacto:

- El siniestro tiene lugar durante la vigencia de la póliza, pero la reclamación se realiza posteriormente, al menos, dentro del año siguiente a la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración (cláusulas de reclamación subsiguiente o cláusulas de cobertura posterior). La Ley establece el período de un año con carácter mínimo y lógicamente puede existir un acuerdo de las partes dirigido a su ampliación.

---

<sup>776</sup> La acertada crítica en REGLERO CAMPOS, Lección 8ª, p.233. Por todos: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1293, señalando que se observan “grandes defectos técnicos” o “una formulación altamente defectuosa” (id., p.1336).

<sup>777</sup> CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.64 y ss, considerando además soluciones de *lege ferenda* para resolver el problema generado por los daños diferidos o tardíos.

<sup>778</sup> Otro criterio utilizado era el llamado “action committed basis” que implica la cobertura de los daños que provengan de una causa que ha tenido realidad durante la vigencia pactada del contrato (FERNÁNDEZ DEL MORAL, p.197).

En relación con el carácter de cláusulas limitativas específicamente aludido en el art.73 LCS apuntar que un sector de la doctrina se ha considerado muy crítico puesto que se trata más bien de delimitar el riesgo y por consiguiente de excluir la cobertura del asegurador. Vid. SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1335. Sin embargo un importante sector de la doctrina las considera limitativas, así: CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.63. Para REGLERO CAMPOS, Lección 8ª, p.235, es, sin embargo, una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, aunque en modo diverso concluye en relación con las cláusulas de cobertura retroactiva (id., p.235).

- La reclamación tiene lugar durante la vigencia de la póliza, pero quedan cubiertos hechos acaecidos con anterioridad (lógicamente siempre que se ignore el acaecimiento del hecho causal y del daño al tercero, arg.ex art.4 LCS), al menos, un año desde el comienzo de los efectos del contrato (cláusulas de cobertura retroactiva). Por lo tanto, no cabrían plazos inferiores al año, pero sí serían válidos plazos superiores.

En el ámbito arbitral ambas situaciones podrían producirse en la práctica dependiendo de las circunstancias, resultando quizá la primera la que tenga más probabilidades de suceder, puesto que el daño vendrá provocado en la mayoría de las situaciones con la emisión del laudo. En este caso es evidente que el siniestro tendrá lugar durante la vigencia de la póliza, pero cuando se realice la reclamación ya no estará en vigor o, en todo caso, el asegurado carecerá de tal condición.

No descenderemos más en el análisis de las cláusulas “claims made” ya que esta cuestión ha sido profusamente tratada por la doctrina especializada en materia de seguros y es sobradamente conocida, tanto en la génesis de estas cláusulas y su problemática jurídica, como en lo que se refiere a los problemas de interpretación que ha creado el art.73 LCS, que hacen, incluso, tambalear los cimientos sobre los que se asienta el propio concepto de siniestro particularmente problemático en las cláusulas de cobertura retroactiva, que más que limitaciones en los derechos de los asegurados parecen estar tomando partido por un concepto de siniestro relacionado con la reclamación<sup>779</sup>. Y no sólo ello, estas cláusulas plantean delicados problemas en cuanto a la fundamentación jurídica del riesgo, puesto que en el momento de celebrar el seguro el riesgo ya se ha producido; no obstante ello, el art.4 LCS podría salvar este problema al haber previsto específicamente excepciones legales en las que podría entenderse incluida la que ahora nos ocupa.

#### **4.2. La delimitación temporal en las pólizas de responsabilidad civil en el ámbito arbitral**

En las pólizas examinadas se evidencia que han acogido *verbatim* las limitaciones convencionales permitidas bajo el art.73 LCS ya en su totalidad o en parte, de tal forma que el siniestro y la reclamación deben producirse estando vigente el seguro aunque se extiende la cobertura:

- A los hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia del seguro<sup>780</sup>. O

---

<sup>779</sup> Interpretación considerada inadmisibile: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1340.

<sup>780</sup> Es el caso de la póliza contratada por una importante institución arbitral española que en relación con el módulo de responsabilidad civil profesional se extiende a la cobertura retroactiva y así indica que: “Este módulo de cobertura cubre las reclamaciones formuladas contra el asegurado por primera vez durante el período de seguro y derivadas de los actos mencionados en la sección LO QUE ESTÁ CUBIERTO que sean cometidos o supuestamente cometidos durante el período de seguro o con anterioridad al mismo, pero con posterioridad a la fecha de retroactividad establecida en las condiciones particulares”. En dichas condiciones

- A las reclamaciones producidas con posterioridad a la vigencia del seguro (reclamaciones *post contractum*)<sup>781</sup>, que pueden estar delimitadas temporalmente, generalmente dentro del plazo de un año a partir de la fecha de extinción del contrato y supeditada, a veces, esta cobertura al pago de una prima adicional<sup>782</sup>.

Nos centraremos a continuación en las cláusulas *claims made* desde el punto de vista de su aplicación práctica en relación con la responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales, así como también en lo que se refiere a su oponibilidad a terceros.

En primer término, como se ha indicado las pólizas de responsabilidad civil analizadas suelen acoger literalmente una o las dos situaciones contempladas en el art.73 LCS como cláusulas de vigencia temporal de cobertura incluso referidas con su nombre usual en inglés (*claims made*). En cuanto a si dichas pólizas cubren suficientemente a los árbitros y a las instituciones la respuesta varía dependiendo del sujeto protegido por la póliza. En este sentido, las pólizas contratadas por las instituciones administradoras no suelen presentar problemas de cobertura en relación con el aspecto temporal pues generalmente las pólizas se irán renovando anualmente.

Por ello al estipularse, por ejemplo, que “el contrato de seguro surte efecto por daños reclamados durante el período de vigencia de la póliza con independencia del momento de la causa o manifestación del daño” y considerándose como fecha de reclamación el momento en que: “un procedimiento judicial o administrativo o bien un requerimiento formal y por escrito es formulado contra el asegurado, como presunto responsable de un daño, o contra el Asegurador, o “un asegurado tiene conocimiento, por primera vez, de cualquier tipo de circunstancias o informaciones, según las cuales cabe razonablemente esperar que una reclamación será formulada contra él o contra otro Asegurado o contra el Asegurador”, no vemos problema de cobertura respecto de los daños que puedan imputársele a las instituciones administradoras por hechos relacionados con un procedimiento arbitral, ya que aunque el daño se haya producido estando vigente

---

particulares se establece una fecha de retroactividad ilimitada.

En esta póliza se establece, no obstante, un período adicional de cobertura si se dan determinadas condiciones y que se denomina “período informativo”.

<sup>781</sup> Este es el caso del seguro de responsabilidad civil profesional de abogado de MAPFRE, que recuérdese se aplica también a los árbitros y mediadores, que sólo acoge las cláusulas de reclamación subsiguiente y así establece en relación con el ámbito temporal: “El contrato de seguro surte efecto por daños ocurridos por primera vez durante el período de vigencia, cuyo hecho generador haya tenido lugar después de la fecha de efecto del contrato y cuya reclamación sea comunicada al asegurador de manera fehaciente en el período de vigencia de la póliza o en el plazo de 24 meses a partir de la fecha de extinción del contrato”. Comentando este tipo de cláusula, la SAP Zaragoza, 24 febrero 2012 (JUR 88050) ha indicado que existe una laguna en relación con el término final, por lo que aplicando la regla *contra proferentem* considera que es una cláusula limitativa pues vacía el contenido natural del contrato desequilibrando las prestaciones de las partes del contrato a favor de una de las partes.

<sup>782</sup> Como ha señalado YZQUIERDO, p.409, la garantía subsiguiente debe entenderse implícita en el contrato, salvo que se pacte otra cosa.

una de las pólizas, al renovarse anualmente, aunque su reclamación se produzca posteriormente, dicho daño quedará cubierto<sup>783</sup>.

Esta cláusula, sin embargo, no cubriría suficientemente a los árbitros pues como es evidente al estar ligado el siniestro con la reclamación y ésta con el concepto de asegurado, los árbitros ya no ostentarían tal condición una vez finalizado el procedimiento arbitral con el laudo, supuestos en los que, como ya se ha indicado, son los que mayores demandas de reclamación podrían experimentar en la práctica.

Esto mismo sucede con otra de las pólizas contratadas por otro centro arbitral en el que la delimitación temporal del riesgo se establece como sigue: “La presente póliza otorga cobertura única y exclusivamente a aquellas Reclamaciones que, cumpliendo con los demás términos y condiciones del contrato, les sean presentadas a los Asegurados durante la vigencia de la póliza, por Actos Dañosos cometidos con anterioridad en un máximo de dos años antes de la vigencia de la póliza y/o durante dicho período, siempre y cuando dichas Reclamaciones y/o las causas que las puedan motivar no fuesen conocidas por los Asegurados o el Tomador en el momento de contratar la póliza”<sup>784</sup>. E igualmente si nos referimos a la Póliza del ICAM que se limita a “las reclamaciones presentadas por primera vez contra el tomador del seguro o el asegurado durante el período de vigencia de la póliza, siempre y cuando: dichas reclamaciones tengan su fundamento en un error, falta profesional o negligencia cubierta en esta póliza, y el error, falta profesional o negligencia haya sido cometido por el Asegurado con posterioridad a su incorporación al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid”.

En cuanto a las pólizas que cubren las reclamaciones producidas con posterioridad a la vigencia del seguro generalmente aquellas que se producen dentro del plazo de un año a partir de la fecha de extinción del contrato, consideramos que tampoco cubren suficientemente la responsabilidad del árbitro pues, por una parte, si el hecho dañoso tiene lugar vencido el plazo de cobertura aunque la reclamación se interponga en el período de un año posterior no estaría cubierta su responsabilidad; del mismo modo, el plazo de un año pudiera no cubrir suficientemente el tiempo necesario para la interposición de la reclamación, pues como ya hemos comentado en muchas ocasiones la reclamación se presentará tras la anulación de un laudo.

En este sentido, puede decirse que el asegurado no verá suficientemente respaldada su posible responsabilidad frente a terceros con las pólizas actuales que se ciñen a lo estrictamente previsto en el régimen legal. De esta forma, podemos estar de acuerdo

---

<sup>783</sup> En este caso debe notarse que la cláusula de delimitación temporal se contiene en las condiciones particulares que modifican de este modo la cláusula general. Similar contenido y efecto en la Póliza del ICAM.

<sup>784</sup> Tampoco quedarían cubiertos por el siguiente párrafo establecido en la indicada póliza ya que se refiere a una situación de terminación o extinción del contrato de seguro al indicarse que: “Si la póliza fuese cancelada en cualquiera de sus vencimientos o se decidiese su rescisión anticipada, quedarían cubiertas durante un plazo máximo de doce meses a contar desde su rescisión o vencimiento, las reclamaciones que en ese período se reciban por Actos Dañosos cometidos antes de la expiración de la vigencia de la póliza”.

con aquel sector de la doctrina jurídica que ha entendido que períodos más largos de cuatro o cinco años resultan más acordes con la naturaleza del SRC<sup>785</sup>. Ciertamente que extender la responsabilidad mucho más allá en el tiempo para hacerla coincidir con el plazo de prescripción de las acciones judiciales, que en el caso de ser contractuales sería el plazo general de 15 años (art.1964 CC) no resultaría en modo alguno deseable<sup>786</sup>, restando únicamente que los plazos de prescripción en la futura regulación mercantil o civil se modifiquen en línea con las tendencias actuales de la contratación mercantil internacional que establecen plazos más breves<sup>787</sup>.

Una adecuada delimitación del riesgo por parte de la compañía de seguros al tiempo que un equilibrio ponderado entre las obligaciones que asumen las partes bajo el contrato de seguro lleva a que las pólizas deban considerar el elemento temporal indicado para una mejor cobertura del riesgo temporal. En todo caso, como ha indicado la doctrina que ha tratado el tema de la delimitación temporal en el SRC la solución más que residir en la concreción del siniestro, debe radicar en “evitar lagunas de cobertura y solapamientos de seguro, siempre que se haya calculado la prima adecuada al riesgo cubierto; se debe intentar que los perjudicados no queden desprotegidos por un supuesto que cae fuera de una limitación temporal concreta, así como que, en el caso de una sustitución de pólizas, no existan varios seguros que cubren el mismo daño”<sup>788</sup>.

Efectivamente, como estamos comentando, creemos que las cláusulas *claims made* presentan un problema grave en el seguro de responsabilidad civil de los árbitros ya

---

<sup>785</sup> Vid. VERDERA, La cláusula *claims made*, p.129 con ulteriores citas.

Es el caso previsto en la reciente regulación del SRC del administrador concursal, y así el art.9 (Delimitación temporal) del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE, 6 octubre 2012, Núm.241, que establece la cobertura en relación con las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el ejercicio de su función o en los cuatro años siguientes a la fecha en que el administrador concursal cesó en el cargo por cualquier causa (...). Indicar que se establece, no obstante, que las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a los terceros por actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente los intereses de aquéllos, tienen un plazo de prescripción de un año. La norma está en clara correlación con el plazo de prescripción de cuatro años establecida en el art.36.4 Ley Concursal (daños a la masa activa del concurso). La norma, sin embargo, no se ha salvado de las críticas de la doctrina, véase: PAVELEK, La garantía financiera, pp.10-12.

Para el caso de los auditores igualmente se exige la cobertura durante el período de responsabilidad de los mismos, lo que ha ocasionado cuestiones interpretativas en relación con las cláusulas *claims made*. Vid. Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, Delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil de auditores y “cláusulas *claims made*”. El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas. La Ley, 23 marzo 2006, nº6447 (D-77).

<sup>786</sup> En sentido similar: CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.79.

<sup>787</sup> Vid. Por ejemplo, la regulación sobre la prescripción (capítulo 10) en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010). Y Proyecto de Código Mercantil (2013): Artículo 712-1. *Determinación del plazo*: “Las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles prescribirán a los tres años, salvo que se disponga otra cosa”.

<sup>788</sup> CAÑIZARES/PAVELEK, p.307. En sentido similar CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.65-67.

que en lo referente al ámbito de aplicación temporal pueden producirse vacíos de cobertura entre la póliza que se extingue y la siguiente que entra en vigor. El vacío tiene menos posibilidades de producirse en los supuestos de existencia de diversos seguros, por ejemplo, si el asegurado es abogado y está cubierta su actuación como árbitro por el SRC Profesional, aunque deje de estar cubierto por el SRC de la institución arbitral.

Es evidente que terminado el procedimiento arbitral, el árbitro ha cumplido su misión y deja de tener la condición de asegurado por lo que si bien es cierto que la institución administradora como tomadora del seguro por cuenta de los árbitros irá concatenando un seguro tras otro, ello no implica la cobertura del árbitro que ya ha dictado el laudo pues deja de ostentar la condición de asegurado. Pensemos, por ejemplo, en el SRC de una institución arbitral (1 enero 2011-31 diciembre 2012) que cubre al árbitro durante el tiempo que ostenta dicha condición, esto es, desde que acepta el nombramiento (1 enero 2012) y hasta la emisión del laudo (15 noviembre 2012)<sup>789</sup>. En este caso, la responsabilidad del árbitro quedará cubierta si el evento dañoso se ha producido durante la vigencia de la póliza (por ejemplo, con la emisión del laudo 15 noviembre 2012), siempre que la reclamación se realice dentro del año siguiente a la última de las prórrogas del contrato, esto es, durante el año 2013. Sin embargo, resulta perfectamente posible que la reclamación se realice con posterioridad, por ejemplo en marzo de 2014 tras la sentencia que anule el laudo (en febrero de 2014). En este caso, el árbitro no tendría cobertura.

Se evidencia así que el SRC arbitral comparte otro problema clásico de los SRC profesionales: los vacíos y lagunas de cobertura. Lagunas que pueden darse también en la hipótesis de que el árbitro deje de ostentar dicha condición por una causa distinta del cumplimiento del encargo, por ejemplo: por su renuncia o al ser recusado; o cuando la institución administradora cambie de compañía de seguros, esto es, cuando se produce un tránsito de una póliza a otra de las que derivan diferentes sistemas de cobertura, por ejemplo si a una póliza basada en la reclamación le sigue una basada en los actos cometidos pues la cobertura será incompleta<sup>790</sup>, lo que podría llevar en casos extremos a que ninguna de las compañías de seguros considerase el riesgo cubierto. Incluso en los casos de existencia de diversos seguros, SRC de la institución administradora en favor de los árbitros y SRC profesional de abogado, pueden darse conflictos entre pólizas<sup>791</sup>. Con razón se ha indicado que “lo importante es que al producirse contrataciones sucesivas se tenga una cobertura continua, con un racional sistema de garantías”.

---

<sup>789</sup> Deben entenderse también momentos posteriores en atención a la posible corrección del laudo. Vid. Art.39 LA.

<sup>790</sup> REVILLA, La acción directa, p.40.

<sup>791</sup> Algunas de las pólizas analizadas se refieren a esta cuestión. Así en el seguro de segunda capa contratado por una institución de arbitraje se prevé la existencia de otros seguros: “En el supuesto de que las cantidades resultantes de una reclamación se encuentren aseguradas mediante otra u otras pólizas en vigor, esta póliza sólo responderá de las cantidades en exceso de las indemnizaciones disponibles bajo dichas pólizas,

Los problemas anteriormente apuntados motivan, una vez más, al diseño de una póliza específica para los árbitros y las instituciones con un mayor período de cobertura o, al menos, la inclusión en las pólizas de responsabilidad civil profesional de cláusulas diseñadas para tomar en cuenta las particularidades del arbitraje. Somos conscientes que ello requerirá a la aseguradora un mayor esfuerzo en cuanto a las previsiones de riesgo, pero no se trata de un factor insalvable y sí en cambio de ofrecer un seguro que realmente cumpla su función frente al asegurado<sup>792</sup>.

Para finalizar, un breve apunte en relación a la oponibilidad a terceros de las cláusulas *claims made*. Se trata de una cuestión muy discutida en la doctrina mercantilista y, aunque a nuestro juicio, y con independencia del análisis que pueda realizarse desde la óptica del contrato de seguros, el art. 21.1 LA es un elemento que lleva necesariamente a declarar la inoponibilidad de dichas cláusulas al tercero. No está de más enfatizar que la acción directa se configura con un carácter imperativo y de orden público que si no puede siquiera excluirse en los seguros por grandes riesgos<sup>793</sup> tampoco lo será en otras circunstancias. Sin embargo debe notarse que conforme ha indicado el Prof. OLIVENCIA podría llegarse al mismo resultado mediante la delimitación objetiva del riesgo cubierto, que sí se considera admisible en los seguros por grandes riesgos, en la medida en que ésta debe distinguirse de la limitación temporal del ejercicio del derecho de un tercero, de tal forma que se podrían excluir las reclamaciones que se produzcan después de extinguido el contrato<sup>794</sup>.

---

a menos que dichas pólizas lo sean también en exceso, en cuyo caso se aplicará la regla proporcional". Por su parte en el seguro contratado por un centro arbitral se indica: "Concurrencia de seguros: Si al tiempo de cualquier reclamación formulada bajo esta PÓLIZA, el ASEGURADO tiene o puede tener cobertura bajo cualquier otra póliza o pólizas de análoga cobertura, la responsabilidad del asegurador quedará limitada, siempre dentro del límite de indemnización a la cantidad en exceso de la que habría sido pagada bajo esa otra póliza o pólizas de no haber tenido efecto este seguro. En el supuesto de que dicha otra póliza o pólizas de cobertura análoga contengan una provisión respecto a la concurrencia de Seguros en los mismos términos que la presente, se entiende y acuerda que esta PÓLIZA actuara en concurrencia con las mismas". En el SRC de otra institución de arbitraje se señala que "los siniestros relativos a los árbitros de la corte o a sus miembros, la presente póliza actuará una vez agotadas las garantías de las pólizas en vigor que puedan tener contratadas dichos árbitros o miembros", recibiendo en la práctica el nombre de *cláusulas de subsidiariedad*. Por su parte, el SRC del ICAM indica que: "En todo caso la presente póliza actuará en exceso o en defecto de coberturas de cualquier póliza válida y cobrable tanto a nivel colectivo como a título individual", al mismo tiempo en esta póliza se refiere a la delimitación temporal en relación con la cobertura ofrecida por la misma póliza: "En el caso de que ésta póliza se vaya renovando y esté en vigor durante varias anualidades consecutivas, la suma asegurada y condiciones que responderán ante una reclamación serán únicamente las correspondientes a la anualidad en vigor en el momento en que se presente dicha reclamación".

<sup>792</sup> No resulta extraño en otros ámbitos que se hayan ofrecido seguros a tres años, como en el caso de las pólizas D&O. Vid. GUERRERO LEBRÓN, p.206, nota 346, o que en la reglamentación del seguro de los administradores concursales se acuda al plazo de 4 años por coherencia con la propia Ley Concursal, según ya se indicó.

<sup>793</sup> Así se configura doctrinalmente al menos por un sector cualificado de la doctrina mercantilista. Vid. OLIVENCIA, El seguro de responsabilidad civil, pp.202-203, señalando que se trata de un "derecho propio" que la Ley reconoce a la víctima del daño. En igual sentido: REVILLA, La acción directa, pp.50-52.

<sup>794</sup> OLIVENCIA, El seguro de responsabilidad civil, pp.208-209.

### 4.3. La cláusula de “unidad de siniestro”

Importancia en la delimitación temporal del riesgo cubierto por el seguro son las llamadas cláusulas de unidad de siniestro (llamadas también “siniestros en serie”) previstas en varias pólizas analizadas, y que suelen ser típicamente incluidas en las pólizas de responsabilidad civil<sup>795</sup>. Como se desprende de su denominación estas cláusulas consideran la sucesión de hechos y circunstancias que se deriven de un mismo origen o igual causa como un único siniestro, considerándose fecha de ocurrencia del siniestro la del primer hecho o circunstancia siniestral<sup>796</sup>. El problema de este tipo de cláusulas es tanto determinar qué se entiende por “único siniestro”, el cual debe entenderse en el SRC como “unidad de acto profesional”, y por lo tanto como la acción u omisión concreta que causa el daño, así como si existe un único hecho generador o no<sup>797</sup>.

La amplia utilización de este tipo de cláusulas es lógica en atención a la configuración del contrato de seguro y de los criterios de solvencia que manejan las compañías y sobre todo en aras a permitir que el asegurador pueda conocer el importe máximo de las indemnizaciones que tendrá que asumir. Se pretende así que las reclamaciones

---

<sup>795</sup> LÓPEZ-COBO, p.171, apuntando la diversidad de redacciones en el mercado pero que responden generalmente a una misma finalidad; FERNÁNDEZ DEL MORAL, pp.181-186; y PAVELEK, La suma asegurada, apartado 7, donde el autor traza la génesis (incendio en la discoteca *Flying* que ocasionó 44 muertes), función y significado de este tipo de cláusulas.

<sup>796</sup> Se entiende por unidad de siniestro: “Se considerará como un solo y único siniestro la sucesión de hechos o circunstancias que se deriven de un mismo origen o igual causa, con independencia del número de perjudicados y reclamaciones formuladas. Se considerará como fecha de ocurrencia del siniestro la del primer hecho o circunstancia siniestral” (Póliza de RC Profesional de Abogado de MAPFRE). O en alguna otra póliza contratada por un centro arbitral donde se llama: “Siniestros en serie”: “Se considerará que constituye un solo y único siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañosos debidos a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones formuladas. La suma de todas las indemnizaciones, intereses y gastos que originen, se imputarán al período de seguro en que se produjo el primer acontecimiento dañoso”. Relacionada con los errores profesionales en el ámbito jurídico resulta la definición de siniestros en serie de la póliza del ICAM, considerando como un único siniestro: “Conjunto de reclamaciones originadas por una misma causa o evento siniestral, cualquiera que sea el número de reclamantes e independientemente de que la reclamación se dirija exclusivamente contra el asegurado o, conjunta o separadamente con él, contra las personas de las que tenga que responder. Conjunto de consecuencias de varios errores profesionales cometidos en un mismo acto. Conjunto de consecuencias de varias acciones derivadas de la misma o de igual fuente de error si los asuntos tratados profesionalmente por el asegurado guardaren entre sí una dependencia jurídica o económica”. En relación con la diversidad formuladora de este tipo de cláusulas en distintas profesiones, puede verse el trabajo de PAVELEK, La suma asegurada, apartado 7.

Según señala IRIBARREN, p.213, estableciendo la conexión entre dichas cláusulas y el elemento temporal del contrato de seguro: “No estará cubierta la responsabilidad por actos que se hayan realizado dentro del período fijado de cobertura retroactiva si están relacionados con otros anteriores a su inicio”. También la relaciona: PÉREZ CARRILLO, p.278.

<sup>797</sup> CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.57. El ejemplo que la autora pone en relación con vicios en la construcción ilustra bien la diferencia para entender la cláusula relativa a la unidad de siniestro ya que así se considerará si los vicios provienen de la misma deficiencia pero no si provienen de distintas deficiencias (id., p.58).

de distintos perjudicados en distintas secuencias temporales tengan la consideración de un único siniestro, y que quede de esta forma circunscrito el compromiso cuantitativo por parte del asegurador por siniestro, a lo que se une –sobre todo para evitar interpretaciones desorbitadas de la estipulación de unidad de siniestro<sup>798</sup> la cláusula de límite agregado o por año de seguro<sup>799</sup>. Aunque este tipo de cláusulas de unidad de siniestro tienen importancia en relación con un único causal que genera daños en cadena que afectan a una pluralidad indeterminada de perjudicados, el caso de la asbestosis, intoxicaciones, responsabilidad por productos, etc., presenta menos interés en el ámbito del seguro para árbitros e instituciones pues los posibles perjudicados resultan claramente identificados.

## V. LA RECLAMACIÓN DEL PERJUDICADO

Sin ánimo de agotar todos los aspectos que podrían incluirse bajo el título de este epígrafe, trataremos algunas cuestiones que nos parecen relevantes en relación con la reclamación del perjudicado contra los asegurados en el SRC arbitral sin olvidar la reclamación contra la compañía aseguradora. Así como algunas de las cuestiones son específicas del SRC y su regulación bajo la LCS, o del arbitraje y su regulación legal, otras imbrican a los dos campos mencionados como sucede singularmente en lo atinente a la acción directa.

En todo caso, conviene que la demanda del tercero perjudicado se dirija contra todos los operadores potencialmente concernidos, esto es, el causante del daño –los árbitros o los centros arbitrales o ambos<sup>800</sup>, dependiendo de los casos- y sus

---

<sup>798</sup> PAVELEK, La suma asegurada, apartado 7 y apartado 9, con referencias al caso MAESO.

<sup>799</sup> Se trata, pues, de una limitación de la cuantía pero que se refleja también en el tiempo (PAVELEK, La suma asegurada, apartado 9) y como se ha explicado gráficamente (LÓPEZ-COBO, pp.169-170) el sistema funciona de la siguiente manera: en primer lugar, el asegurador garantiza una cobertura hasta un límite por período de seguro; en segundo término, agotado dicho límite, la póliza queda sin efecto cualquiera que sea el período transcurrido; el asegurado deberá ya restablecer nuevamente los límites o pagar una nueva prima a prorrata del tiempo que falte para llegar al vencimiento o por la cantidad que asegurador y asegurado hubieran fijado de mutuo acuerdo.

En cuanto a las modalidades de la cláusula de límite agregado son descritas por PAVELEK, La suma asegurada, apartado 9 y son: límite agregado de aplicación a las prestaciones indemnizatorias, de aplicación a todos los desembolsos y con reducción de límite.

<sup>800</sup> Se ha de indicar que la institución también podría demandar a los árbitros por virtud de su responsabilidad si bien para alguna doctrina se presentan dudas de si el marco de aplicación de esta demanda deriva del art. 21 LA. A nuestro juicio la respuesta se enmarca en el art. 21 LA tanto porque establece la acción de resarcimiento del centro arbitral frente a los árbitros, pero también por el carácter unitario del precepto y así derivando la relación contractual de los árbitros y de la institución por virtud de la aceptación del encargo entendemos que también se enmarcarán en el seno del art. 21 LA las acciones directas que ostenten unos frente a los otros en el marco de la responsabilidad derivada por la aceptación del encargo. En este sentido, el art. 21.1 LA se cuida de establecer in genere el marco de responsabilidad sin especificar el elenco de sujetos activos, lo que da pie a mantener la interpretación indicada.

Por contra, MUÑOZ SABATÉ, pp.376-377, considera que la institución arbitral sí puede pedir responsabilidad a los árbitros pero no por el art. 21, que es únicamente aplicable frente a las partes legitimadas activamente,

aseguradoras<sup>801</sup>. Se ha de recordar que en el ámbito del seguro es precisa la previa declaración de responsabilidad del asegurado y además la responsabilidad que se derive puede ser distinta de la contractualmente pactada, sobre todo por los límites de las pólizas, aunque debe reconocerse que en la práctica no siempre sucede así por diversos motivos<sup>802</sup>.

---

sino sobre la base de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, por haberse olvidado el árbitro de incluir en el laudo la condena al pago o reembolso de cantidades a la institución arbitral; incluso cabe el daño moral por ciertos comportamientos: árbitros que pueden dañar el prestigio de la Corte.

Queda fuera del art. 21.1 LA el pago de los honorarios de los árbitros por parte de la institución que sigue las reglas generales de incumplimiento contractual, ya que no estamos en el marco de la responsabilidad derivada de la aceptación del encargo sino del pago de la contraprestación por el servicio que prestan los árbitros.

En relación con lo anterior indicar que a nuestro juicio la relación que media entre el árbitro y la institución de arbitraje responde en su naturaleza jurídica también a un contrato (en este sentido también: CREMADES, *El arbitraje en el siglo XXI*, p.1), aunque existen posiciones minoritarias que entienden que la relación no es en modo alguno contractual y por lo tanto la posible responsabilidad que puede generarse es extracontractual o aquiliana (SÁNCHEZ PRAT, p.327, y pp.335-337; y MUNNÉ CATARINA, pp.72-73).

<sup>801</sup> La reclamación de responsabilidad civil contra los árbitros o la institución administradora se dirimirá en la jurisdicción competente pues será absolutamente excepcional que exista un convenio arbitral pactado entre los participantes del arbitraje, ya sea las partes con el árbitro o con la institución, o éstos entre sí. Lo anterior presenta la interesante cuestión de la conveniencia de incluir convenios arbitrales entre dichos operadores del mundo arbitral, por ejemplo, estableciendo un convenio arbitral en el reglamento de los centros arbitrales. Empero lo anterior, no deja de ser una mera ilusión óptica pues las posibles demandas de responsabilidad son más bien infrecuentes, y las instituciones arbitrales no tienen incentivos para incluir convenios arbitrales que llamen la atención a los usuarios acerca de su posible responsabilidad o la de los árbitros cuando, además, suelen establecer normas dirigidas a una exoneración total o semi-total de responsabilidad como hemos tenido ocasión de comprobar. Además de ello se presentaría el problema de que si se prefiriera un arbitraje institucional la disputa debería ser sometida a una institución administradora competidora, pues de otro modo existiría un evidente conflicto de interés.

Para finalizar, y en cuanto a las reclamaciones derivadas del propio contrato de seguro, algunas pólizas suelen contener el posible sometimiento a arbitraje si media el acuerdo entre las partes –en ocasiones con referencia a la legislación específica en materia de consumidores- o a la jurisdicción, considerando competente el juez del domicilio del asegurado; a estos efectos en alguna de las pólizas examinadas se prevé que el tomador designe un domicilio en España si su domicilio fuera el extranjero, lo que resulta importante cuando la institución contrata por cuenta ajena. En este caso, y para las hipótesis que sean árbitros extranjeros que actúan bajo una institución administradora en España, se colige fácilmente que el domicilio en España es el domicilio del centro arbitral designado en la propia póliza.

Por su parte la póliza del ICAM se refiere a dos posibles formas de resolución de conflictos. Por una parte señala la constitución de un órgano consultivo colegiado compuesto por tres miembros que dictaminarán sobre las discrepancias que puedan existir entre Tomador, Asegurado y Asegurador sobre interpretación y alcance de las garantías otorgadas por la póliza; la concurrencia de responsabilidad del asegurado y la oportunidad de alcanzar un acuerdo transaccional con el/los reclamantes o, en su caso, defender judicialmente la falta de responsabilidad del Asegurado. Como curiosidad indicar que se establece que la actuación del órgano consultivo se ajustará en lo posible, por analogía, a la previsto en la “Ley de Arbitraje de Derecho Privado” siendo que la única Ley que ha tenido este nombre era la Ley de 1953. Por otra parte, somete las controversias entre la entidad aseguradora (CASER) y el tomador (ICAM) derivadas de la interpretación de las coberturas de la póliza a una arbitraje institucional de Derecho por la CAM.

<sup>802</sup> Vid. Condensando las diferentes posiciones doctrinales según las diversas hipótesis que pueden confluir en la práctica del seguro: CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil*, pp.130-133.

## 5.1. Las reclamaciones contra los árbitros y las instituciones arbitrales: la defensa jurídica en el SRC

Forma parte intrínseca del SRC la defensa jurídica, esto es, como explicita el art.74 LCS que el asegurador asuma la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado y sean de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo pacto en contrario. Por lo tanto, y como se ha indicado acertadamente puede hablarse de una actividad de defensa en sentido amplio que es el procedimiento de determinación de la existencia y cuantía del daño exigido por la naturaleza del mismo, aunque dada su naturaleza y los gastos que ocasiona se ha convertido en una prestación del asegurador<sup>803</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la defensa jurídica se contempla en la LCS en atención a las tres formas o modalidades que puede adoptar: bien como parte integrante del seguro de crédito<sup>804</sup>, del SRC según se ha señalado<sup>805</sup> o bien formando parte de un contrato independiente<sup>806</sup>, aunque como precisa el art.76 c) LCS “el contrato, no

---

<sup>803</sup> CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.35, y p.92. Igualmente y en sentido amplio considera el Prof. Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 74. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, p.1345 que por dirección jurídica se debe entender: “el poder de gestión y de disposición de la deuda de responsabilidad que ha agravado al asegurado”, apuntando posteriormente que alcanza tanto al ámbito judicial como extrajudicial, como es lógico (id., p.1349).

<sup>804</sup> Así el art.72.2º LCS en relación con el seguro de crédito señala que el asegurado, y en su caso el tomador del seguro, queda obligado a “prestar la colaboración necesaria en los procedimientos judiciales encaminados a obtener la solución de la deuda, cuya dirección será asumida por el asegurador”.

<sup>805</sup> Artículo 74 LCS: “Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.

Por su parte el art.592-45 del Proyecto de Código Mercantil (2013) sobre la Defensa Jurídica señala que: “1. La cobertura del contrato comprende también los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante la reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias. 2. Los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada. 3. Si el asegurado puede evitar la ejecución de una decisión judicial mediante aportación de fianza o garantía, el asegurador deberá aportar esa fianza o garantía hasta el límite de la suma asegurada. El asegurador estará liberado de esa obligación si reconoce frente al asegurado que la pretensión del tercero está ajustada a derecho”.

<sup>806</sup> Vid. Sección IX LCS (Seguro de defensa jurídica) artículos 76 a) a g). Así el artículo 76 a) LCS dispone que: “Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”. Téngase en cuenta que el art.76g) LCS

obstante, podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde”<sup>807</sup>.

Lógicamente la diferente modalidad responde a un diferente régimen jurídico. En relación con las pólizas examinadas tanto las de SRC profesional de abogados como las contratadas por instituciones arbitrales no contienen un contrato específico que cubra la defensa jurídica en el sentido del art.76 a) LCS ( aunque nada impediría que los árbitros y las instituciones arbitrales lo contrataran si bien podrían derivarse algunos problemas de compatibilidad entre ambos), por lo que las estipulaciones sobre la defensa jurídica se asumen por el asegurador sobre la base del art.74 LCS.

Las pólizas de responsabilidad civil suelen incluir como parte de la cobertura los gastos de defensa incurridos por el asegurado<sup>808</sup> con el límite máximo de la suma asegurada,

---

claramente declara la inaplicabilidad de las disposiciones indicadas del seguro de defensa jurídica al art.74 LCS.

Un completo estudio sobre el seguro de defensa jurídica puede verse en: Asunción OLMOS PILDÁIN, *El Seguro de Defensa Jurídica*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

<sup>807</sup> No entramos, pues, en el análisis del seguro de defensa jurídica aunque últimamente y en relación con el arbitraje se están planteando problemas interesantes de inconstitucionalidad por la interpretación dada al art.76 e) LCS por la jurisprudencia. Este precepto establece que “el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”. La SAP Barcelona, 3 febrero 2012 (JUR 320) ha considerado la obligatoriedad para la aseguradora de acudir al arbitraje (en términos de “derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora. Se desprende ello del uso en el precepto del vocablo derecho, que por definición, se tiene siempre frente a alguien, en este caso frente a la otra parte contratante es decir la aseguradora. Este derecho subjetivo no puede ser desconocido por la jurisdicción. La consecuencia de ello es que el asegurado puede compeler a la aseguradora para someter a arbitraje cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro celebrado interpartes (...).”, pero sin cuestionarse la constitucionalidad o no de la LCS, lo que sí está haciendo la doctrina. Vid. Un reciente comentario a la indicada sentencia: Josep María JULIÀ, *Compulsory Arbitration and Incorporation of EU Directives on legal expenses insurance*. *Arbitration News*, February 2013, vol.18, nº1, pp.50-52; y mayores detalles: Rafael LARA GONZÁLEZ, *El derecho a arbitraje del asegurado en el contrato de seguro de defensa jurídica*. RES, 2012, nº149, pp.89-99. Ambos considerando viable la inconstitucionalidad por vulneración, entre otros, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución.

No podemos entrar lógicamente en esta cuestión, pero a nuestro juicio no existe tal problema de constitucionalidad pues la aseguradora tiene la opción de ofertar este seguro específico. Si lo hace debe cumplir con las prescripciones legales al efecto entre las que se incluye, a nuestro juicio, la oferta irrevocable y permanente dirigida al sometimiento a arbitraje, que deriva del art.76 e) en conexión con el art.76 f) LCS. Si la compañía de seguro no desea ser sometido a un arbitraje, le basta con no ofertar este tipo de seguro. Por ello, estamos en presencia de una facultad del asegurado que cuando se ejercita, se convierte en un deber del asegurador (así también: OLMOS PILDÁIN, pp.340-341; en otro orden de ideas, se llama la atención sobre el hecho de que la autora (id., pp.342-343) se descarta por una interpretación restringida en cuanto al ámbito aplicativo del art.76 e), en el sentido de sustituir al procedimiento pericial del art.38 LCS, que no obstante no concuerda con las pólizas que se inclinan por la amplia redacción de dicho precepto como al efecto reconoce la autora indicada).

<sup>808</sup> Así en una de las pólizas contratadas por un centro arbitral el riesgo cubierto comprende tanto el objeto del seguro como los gastos de defensa que se incluyen dentro de la suma asegurada. Igualmente en otra

aunque en ocasiones algunas pólizas lo sujetan al pago de la franquicia aplicable por parte del asegurado. Se sigue de este modo la modalidad prevista en el art.74 LCS, que constituye la regla general en la LCS salvo acuerdo en contrario.

La defensa jurídica no es una especie de garantía o cobertura añadida al SRC sino que es inherente al mismo y se erige tanto en un derecho como en una obligación por parte de la compañía de seguros<sup>809</sup>.

Es un derecho puesto que es el asegurador quien se obliga a hacerse cargo del importe de la deuda nacida de la responsabilidad civil y por ello el legislador ha considerado conveniente atribuirle facultades en torno a dicha defensa lo que incluye también el poder de disposición sobre la deuda misma, pudiendo el asegurador allanarse, transigir, etc<sup>810</sup>.

Es al mismo tiempo un deber del asegurador, lo que le exige asumir una actitud activa y no meramente pasiva puesto que tiene un interés directo en el resultado de la reclamación que realiza el perjudicado<sup>811</sup>. La configuración de la defensa jurídica como inherente al SRC y como un deber-derecho de la aseguradora no impide que en determinados casos el asegurador pueda ceder la misma al asegurado, aunque en última instancia quedará siempre un control del asegurador pues el asegurado no podrá reconocer su responsabilidad ni llegar a acuerdos con el reclamante sin mediar el consentimiento del asegurador<sup>812</sup>.

Este resulta ser un elemento crítico en el ámbito de la responsabilidad civil arbitral, puesto que es posible que las instituciones arbitrales, principalmente aunque también los árbitros, deseen controlar el procedimiento asumiendo la defensa jurídica por la especialización y conocimiento experto que tienen en el ámbito arbitral. A mayor abundamiento, la posibilidad de que la aseguradora pudiera llevar a cabo acuerdos extrajudiciales con los demandantes de responsabilidad, podría provocar un efecto desestabilizador en el arbitraje como elemento alentador de demandas por otros operadores. Por

---

de las pólizas contratadas por una institución administradora los gastos de defensa se incluyen en las prestaciones del asegurador, junto con el abono a los perjudicados de las indemnizaciones a que diera lugar la responsabilidad civil. En la póliza del ICAM se incluye la defensa personal del asegurado aun cuando *las reclamaciones sean infundadas*, la prestación y/o constitución de fianzas judiciales, y el pago de cualquier otro gasto judicial. Por su parte en la póliza MAPFRE del Consejo General del Notariado se cubre la defensa jurídica en el caso de dolo con límites cuantitativos. El sublímite sólo operará en aquellos supuestos en los que de no calificarse la conducta dolosa del asegurado como dolosa, el siniestro quedaría amparado por la póliza. Idéntica redacción en la Póliza ESTRELLA Seguros también contratada por ella.

<sup>809</sup> Por todos: CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.23, y pp.92-93.

<sup>810</sup> Por todos: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 74, p.1345.

<sup>811</sup> Lo resaltan las pólizas. Así en la contratada por un centro arbitral se señala que: "El asegurador asumirá la dirección jurídica del Asegurado frente a las reclamaciones que se reciban. El Asegurado deberá prestar la cooperación necesaria en las actuaciones que implique su defensa".

<sup>812</sup> De acuerdo CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, p.93, modificando su posición inicial en El Seguro Voluntario, p.117, y siguiendo a estos efectos al Prof. Sánchez Calero.

ello convendría que instituciones y árbitros pactaran específicamente esta cuestión y las conexas a ella en las pólizas, y por ello que el asegurado tuviera la opción de dirigir su defensa asumiendo el asegurador los gastos con los límites que expresamente se pacten en la póliza<sup>813</sup>. En todo caso, la defensa jurídica desde el punto de vista de los fundamentos de la exigencia del SRC obligatorio en la LA resulta ser beneficioso para los árbitros al contar con la asunción de los gastos de defensa por parte del asegurador; gastos que, dejando de lado la determinación final de las costas, si tuvieran que correr a cargo del árbitro no serían objeto de reembolso, como sí sucede en cambio en relación con los administradores de las sociedades mercantiles<sup>814</sup>.

Sea como fuere, tanto el tomador como el asegurado tienen también un deber de colaboración frente al asegurador. Deber de colaboración que es de suma importancia en el SRC por la alta complejidad técnico-jurídica que con casi toda seguridad envolverá a la demanda de responsabilidad civil en el arbitraje. Y ello tanto en relación con los hechos y las informaciones conocidos por los árbitros o las instituciones arbitrales como por la posibilidad de demostrar la ausencia de dolo, mala fe o temeridad por parte del árbitro o de la institución arbitral como elemento de exoneración de responsabilidad. A efectos del deber de colaboración debe puntualizarse que el mismo podría quedar comprendido tanto dentro del art.74 LCS como ínsito en el deber general del art.16 LCS que se refiere de forma genérica a los deberes de información y colaboración. Conviene diferenciarlos, no obstante, ya que las consecuencias jurídicas que derivan de su incumplimiento son diferentes dependiendo de su incardinación<sup>815</sup>.

Las pólizas suelen diferenciar entre los gastos de defensa incurridos por el asegurado y aquellos por los cuales se condene al asegurado al pago de los honorarios y gastos legales del demandante, que propiamente hablando forman parte del daño cubierto por la responsabilidad civil del asegurado, englobando pues a ambos como objeto de la cobertura<sup>816</sup>. El concepto de gastos de defensa es más amplio que los honorarios y

---

<sup>813</sup> Así por ejemplo en la póliza del ICAM donde se indica que la defensa jurídica “se realizará por el abogado y procurador propuestos por el asegurador o bien por profesionales que libremente designe el Asegurado, en este último caso el Asegurador sólo queda obligado a abonar los honorarios, gastos y suplidos devengados por la dirección jurídica del asunto de acuerdo con las Normas de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, hasta el límite máximo de 6.010 euros”. Es una situación habitual en otros SRC que igualmente requieren una asistencia jurídica altamente especializada como en el caso del seguro D&O. Así: RONCERO, pp.313-315, en relación también con el posible anticipo de los gastos de defensa por parte del asegurador.

<sup>814</sup> En este caso un sector de la doctrina sobre la base de la aplicación de las normas sobre el mandato y la comisión, esto es, la gestión de negocios ajenos considera que se trata de gastos reembolsables por la sociedad siempre que se hayan originado por el ejercicio del cargo de administración, y que se extiende, incluso, a las indemnizaciones que el administrador resulte obligado a satisfacer a terceros siempre que no constituya una indemnización a terceros: RONCERO, pp.142 y ss.

<sup>815</sup> Mayores detalles: CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.108-115, que también se refiere al deber de salvamento bajo el art.17 LCS.

<sup>816</sup> Así en una de las pólizas se señala que el asegurador garantiza hasta el límite de cobertura y franquicia: “los gastos de defensa y pago de las costas y gastos judiciales o extrajudiciales inherentes al siniestro”.

gastos legales, ya que típicamente incluyen los gastos para investigar, liquidar o defender una reclamación contra el asegurado, así como los gastos para la constitución de fianzas judiciales que le puedan ser exigidas al asegurado para su eventual responsabilidad civil y aquellas que le impongan para garantizar su libertad provisional<sup>817</sup>. Si bien ambos son asumidos por la aseguradora, el primero puede quedar sujeto al pago de una franquicia y, además, al control de la defensa jurídica por la aseguradora.

Este control por parte de la aseguradora, y que deriva del principio indemnizatorio<sup>818</sup>, implica el compromiso del asegurado de prestar su colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador, como al efecto impone el art.74.1 LSC, y se desglosa en las pólizas en un haz de deberes relativos a la información de todas aquellas circunstancias relativas al siniestro, de notificar las reclamaciones que reciba, así como su compromiso de “no admitir ninguna responsabilidad, de no celebrar transacción, de no consentir sentencia o resolución alguna, ni de incurrir en gastos, generalmente sujeto al consentimiento previo y por escrito del asegurador”<sup>819</sup>. Deber de colaboración que si se incumple por el asegurado provocando una disminución de las posibilidades de defensa del siniestro, el Asegurador podrá reclamar al asegurado daños y perjuicios en proporción a la culpa del asegurado y al perjuicio sufrido<sup>820</sup>.

Dependiendo de las pólizas, este consentimiento suele exigirse también para la elección del abogado por parte del asegurado<sup>821</sup>, o se deja que el asegurado designe su

---

<sup>817</sup> Así se indica en varias de las pólizas analizadas: “Fianzas judiciales. 1. Fianzas en procedimientos civiles: el asegurador se hará cargo igualmente **hasta el límite de la suma asegurada**, de la constitución de fianzas exigidas al asegurado en el curso de un procedimiento civil motivado por la reclamación de uno o varios perjudicados. 2. Fianzas en causas penales: asimismo, se considerará comprendida, dentro de la suma asegurada, la constitución de fianzas impuestas al asegurado en una causa penal que se le siga por exigencia de las responsabilidades objeto de la cobertura de la póliza, ya pretendan éstas asegurar la libertad provisional del asegurado o se constituyan como garantía de las posibles responsabilidades civiles derivadas de la causa penal (...)”. En alguna de las pólizas contratadas por una institución arbitral sólo se obliga al asegurador al pago de la fianza judicial.

<sup>818</sup> Así CALZADA CONDE, *El Seguro de Responsabilidad Civil*, p.35.

<sup>819</sup> Así en una de las pólizas contratadas por un centro arbitral. Obligaciones que también se concretan por la doctrina: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1357-1362.

<sup>820</sup> Así lo establecen dos de las pólizas examinadas contratadas por dos instituciones de arbitraje.

<sup>821</sup> “Usted podrá elegir abogado con nuestro previo consentimiento por escrito para que dirija su defensa frente a la reclamación”, indica una póliza contratada por una institución de arbitraje. También en la póliza de segunda capa contratada por una institución de arbitraje: “Los asegurados no podrán, sin el previo consentimiento por escrito del asegurador, admitir responsabilidad alguna, negociar o transar una reclamación, o acordar o incurrir en gastos de defensa o cualquier otro coste o gasto que pudiera resultar cubierto bajo esta póliza”. O en la póliza contratada por otro centro arbitral: “En determinados casos, y de acuerdo con el Asegurador también podrá el Asegurado ejercitar por sí mismo su propia defensa”. Conviene de este modo distinguir el control de la defensa jurídica de la libertad de elección del abogado previsto en el art.440.1 LOPJ: “Salvo que la Ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos establecidos por la Ley”. Vid. También art.76 d) LCS que algún autor considera aplicable por analogía al SRC: ARQUILLO COLET, nota 178.

propia defensa pero asumiendo éste su coste<sup>822</sup>. No obstante, también se establece en otras pólizas que el asegurador designará a los letrados y procuradores por lo que no existe un derecho de elección libre por parte del asegurado<sup>823</sup>, o que el nombramiento de letrados externos para la defensa jurídica de las personas aseguradas requerirá el acuerdo entre asegurador y asegurado.

La aseguradora suele reservarse el derecho, que no la obligación, de asumir el control de la defensa jurídica en relación con la investigación, liquidación o defensa de cualquier reclamación, aunque en determinados casos y de acuerdo con el asegurador podría el asegurado ejercitar por sí mismo su propia defensa.

La asunción de la defensa por parte de la aseguradora incluye en algunas pólizas la de decidir si recurre la sentencia condenatoria, pero dejando libertad al asegurado de recurrir por su exclusiva cuenta<sup>824</sup>. Del mismo modo, el asegurador suele reservarse el derecho a designar un perito, tasador, abogado o cualquier otra persona apropiada que pueda gestionar la reclamación. Algunas pólizas excluyen los gastos judiciales cuando el asegurado designe su propia defensa jurídica.

En relación con la franquicia a la que pueda quedar sujeta la defensa jurídica<sup>825</sup>, se trata de la cuantía que expresamente se incluye en las condiciones particulares y que se deducirá de la indemnización que corresponda en cada siniestro. En consecuencia, aunque del dictado de algunas cláusulas pueda parecer que la cobertura de los gastos de defensa jurídica queda condicionada al previo pago de la franquicia, la práctica es que la franquicia se deduce de la indemnización y por lo tanto se “abona” una vez acaecido el siniestro<sup>826</sup>. Ello es, además, perfectamente lógico en el ámbito de los se-

---

<sup>822</sup> Por ejemplo en la póliza de SRC de abogados de MAPFRE (en negrita): “Cuando el asegurado designe su propia defensa los gastos judiciales que se originen serán de su exclusiva cuenta”. Salvo en esta póliza, en las restantes analizadas el asegurado no tiene libertad de elección.

<sup>En</sup> este sentido, señalar que en las pólizas de D&O por la influencia de las pólizas estadounidenses la defensa suele quedar en manos de los administradores asegurados. Sobre el particular examinando las diferentes posibilidades: IRIBARREN, pp.265-290.

<sup>823</sup> Con dudas respecto a la validez de estas cláusulas SÁNCHEZ CALERO, Artículo 74, pp.1347-1348 que parece decantarse tanto por razones teóricas como prácticas por el hecho de considerar necesario un acto de voluntad del asegurado para otorgar personalmente los poderes a los abogados y procuradores del asegurador. En este punto véase el art.76 d) LCS para el seguro de defensa jurídica que consagra el derecho de libre elección del abogado y procurador por el asegurado, incluyendo los casos en que exista conflicto de intereses entre las partes de contrato y sin que aquellos queden sujetos a las instrucciones del asegurador.

<sup>824</sup> En este caso si el recurso interpuesto diera como resultado una sentencia favorable a los intereses del asegurador, minorando la indemnización a cargo del mismo, el asegurador quedará obligado a asumir los gastos originados por dicho recurso.

<sup>825</sup> Una típica cláusula es la siguiente: “Nosotros también pagaremos los gastos de defensa incurridos por cuenta del asegurado siempre y cuando el asegurado haya pagado la franquicia aplicable”.

<sup>826</sup> La diversidad de fórmulas en que se estructura en la práctica la franquicia han sido descritas por LARA, La oponibilidad a terceros, pp.409-410.

gueros por cuenta ajena donde recuérdese que el asegurado (el árbitro) puede desconocer la existencia del seguro cuando la tomadora es la propia institución de arbitraje.

En cuanto a la cuantía indemnizable, la práctica en el mercado de los seguros de responsabilidad civil es variada. En unos casos se establece que los gastos de defensa quedan fuera de la cuantía indemnizable<sup>827</sup> o se establece un sublímite que es de aplicación únicamente a estos gastos<sup>828</sup>. Sin embargo, existen pólizas, que incluyen dentro del límite máximo asegurado tanto la indemnización que deriven de las reclamaciones como los gastos de defensa, y sujeto, en su caso, al pago de la franquicia fijada en las condiciones particulares<sup>829</sup>.

Es posible que puedan surgir conflictos de intereses en relación con la defensa jurídica como al efecto ha previsto oportunamente el art.74 2º inciso LCS<sup>830</sup>, aunque únicamente en relación con las hipótesis ahí descritas y no con carácter general<sup>831</sup> por lo que se habrá de examinar la póliza para determinar la existencia de regulación específica al respecto<sup>832</sup>, sin que existan especialidades en esta materia excepto porque las proba-

---

<sup>827</sup> Este es el caso del SRC profesional de abogado de MAPFRE pero se limita únicamente a las acciones formuladas ante los tribunales españoles, ya que en el supuesto de que se extienda el ámbito territorial de cobertura, que es sólo el territorio español, no se aplica la cláusula de liberación de gastos y, en consecuencia, los gastos de defensa y fianzas civiles quedarán incluidos en la suma asegurada por siniestro.

<sup>828</sup> Así indica que es la práctica en el SRC: GUERRERO LEBRÓN, p.194.

<sup>829</sup> Este es el caso de la póliza de seguros contratada por una importante Corte arbitral española.

<sup>830</sup> Dice dicho precepto en su 2º inciso que: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza". En varias de las pólizas analizadas se reproduce prácticamente este precepto si bien en alguna se especifica que se trate de "conflicto entre el asegurado y el asegurador motivado por tener que sustentar éste en el siniestro intereses contrarios a la defensa del asegurado". Vid. El análisis de estos posibles conflictos de intereses: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 74, pp.1362 y ss.

<sup>831</sup> Así interpreta de forma estricta el precepto: ARQUILLO COLET, p.122 considerando que ha de tratarse de situaciones que afecten a la posición del asegurador y que desglosa en tres situaciones conflictivas por las que el asegurador deberá abstenerse de asumir la dirección jurídica y el asegurado puede optar entre mantener la dirección jurídica en manos del asegurador o confiar su defensa a otras personas: la vinculación comercial o administrativa entre el perjudicado y el asegurador; el encargo de la defensa jurídica a abogados en los que el asegurado no tiene confianza; y la alegación del asegurador en el pleito de la franquicia incluida en la póliza.

<sup>832</sup> Efectivamente la doctrina distingue entre los conflictos de intereses *stricto sensu* (los que contempla el art.74 LCS) y los conflictos *lato sensu*, esto es, aquellos casos en los que el asegurado discrepa con las decisiones que el asegurador pretende adoptar, por ejemplo, transigir, recurrir, etc. Vid. CALZADA CONDE, El Seguro de Responsabilidad Civil, pp.97-101. Se refiere también a los conflictos de intereses en sentido amplio: ARQUILLO COLET, pp.123-127 concretándolo en las hipótesis siguientes: falta de acuerdo en torno a la interposición de un posible recurso; falta de acuerdo en relación con la aceptación de la transacción con un tercero; falta de acuerdo en relación con un posible recurso o con la transacción o conformidad con

bilidades de existencia de conflictos de intereses son más alta por la confluencia de diversos seguros de responsabilidad civil en el ámbito arbitral.

Especiales problemas se presentan en relación con la defensa jurídica en el ámbito de los SRC contratados por una Administración aunque en relación con el seguro en el arbitraje nos movemos en el ámbito voluntario de contratación<sup>833</sup>. Por otra parte, el seguro de defensa jurídica como póliza independiente no suele concertarse por la Administración pues dispone de su propio cuerpo jurídico<sup>834</sup>. Por último, indicar que particularmente delicados pueden ser, en su caso, los conflictos de intereses derivados de la participación de una Administración como tomadora y que aparecen en la fase de tramitación del siniestro<sup>835</sup>.

## 5.2. La acción directa en el ámbito arbitral y en el seguro obligatorio

Tuvimos ocasión de comentar anteriormente acerca de los fundamentos posibles por los cuales, a nuestro juicio, se instaura una acción directa en el ámbito arbitral (art. 21.1 LA)<sup>836</sup>. El perjudicado ostenta frente a la institución arbitral una acción directa frente a ella. Al mismo tiempo y como consecuencia de la obligatoriedad de la contratación de un SRC, el perjudicado dispone una acción directa frente a la compañía de seguros por virtud del art.76 LCS. Por medio de la acción directa que se reconoce al perjudicado frente a la compañía de seguro, no resulta necesario demandar directamente al causante del daño, pero ha de tenerse en cuenta que la acción directa en el ámbito del seguro está circunscrita a los límites temporales, geográficos u objetivos de la póliza.

---

un fallo condenatorio; y conflictos derivados de los gastos de defensa jurídica cuando la defensa se confía a otra persona distinta del asegurador. Vid. También PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.213 y ss, refiriéndose a situaciones generadas por la actividad procesal realizada de forma independiente por las partes demandadas (asegurador y asegurado) tales como la admisión de hechos y confesión de certeza, y los actos de disposición (allanamiento, transacción, desistimiento y renuncia).

<sup>833</sup> Nuevamente destacó los problemas en este ámbito la famosa Resolución de la DGS de 26 junio 1996: "Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado se residencian en vía contencioso-administrativa y en esa sede jurisdiccional no resulta posible que la entidad aseguradora asuma la dirección jurídica de la Administración del Estado". Semejante consideración ha intentado ser salvada por la doctrina que ha analizado en detalle el SRC de las Administraciones públicas y que se han inclinado por una solución simple y es la que deriva del principio de libertad de pacto que se deriva claramente del art.74 LCS "Salvo pacto en contrario...". Atienden al principio dispositivo: HUERGO LORA, El seguro, p.71; y ARQUILLO COLET, p.118, aunque añade que no suele hacerse en las pólizas por ella analizadas y recomendando que en el pliego de contratación se tuviera en cuenta este hecho pues en principio la dirección jurídica de la Administración corresponde a sus propios abogados (id., pp.127-128).

<sup>834</sup> ARQUILLO COLET, nota 176.

<sup>835</sup> Da cuenta detallada de los mismos la doctrina, aunque en relación con el SRC obligatorio en el campo arbitral no tienen tanta importancia pues como ya sabemos las Entidades públicas no tienen obligación de contratar un SRC. Vid. ARQUILLO COLET, pp.128-130, defendiendo la tesis de la tramitación conjunta de los siniestros entre la aseguradora y la Administración como al efecto se está realizando en las reclamaciones médico-sanitarias.

<sup>836</sup> Vid. *supra* capítulo I, apartado V.

Del mismo modo y por virtud de la acción directa del art. 21.1 LA, el perjudicado puede demandar directamente a la institución administradora, quien como garante del sistema responde objetivamente, o al contrario puede demandar primero al árbitro y posteriormente a la institución arbitral, por ejemplo si resulta insolvente el árbitro. Sin embargo, resulta aconsejable, tal y como se ha indicado anteriormente, que el perjudicado demande a todos los posibles obligados al pago: los árbitros, la institución arbitral y la compañía aseguradora; en este último caso, podrían ser hasta tres las aseguradoras dependiendo de las situaciones.

En punto a las excepciones oponibles, el art.76 LCS establece que el asegurador no puede oponer frente al perjudicado las excepciones que le corresponden frente al asegurado. Se trata de la llamada acción directa perfecta, que deriva de la voluntad del legislador y que se erige como una excepción en el panorama de las acciones directas en el derecho español que siguen como regla general el esquema de las acciones directas imperfectas, y que permiten la oposición de excepciones con las únicas salvedades de las acciones personales cuya efectividad dependa de la voluntad del deudor y de las que deriven de hechos posteriores al ejercicio de la acción directa<sup>837</sup>.

La introducción de una acción directa junto con el seguro obligatorio, ambos extraños y excepcionales en el marco de las legislaciones arbitrales, obliga, sin embargo, a preguntarse si ello ha supuesto una variación respecto del estándar de responsabilidad de los árbitros bajo la Ley de Arbitraje, que como sabemos sólo responden por mala fe, temeridad o dolo. Cuestión que no se nos oculta resulta harto difícil en su comprensión, análisis y posible respuesta jurídica y que requiere descender a un examen más exhaustivo de los fundamentos y naturaleza jurídica de las instituciones involucradas.

Empezando por la acción directa, ésta en el marco del art. 21.1 LA traspasa las barreras de la responsabilidad entre el autor y su víctima para alcanzar también al “garante” del sistema, que de este modo asume también directamente el riesgo de insolvencia del árbitro<sup>838</sup>. Ofrece, como se deduce a simple vista, una alternativa procedimental al perjudicado en el arbitraje, aunque la acción directa debe considerarse algo más: se trata, al igual que la acción directa en el marco de la LCS, un derecho propio del perjudicado<sup>839</sup> de carácter indisponible para las partes incluso aunque una de ellas sea la Administración o aunque se trata de seguros de grandes riesgos.

---

<sup>837</sup> La distinción que deriva del derecho francés ha sido acogida por PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.78-79 y pp.89-93.

<sup>838</sup> Como lo hace también la aseguradora en el ámbito de la acción directa: GÓMEZ LIGÜERRE, p.108 expresando así la conexión con el principio de solidaridad.

<sup>839</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la acción directa como un derecho procesal pero también material, puede verse: OLIVENCIA, El seguro de responsabilidad civil, p.203. Posición que hoy en día es la mayoritariamente seguida: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, p.1298; y Artículo 76, pp.1399-1401; BAILLO, pp.34-40, considerando además que la acción directa no debe confundirse con la acción subrogatoria del art.1111 CC y, por lo tanto, no puede entenderse siquiera que sea una modalidad de ésta. Así: BAILLO, pp.37-39, quien por lo tanto sostiene, con acierto, que es un “derecho provisto de acción”. Y Díez-Picazo, Derecho de daños, p.201.

Se trata efectivamente según la mejor doctrina de un derecho indisponible, y por ello no puede ser excluido al tratarse de una normativa imperativa y de orden público y ello pese a la criticada Resolución DGS de 26 junio 1996 que consideró la incompatibilidad entre la acción directa del art.76 LCS y el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. De este modo la mencionada Resolución estimó que: “El régimen de la acción directa, obviamente en vía civil, no es compatible con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas contenido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>840</sup>.”

Que sea concebido como un derecho propio del perjudicado tiene su importancia en relación con las excepciones oponibles, pues de otro modo si sólo fuera configurado como un instituto procesal, la institución administradora podría oponer toda excepción relativa a los árbitros frente al perjudicado, lo que incluiría su dolo o mala fe, máxime cuando la exclusión del dolo o mala fe del asegurado es típica en las pólizas de responsabilidad civil profesional.

Sin embargo, por virtud de la acción directa esta exclusión no será oponible al perjudicado quien, en consecuencia, podrá reclamar frente a la compañía de seguros por virtud del art.76 LCS sin que la aseguradora pueda oponer la *exceptio doli* (ni siquiera en los seguros de grandes riesgos), sin perjuicio de su derecho de repetición<sup>841</sup>. Y, añadimos, la *exceptio doli* no será tampoco oponible frente a la institución de arbitraje

---

<sup>840</sup> Vid. Considerando el carácter imperativo de la acción directa: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1401-1402, ni siquiera podría excluirse en los grandes riesgos. Por su parte, así se considera también en el ámbito de los seguros concertados por la administración pública: José Manuel BUSTO LAGO, Ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración Pública. Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro. Directores: Domingo Bello Janeiro y Carlos Maluquer de Motes i Bernet. Xunta de Galicia, 2005, pp.72-73, quien así lo sostiene además en relación con la exclusión convencional de la acción directa en relación con los SRC concertados por las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario.

En el ámbito de los SRC concertados por las Administraciones públicas se ha mantenido también el carácter imperativo de la acción directa, además, sobre la base del art.145.1 Ley 30/1992 que establece que: “los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Así: MONTORO CHINER/HILL PRADOS, pp.83-85, aludiendo también a su carácter de orden público.

<sup>841</sup> Consideración mayoritaria en la doctrina, aunque se señala, al equiparar la culpa grave y el dolo que: “el derecho de repetición del art. 76 LCS, pese la dicción literal de texto, se puede ejercitar en los casos de culpa grave”: BADILLO, p.29.

Por otra parte, el derecho de repetición del art.76 LCS se ha considerado más amplio ya que se estima de forma unánime que “el derecho de repetición puede extenderse a otros casos en los que el asegurador haya pagado al tercero indebidamente conforme a lo pactado con el asegurado. Se ha afirmado, en este sentido, que si existen razones que excluyen contractualmente frente al asegurado la obligación del asegurador de indemnizar, pero no resultan oponibles al tercero, el asegurador que haya pagado a éste podrá repetir contra el asegurado, sin que sea razonable limitar el derecho de repetición al sólo supuesto de dolo del asegurado” (SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1339-1440 con ulteriores citas).

por mor del art. 21.1 LA. Si bien lo primero resulta claramente admitido en el ámbito del seguro<sup>842</sup>, lo segundo requiere una cierta explicación.

En nuestra opinión, no tendría sentido la acción directa frente a la institución administradora, si se pudiera oponer al perjudicado el dolo del árbitro, y no lo tendría porque la acción directa se consagra como un derecho propio del perjudicado. Si además a ello sumamos la expresa previsión de las acciones de resarcimiento de la institución frente a los árbitros, la respuesta no puede ser distinta a la que estamos manteniendo.

En consecuencia, el perjudicado podrá dirigir su acción contra la compañía de seguro y/o contra la institución administradora sobre la base de las acciones directas que ostenta frente a aquella en el art.76 LCS y frente a ésta en el art. 21.1 LCS. Ni la una ni la otra pueden oponer como excepción el dolo del asegurado.

En punto a las excepciones, no entramos en el detalle relativo al estudio de las que derivan del art.76 LCS, sino de forma somera únicamente indicar que es una cuestión sumamente compleja tanto por la deficiente regulación en la LCS, como por la interpretación de las mismas y su alcance que es dependiente de la concepción que se tenga en torno a la propia naturaleza jurídica del SRC, lo que puede verse matizado o encontrar, incluso, respuestas diferentes en el ámbito arbitral por dos razones: la primera porque confluye un seguro obligatorio y un seguro voluntario y, además, porque la Ley de Arbitraje se ha provisto de diversas acciones que se asemejan a las establecidas en el marco del SRC.

La doctrina mercantilista en relación con las excepciones y dependiendo de la posición que se adopte suele distinguir entre las excepciones y los hechos constitutivos del derecho del tercero perjudicado, que son la existencia de un contrato válido de seguro entre el asegurado y el asegurador y la producción de un hecho dañoso por el asegurado previsto en el contrato del que surja la obligación de indemnizar<sup>843</sup>. En el fondo la anterior división no impide que puedan catalogarse como excepciones si se sigue un criterio amplio en lugar de uno estricto. Dentro de éstas últimas se distingue, además, entre las basadas en la relación entre el tercero perjudicado y el asegurado y las personales entre el asegurador y el tercero perjudicado<sup>844</sup>.

---

<sup>842</sup> Vid. En la doctrina y jurisprudencia: GÓMEZ LIGÜERRE, pp.104-108, considerando además como argumento de aplicación al SRC en general el reconocimiento de la acción de repetición por parte de la compañía frente al asegurado incluso aunque el daño fuera causado por dolo en el ámbito del SRC obligatorio de automóvil.

No obstante lo anterior, existen otras tesis. Vid. Manuel CLAVERO TERNERO, *La Acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*. Madrid: Tecnos, 1995, p.22.

<sup>843</sup> Véase SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1421-1423; y CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil*, pp.141-142.

En general sobre los distintos criterios en punto a las excepciones con un especial enfoque en el seguro automovilístico: MORILLAS JARILLO, *El seguro*, pp.677-681.

<sup>844</sup> SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1429 y ss.

Efectivamente y en relación con las excepciones en sentido estricto el art.76 LCS abre una puerta limitada a las posibles excepciones que la compañía de seguros puede oponer frente al perjudicado: su culpa exclusiva y las personales contra él. Esta limitada apertura ha provocado que sean dos interpretaciones posibles las mantenidas en nuestra doctrina: la de entender que se instaura en el SRC un sistema de responsabilidad objetivo, por lo que la compañía únicamente puede oponer la culpa exclusiva de la víctima<sup>845</sup> pero no otras excepciones como las derivadas del caso fortuito o la fuerza mayor, frente a los que entienden que cabe ampliar el ámbito de excepciones que deriven de la naturaleza de la indemnización contraída por el asegurado<sup>846</sup>, sin olvidar que un sector de la doctrina amplía el campo de las excepciones oponibles cuando se trata de seguros voluntarios o facultativos, y consecuentemente se restringe en los seguros obligatorios<sup>847</sup>.

Dos son, a nuestro juicio, las cuestiones principales que se dan cita a la hora de abordar esta cuestión en el marco del art. 21.1 LA. La primera es que no se ha previsto una lista de excepciones que pudiera oponer la institución administradora frente al perjudicado como sí hace la LCS; y la segunda, que depende de la interpretación que se dé a la primera cuestión, es la relativa a la compatibilidad o coordinación entre la acción directa de la Ley de Arbitraje y las excepciones oponibles frente al perjudicado con la exigencia legal del seguro obligatorio y el régimen de la acción directa y las excepciones en la LCS.

En relación con la primera de las cuestiones enunciadas, el silencio del legislador puede entenderse de diversas maneras. Primeramente, se podría pensar que el legislador está acogiendo un régimen radicalmente objetivo, por lo que la institución administradora no puede oponer ningún tipo de excepción al perjudicado, sin perjuicio de la ulterior acción de resarcimiento frente a los árbitros. En segundo lugar, en el extremo contrario, al no existir excepciones, se podrían oponer al perjudicado todas

---

<sup>845</sup> Recientemente la STS 27 junio 2013 (La Ley nº8162, 3 octubre 2013) señala que las excepciones a que hace referencia el art.76 LCS están vinculadas a la conducta del asegurado y son ajenas a las estipulaciones delimitadoras de la cobertura establecidas en abstracto como es el caso de la que fija la suma asegurada en una determinada cobertura.

<sup>846</sup> En este sentido a favor de esta última: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, p.1431. Las dudas interpretativas son varias y derivan desde el mismo momento de su tramitación parlamentaria como relata: PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.133 y ss, a favor de una interpretación amplia y no literal (id., pp.181-182).

<sup>847</sup> Véase por ejemplo a favor de la máxima restricción de las excepciones en relación con los SRC obligatorios: CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, pp.134 y ss. Téngase en cuenta que además esta cuestión está muy mediatizada por el seguro obligatorio de automóvil donde la regulación es especial. En relación con la franquicia que se considera oponible al tercero cuando el seguro es voluntario pero no cuando es obligatorio: LARA, La oponibilidad a terceros, pp.416-423. Entiéndase como hace el autor (id., pp.418-419) que el mínimo legal establecido es el que debe respetarse por lo que no cabría establecer límites o franquicias oponibles a terceros por debajo de dicho mínimo bajo sanción de nulidad de pleno derecho (argumento ex art.1255 CC). La inspiración en la regulación del seguro obligatorio de vehículos automóviles es clara y así el art.6 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor establece que: “el asegurador no podrá oponer frente al perjudicado la existencia de franquicias”.

aquellas que tuviera la institución frente al perjudicado y frente al árbitro, incluida su falta de dolo. En tercer lugar, se podría pensar en aplicar la teoría general o principios generales del ordenamiento que resulten aplicables a toda acción directa reconocida en nuestro sistema jurídico, lo que nos llevaría a buscar su fundamento en la solidaridad<sup>848</sup> y a una asimilación con el régimen de la acción directa de la LCS<sup>849</sup>.

Esta última posición, al menos, llevaría a la posible invocación de la culpa exclusiva del perjudicado y de las acciones personales que pueda tener la institución frente al perjudicado y todas aquellas personales de los árbitros frente a éste, operando de este modo una transmisión de excepciones por virtud del art.1448 CC<sup>850</sup>. Se notará que en este caso una mayor o menor apertura a las excepciones oponibles dependerá de la interpretación que se siga respecto al art.76 LCS anteriormente enunciadas. Sea como fuere, sí que ha de precisarse que las excepciones personales tienen en el ámbito de la acción directa arbitral un mayor peso e importancia que en el ámbito asegurador puesto que en éste no suele existir relación alguna entre el perjudicado y la compañía por lo que las excepciones suelen relacionarse típicamente con la póliza y su cobertura<sup>851</sup>, mientras que en el caso del arbitraje el perjudicado será generalmente una de las partes en el arbitraje y tendrá una relación directa con los árbitros o la institución administradora.

Esta asimilación de las excepciones en el régimen de la acción directa arbitral y aseguradora, permite en coherencia responder a las segunda de las cuestiones planteadas. En la práctica serán las compañías de seguros involucradas las que resolverán entre sí las contingencias que puedan derivarse en un litigio en lo que se refiere a las excepciones oponibles. Por todo ello esta opción resulta preferible frente a las anteriores comentadas. Y es que a nuestro juicio la posible invocación de todo tipo de excepciones frente al perjudicado sin limitaciones sería tanto como dejar vacío de contenido el derecho del perjudicado<sup>852</sup>.

Instaurado el seguro obligatorio surge la cuestión de la relación y encaje entre la acción directa del art. 21.1 LA y la acción directa prevista en el art.76 LCS. Resulta de ello que el perjudicado podrá dirigirse directamente frente a la institución de arbitraje y/o

---

<sup>848</sup> Se busca, pues, en la solidaridad, puesto que la mayoría de la doctrina entiende que la excepcionalidad de la acción directa hace imposible su entronque en una categoría unitaria en el derecho siendo su fuente únicamente legal, pero no convencional (BAILLO, pp.31-32).

<sup>849</sup> Posición mayoritaria en nuestra doctrina, aunque existen algunas excepciones: véase: GÓMEZ LIGÜERRE, pp.108-112, con ulteriores referencias en punto a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

<sup>850</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, p.110.

<sup>851</sup> Entre las excepciones no oponibles por la compañía de seguros al perjudicado destacan todas aquellas basadas en incumplimientos del asegurado en relación con el contrato de seguro como las relativas a la defectuosa información al contratar la póliza u otras derivadas de la LCS (por ej., arts.17y 32 LCS). En algunas pólizas esta clase de incumplimientos se ubican como exclusiones de la póliza. También el asegurador podrá defenderse alegando todas aquellas relativas a la existencia o ámbito de la póliza, o negando la existencia de responsabilidad del asegurado. Un estudio detallado de las excepciones puede verse en PASQUAU LIAÑO, La acción directa, pp.133-210; y SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, pp.1431 y ss.

<sup>852</sup> Lo que ha sido advertido por la doctrina en el ámbito del seguro: BAILLO, p.32.

su aseguradora, y/o asimismo frente al árbitro y frente a su aseguradora reclamando la indemnización que corresponda. Estas acciones deben considerarse irrenunciables y aunque en teoría podrán ser accionadas por el perjudicado indistinta o conjuntamente, lo más conveniente desde el punto de vista de la economía procesal y de tutela de derechos es una demanda conjunta que permita en un mismo procedimiento ventilar todas las cuestiones relativas a la responsabilidad civil y, en su caso, el pago de la indemnización.

De otro modo, si sólo se demandara a la compañía de seguros sin dar legitimación activa al responsable se podría vulnerar el derecho de defensa, máxime cuando se requiere al menos en el marco del art.76 LCS la previa determinación de la responsabilidad del árbitro para declarar la obligación de indemnizar por parte del asegurador<sup>853</sup>. Ciertas dudas surgen, sin embargo, acerca de la licitud del pacto entre el asegurador y asegurado acerca de que si el perjudicado no acciona directamente contra la institución o la aseguradora, el árbitro, como asegurado, no podría llamarlo al proceso<sup>854</sup>.

Finalizado el proceso condenatorio, la víctima tendrá derecho a obtener la indemnización que corresponda de la aseguradora. El exceso de la indemnización que resulte cubierto por la póliza de responsabilidad civil podrá ser reclamado por el perjudicado directamente al responsable del daño que queda afecto con todos sus bienes presentes y futuros (art.1911 CC). No obstante ha de resaltarse que en la práctica nuestros tribunales condenan de forma solidaria al autor del daño y a la aseguradora como una forma de proteger a la víctima del daño<sup>855</sup>.

Ello quiere decir que el tercero perjudicado en el SRC podrá exigir la indemnización al asegurador y éste podrá repetir contra el asegurado. La razón por la cual se establece la acción directa del perjudicado frente al asegurado y el hecho de que éste no pueda oponer determinadas excepciones al perjudicado reside en la valoración que la LCS otorga al tercero; cuya protección resulta superior a la de las partes del contrato, de tal forma que el principio de relatividad contractual se supera en aras de proteger al tercero<sup>856</sup>.

---

<sup>853</sup> De hecho la doctrina se ha inclinado por considerar conveniente una demanda conjunta: BAILLO, pp.134-136, considerando la obligatoriedad del litisconsorcio pasivo necesario. El problema se da también en otros SRC como el de D&O, véase al respecto: IRIBARREN, pp.247-250, considerando sin embargo que el derecho de defensa no es suficiente para exigir al acreedor la obligación de demandar a todos los deudores solidarios, ya que la LEC ofrece mecanismos suficientes para la participación de terceros en el procedimiento arbitral (arts.13 y 150). En este sentido, examinando en detalle la posibilidad de una intervención posterior contra el asegurador o el asegurado: PASQUAU LIAÑO, pp. 253 y ss.

<sup>854</sup> Consideradas nulas, entre otros, por IRIBARREN, pp.245-246.

<sup>855</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, pp.10-11, aunque detallando los numerosos problemas que surgen de esta práctica de nuestros tribunales. Así particularmente el autor considera (id., pp.88-89) que: "La confusión entre la garantía que presta el seguro y la que procede de la solidaridad ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a admitir, casi de forma generalizada, la condena solidaria de causante y aseguradora cuando el primero ha causado un daño. La solidaridad impuesta por un juez o tribunal ha sustituido a la acción directa prevista en la regulación del seguro; y lo ha hecho a un coste mayor pues pone en funcionamiento –sin necesidad- el mecanismo judicial"; ello conlleva, a su vez, un aumento de las primas.

<sup>856</sup> Vid. *Supra* capítulo I, apartado V.

### 5.3. La acción de resarcimiento en el ámbito arbitral y las acciones de repetición y subrogatoria en el seguro

Resultaría pretencioso en este trabajo analizar en detalle las diversas acciones indicadas en el título de este epígrafe y que han sido tratadas de forma sobresaliente por la doctrina, la cual por cierto llega a conclusiones diversas en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, lo que ciertamente complica el panorama de afrontar su análisis y estudio. Se trata someramente de enunciar los caracteres más destacados de estas acciones en el bien entendido que en el marco de la LCS no presentan particularidades propias en relación con el seguro arbitral. La única particularidad, como ya sabemos, y que se inserta en la propia LA es la relativa a la existencia de una acción directa del perjudicado frente a la institución administradora derivada del art. 21.1 LA y a su vez la de resarcimiento.

Las diversas acciones establecidas en la LA y LCS tienen su propia fisonomía otorgando a los titulares alternativas diferentes para accionar frente a los árbitros o, en su caso, las instituciones administradoras; al mismo tiempo y por virtud de la suscripción voluntaria u obligatoria del seguro, según los casos, se podrá accionar frente a una o varias compañías de seguro.

Con independencia de las diferencias en torno a la naturaleza jurídica que revisten las diferentes acciones, lo cierto es que desde un punto de vista meramente práctico todas comparten en común un último fin basado en un sustrato económico. A la postre, ya sea la institución administradora o la compañía de seguro buscan salir indemnes de los pagos efectuados ya se trate del pago efectuado por el centro arbitral por virtud de la acción directa que el perjudicado ostenta frente a ella (art. 21.1 LA), el derecho de subrogación del asegurador (art.43 LCS)<sup>857</sup> que buscar recobrar lo pagado, y lo mismo sucede con el derecho de repetición (art.76 LCS)<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup> El art.43 LCS establece que: "El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés".

Por su parte, el art.592-18 (Subrogación del asegurador) del Proyecto de Código Mercantil (2013) indica que: "1. El asegurador, una vez pagada la indemnización, se subrogará en los derechos y acciones del asegurado que, por razón del siniestro, le correspondieran frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. 2. El asegurado será responsable frente al asegurador de los perjuicios que pueda causar al derecho de subrogación. 3. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado de acuerdo con la ley, salvo que existiera culpa grave de esas personas".

<sup>858</sup> Un análisis de estas y otras acciones bajo la LCS: Anxo TATO PLAZA, La subrogación del asegurador en la Ley del contrato de seguro. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, pp.69-83, resultando muy discutida la

El artículo 21.1 LA además de haber consagrado la acción directa frente a la institución administradora establece una *acción de resarcimiento* del centro arbitral frente a los árbitros. Tal y como vimos, el fundamento de la acción directa en el ámbito arbitral se entronca y relaciona con la acción directa en el ámbito del seguro ya que ambos hunden su fundamentación en el principio de la solidaridad. Del mismo modo la acción de resarcimiento del art. 21.1 LA encuentra también cierto paralelismo en la LCS y específicamente en las diversas “acciones de reintegro” que ostenta la compañía de seguros, y que reciben explicación por virtud del principio del enriquecimiento injusto que sería el rasgo común que compartirían todas ellas, aunque puedan existir otros fundamentos<sup>859</sup>.

En la acción de resarcimiento del art. 21.1 LA, sin embargo, el pago que, en su caso, efectúe la institución administradora no se entronca con el cumplimiento del contrato de seguro sino con una obligación legal derivada de la Ley de Arbitraje. No se trata a nuestro juicio de una mera acción de reintegro o reembolso de lo pagado<sup>860</sup>, sino que se configura como una acción dirigida a resarcirse frente a la parte del daño indemnizado que corresponda a los árbitros. Es decir, si por virtud de la acción directa del art. 21.1 LA, la institución administradora paga el total de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado, resultando que su responsabilidad alcanza únicamente al 10%, aquella podrá ejercitar una acción de resarcimiento del daño patrimonial sufrido frente a los árbitros, esto es, en relación con el 90% pagado que no es imputable a ella<sup>861</sup>. Por ello, se deberá detraer del importe de la acción de resarcimiento la parte imputable a la institución administradora, ya que de lo contrario estaríamos ante un enriquecimiento injusto.

---

naturaleza jurídica de la subrogación entre la doctrina. No sin razón el profesor GÓMEZ CALERO, citado por el anterior, que ha tratado todas las acciones bajo la LCS las aglutina bajo el título de “derechos de reintegro del asegurador”. Existe, además, coincidencia en resaltar esta finalidad económica bajo la LCS: SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, p.1438; y María Nérida TUR FAUNDEZ, *El Derecho de Reembolso*. Valencia: Editorial General de Derecho, S.L, 1996, pp.179 y ss.

Nótese que en el proyectado Código Mercantil (2013) desaparece el derecho de repetición en la regulación de la acción directa del SRC. Vid. art.592-47 (Acción directa).

<sup>859</sup> TUR FAUNDEZ, pp.187-188.

<sup>860</sup> Por ejemplo en el ámbito del seguro, véase art.68 LCS: “Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro” en relación con el seguro de caución. La doctrina especializada se ha encargado de indicar que no se trata de una acción de reembolso del art.43 LCS: TIRADO SUÁREZ, Artículo 68, pp.1209-1210.

RIVERO, pp.4249-4250 considera que se trata de recuperar por la entidad lo pagado por ella, siendo semejante a la acción de regreso del art.1904.1º CC.

MARTÍNEZ ESPÍN, p.428, por su parte, entiende que el fundamento de la acción directa se encuentra en el art.1596 CC y que las consecuencias en relación con el resarcimiento son similares a las obligaciones solidarias.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, p.385, se refiere a la acción de resarcimiento como un derecho de repetición.

<sup>861</sup> Coincide en este resultado aunque considera que se trata de una repetición: MARTÍNEZ ESCRIBANO, p.385.

A diferencia de la acción subrogatoria del art.43 LCS, la acción de resarcimiento bajo el art. 21.1 LA no implica conceder a la institución arbitral la posibilidad de subrogarse en los derechos y acciones que correspondan a los árbitros frente a los perjudicados, ni tampoco oponer las excepciones derivadas de las relaciones que pudieran existir entre aquellos. Asimismo, la acción de resarcimiento no está limitada al importe de la indemnización pagada al perjudicado (*hasta el límite de la indemnización*, establece el art.43 LCS), sino que su cuantía se extiende a todas aquellas otras cuantías desembolsadas por la institución arbitral, por ejemplo, los gastos de defensa con ocasión de la acción interpuesta por el perjudicado frente al centro arbitral por virtud de la acción directa. Y es que en la propia idea del resarcimiento que se enlaza claramente con el derecho de daños está precisamente la del cumplimiento del principio de plena indemnización.

Tampoco podemos asimilar la acción de resarcimiento (art. 21.1 LA) con el derecho de repetición del art.76 LCS. Efectivamente, en el ámbito del SRC, el art.76 junto con la acción directa establece un derecho de repetición del asegurador contra el asegurado en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a su conducta dolosa. Se trata de un derecho propio del asegurador a nivel legal, que requiere como requisito previo que el asegurador haya pagado la indemnización y que hunde sus raíces en el derecho de repetición de la deuda solidaria (solidaridad pasiva) del art.1137 CC y 1145 CC<sup>862</sup>. Este derecho de repetición encuentra su base en la acción directa y de ahí que sea un derecho autónomo que ostenta el asegurador frente al asegurado.

Confrontados estos preceptos de la LA y de la LCS se puede indicar que se trata de dos acciones distintas. En el ámbito arbitral, se trata de una acción dirigida a resarcirse por los daños patrimoniales que haya sufrido el centro arbitral, esto es, por el pago efectuado a un tercero y en su caso otros desembolsos efectuados, mientras que la acción de repetición del art.76 LCS trata de que el asegurador se sitúe en la posición del asegurado frente a terceras personas responsables directas del daño causado. Por cierto que tampoco se ha de confundir este derecho de repetición (art.76 LCS) con la acción subrogatoria del art.43 LCS, ya que en el primer caso se trata de una acción nueva, autónoma y originaria por lo que no cabe que el asegurado oponga a la aseguradora las excepciones de carácter personal que tuviese frente a la víctima o perjudicado, mientras que en la subrogatoria se ejercita la misma acción que tenía el asegurado y por ello puede oponer frente al asegurador las mismas excepciones que podría haber opuesto frente al asegurado<sup>863</sup>. Ahora bien debe señalarse como un autorizado sector doctrinal aunque diferencia la acción subrogatoria del art.43 LCS del derecho de repetición del art.76 LCS, sobre todo en punto a las excepciones, sin

---

<sup>862</sup> No obstante se ha querido entroncar también con el art.1904 CC. Vid. MORILLAS JARILLO, El seguro, p.626 si bien en relación con el derecho de repetición del seguro obligatorio de automóvil.

<sup>863</sup> Se asimilan en ocasiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Vid. TATO, pp.72-77, espec., p.75, estableciendo acertadamente las diferencias como se ha expuesto en el texto. En punto a las excepciones, id., pp.256 y ss.

embargo hace derivar este último derecho del contrato de seguro, lo que conlleva importantes consecuencias prácticas<sup>864</sup>.

Por su parte el art.43 LCS se refiere a una acción subrogatoria al establecer que el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo hasta el límite de la indemnización.

La doctrina, sin embargo, discute en torno a la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria<sup>865</sup>, esto es, básicamente si se trata o no de un derecho propio o autónomo. Para un sector doctrinal, el asegurador ejercita los derechos que corresponden al asegurado; se trataría de una subrogación legal sobre la base del art.1203.3 CC, de ahí que resulte relativamente sencillo distinguir el derecho de subrogación del de repetición ya que este último es un derecho propio del asegurador que se fundamenta en la propia LCS<sup>866</sup>. Otro sector de la doctrina, sin embargo, ha entendido que el derecho de subrogación no es un supuesto de legitimación extraordinaria del asegurador para la actuación o ejercicio de un derecho ajeno (art.1111 CC), sino que implica una “sustitución del asegurado frente al asegurador en la titularidad sustancial del derecho de crédito frente al tercero responsable”<sup>867</sup>. Por ello, el asegurador no paga una deuda

---

<sup>864</sup> Por ejemplo en relación con la prescripción y el art.23 LCS. Así se señala que en el caso del derecho de repetición del art.76 LCS el plazo será de dos años (art.23 LCS) (SÁNCHEZ CALERO, Artículo 76, p.1439; y CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, pp.152-153).

Sin embargo, nótese la diferencia de tratamiento con la acción directa. Al mantenerse la autonomía total de la acción directa esa misma doctrina considera en relación con el art.23 LCS que resulta inaplicable a la acción directa por razón de su autonomía material y carácter de derecho propio de los terceros, de tal forma que la acción directa (76 LCS) del tercero contra el asegurador o la acción contra el asegurado se regirán conforme a las reglas generales: si es contractual (1964 CC) y si es extracontractual (1968 CC). Vid. SÁNCHEZ CALERO, Artículo 73, pp.1325-1328; y Artículo 76, p.1403; de acuerdo también: CALZADA CONDE, El seguro de responsabilidad civil, p.124.

<sup>865</sup> Esto implica consecuencias diversas por ejemplo en punto a la prescripción. Así para los que mantienen que deriva del contrato de seguro se aplicará el régimen del art.23 LCS (así es la postura del Prof. TATO, pp.269 y ss, aunque no se aplica dicho art.23 LCS a la acción del asegurador frente al tercero responsable). Vid. También en relación con dicho precepto: L. Fernando REGLERO CAMPOS, Lección 7ª. La prescripción de la acción de reclamación de daños. En Lecciones de Responsabilidad Civil. Coordinadores: José Manuel Busto Lago y L.Fernando Reglero Campos. Thomson/Aranzadi, 2013, 2ª ed., p.192.

<sup>866</sup> Tesis tradicional en la jurisprudencia como apunta TATO, p.69, donde el art.43 LCS se considera como una modalidad de subrogación por pago de la deuda ajena. vid. Por ejemplo: Fernando SÁNCHEZ CALERO, Artículo 43. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005, pp.768-769, negando que estemos ante una cesión de crédito; MORILLAS JARILLO, El seguro, pp.632-634 a favor de la tesis de la subrogación legal por virtud del art.1203 CC. En virtud de lo anterior, y ahondando en las diferencias con el derecho de repetición, como se ha señalado, las distinciones desde el punto de vista del derecho de obligaciones son claras: en la subrogación (art.43 LCS) la antigüedad del crédito será la originaria y se transfieren los derechos y privilegios inherentes al mismo (art.1212 CC), mientras que en la repetición (art.76 LCS) tendrá un crédito nacido en la fecha de pago y no se efectuará dicha transferencia (Vid. ARQUILLO COLET, p.189).

<sup>867</sup> Ambas conclusiones en TATO, pp.61-62.

ajena, sino que cumple con una obligación propia y autónoma que deriva del contrato de seguro<sup>868</sup>.

Las pólizas analizadas de responsabilidad civil contratadas por los centros arbitrales recogen el derecho de subrogación en términos muy similares a los legales, añadiendo también en algunos casos el derecho de repetición<sup>869</sup>. A efectos prácticos, una vez

---

<sup>868</sup> Id., p.65. Y con mayores detalles, pp.87 y ss.

<sup>869</sup> Por ejemplo, la póliza de un centro arbitral se refiere a las acciones de recobro:

“Nosotros una vez satisfecha la indemnización podremos ejercitar los derechos y acciones que, por razón del siniestro o pérdida, correspondieran a usted frente a las personas responsables, hasta el límite de la indemnización.

Nosotros no podremos ejercitar los derechos en que nos hayamos subrogado contra Usted.

Usted responderá ante nosotros de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causarnos en nuestro derecho de subrogación.

En caso de concurrencia del Asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.

Nosotros no podremos repetir contra usted por el importe de las indemnizaciones que hayamos debido satisfacer como consecuencia del ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus derechohabientes cuando el daño o perjuicio causado a tercero sea debido a conducta dolosa de usted.

Nosotros podremos igualmente reclamar los daños y perjuicios que nos hubiere causado usted en los casos y situaciones previstos en la póliza, y/o exigirle el reintegro de las indemnizaciones que hubiere tenido que satisfacer a terceros perjudicados por siniestros o reclamaciones no amparadas por el seguro”.

En la póliza de segunda capa de la misma institución arbitral se indica:

“Acciones subrogatorias. El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran a los asegurados y/o la compañía frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite agregado de indemnización.

Los asegurados y/o la compañía deberán realizar todo lo necesario para preservar dichos derechos y acciones, debiendo otorgar cuantos documentos sean necesarios para que el asegurador pueda efectivamente formular en nombre de la compañía y/o de los asegurados las acciones correspondientes. Los asegurados y/o la compañía serán responsables de los perjuicios que, con sus actos y omisiones, puedan causar al asegurador en su derecho a subrogarse”.

En la póliza de otra importante corte arbitral se señala que:

“Subrogación. El asegurador, una vez pagada la indemnización como consecuencia de una RECLAMACIÓN cubierta bajo esta póliza, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón de la misma correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

Repetición del asegurador contra el asegurado. El asegurador podrá repetir contra el asegurado por el importe de las indemnizaciones que haya debido satisfacer como consecuencia del ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus derechohabientes cuando el daño o perjuicio causado a tercero sea debido a conducta dolosa del asegurado.

Reclamación de daños y perjuicios al asegurado o al tomador del seguro. El asegurador podrá igualmente reclamar los daños y perjuicios que le hubiere causado el asegurado o el tomador del seguro en los casos y situaciones previstos en la póliza y/o exigirle el reintegro de las indemnizaciones que hubiera tenido que satisfacer a terceros perjudicados por siniestros no amparados por el seguro”.

Para finalizar, en otras de las pólizas contratadas por otra institución arbitral se indica, de forma similar a la póliza de responsabilidad civil de abogados de MAPFRE que:

“Derecho de subrogación: el asegurador, una vez satisfecha la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo y hasta el límite de la indemnización. Este derecho de subrogación no podrá ser ejercitado contra el asegurado ni contra las personas cuyos actos u omisiones den origen a su responsabilidad, ni

pagada la indemnización al perjudicado, la compañía de seguros podrá subrogarse en los derechos y acciones que por razón del siniestro corresponden a los árbitros o a los centros arbitrales hasta el límite de la indemnización. Lógicamente no se podrán ejercitar los derechos en perjuicio del asegurado, como dispone el art.43 2º párrafo LCS, lo que implica que sí se podrán ejercitar dichos derechos y acciones frente a terceros responsables o corresponsables, ya sea que su responsabilidad es contractual o extracontractual, por hechos propios o ajenos, quedando lógicamente excluido de la subrogación el asegurador del tercero responsable, salvo si existe acción directa (art.76 LCS)<sup>870</sup>.

La posible concurrencia de pólizas de seguro es más que evidente sin que podamos abordar la multiplicidad de hipótesis de corresponsabilidad que podrían darse en la práctica y a las que se aplicarían las reglas generales que derivan de la Ley del Contrato de Seguro.

Como puede fácilmente deducirse la acción de resarcimiento del art. 21.1 LA no implica sustitución del árbitro por la institución administradora, sino un derecho propio concedido *ex lege* al centro arbitral; por ello no hay sustitución o cambio en la titularidad del derecho, lo que sí sucede bajo el art.43 LCS.

Establecidas las diferencias, la misma conclusión deriva de su comparación con la acción de repetición del art.1904 CC, ya que si bien pudiera parecer que la acción de resarcimiento del art. 21.1 LA recuerda a la establecida en el art.1904 CC en su primer apartado puesto que en ambos casos quien no es responsable directo se ve obligado al pago por disposición legal: *El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho*, deben diferenciarse, pues no existe relación de dependencia entre la institución administradora y los árbitros; relación de dependencia que es sobre la que gira el art.1904 CC en conexión con el art.1903.4 CC. En este sentido, el art. 21.1 LA no puede decirse que consagre una responsabilidad vicaria u objetiva de la institución administradora fundada en la responsabilidad por riesgo, o basada en responsabilidad por culpa presunta, esto es, la culpa *in vigilando* o *in eligendo*<sup>871</sup>. No se dice en el art. 21.1 LA que la institución administradora

---

contra aquellos que sean, respecto al asegurado, parientes en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo, que convivan con el asegurado o dependan económicamente del mismo. Lo previsto en el párrafo anterior no será aplicable si la responsabilidad cubierta por un contrato de seguro y hasta el límite de la cobertura de dicha póliza".

Similar redacción en la Póliza del ICAM.

<sup>870</sup> TATO, p.77, y pp.119 y ss, quien destaca que es unánimemente admitido en la jurisprudencia el ejercicio de la acción directa frente al asegurador del responsable por parte del asegurador del perjudicado por el siniestro. Igualmente destacar, como señala el autor, que queda también excluida la subrogación cuando el tercero responsable sea una persona de cuyos actos haya de responder el asegurado y cuando el tercero responsable del siniestro guarda cierto grado de parentesco con el asegurado.

<sup>871</sup> Como se sabe se trata de los dos fundamentos sobre los que se erigen las dos grandes teorías que en nuestra doctrina tratan de explicar la responsabilidad extracontractual del empresario por los hechos de sus dependientes y que en ocasiones aparecen mezcladas en la jurisprudencia. Vid. Recientemente exponiendo

responda por o en lugar de los árbitros, como sí hace en cambio señaladamente el art.1903 CC en sus diferentes escenarios.

Nada de eso sucede a nuestro juicio en el ámbito arbitral, pues como hemos indicado no existe una relación de dependencia jerárquica o vertical entre el centro arbitral y los árbitros. Se trata de reconocer al perjudicado una acción directa *ex lege* frente a la institución administradora con independencia de la culpa de ésta y sin que se trate de recoger en el art. 21.1 LA un caso de culpa presunta de la institución administradora.

En el campo del arbitraje, podría suceder que esta acción de subrogación pueda ejercitarse por la aseguradora que haya pagado la totalidad de la deuda de responsabilidad por uno de los árbitros pudiendo dirigirse contra los otros dos, o que hubiera pagado por la institución administradora siendo responsable uno de los árbitros. Lógicamente no podrá dirigirse la acción contra los asegurados en la misma compañía, pero sí en cambio contra aquellos no asegurados con ella.

---

las diferentes posiciones: Josep SOLÉ i FELIU, La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias. Barcelona: Reus, 2012, pp.11 y ss, que explica como el modelo actual imperante a nivel comparado y europeo es el de la responsabilidad objetiva que es el que debería imperar en nuestro sistema, a juicio del autor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHMAD IDID, Syed. Ad hoc Arbitration versus Institutional Arbitration. *The Law Review*, 2006, pp.245-262.
- ALBALADEJO, Manuel. El sedicente arbitraje de personas jurídicas. *Actualidad Civil*, nº7, semana 12-18 febrero 1990, pp.93-99.
- ALMAGRO NOSETE, José. La responsabilidad civil de las profesiones jurídicas. Coordinador: Xavier O'Callaghan Muñoz. Madrid: La Ley, 2010, pp.34-45.
- ALONSO PUIG, José María. Artículo 17. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
  - El arbitraje institucional (artículo 14). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp.688 y ss.
  - El deber de revelación del árbitro. En *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Director: Carlos Alberto Soto Coaguila; coordinadora: Katty Mendoza Murgado. Instituto Peruano de Arbitraje/Magna, 2008, pp.323-332.
- ALONSO SOTO, Ricardo. *El seguro de la culpa*. Madrid: Montecorvo, 1977.
- ANDRÉS CIURANA, Baldomero. Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional). *Actualidad Civil*, 15-21 enero 2001, nº3, pp.81-116.
  - La aceptación del arbitraje y la designación de los árbitros por las instituciones arbitrales. *Actualidad Civil*, 26 febrero-4 marzo 2001, nº9, pp.320-322.
- ARIAS, David. Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. David Arias (coordinador). Thomson-Aranzadi, 2005.
- ARMAS OMEDES, Francisco. La condición de jurista del árbitro en Derecho. *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.173 y ss.
- ARNAU MOYA, Federico. El contrato de seguro y los daños causados dolosamente. ¿El fin de la polémica?. *RES*, 2006, nº12-124, pp.72 y ss.

- ARQUILLO COLET, Begoña. Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Barcelona: Atelier, 2008.
- ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup> Luisa. La responsabilidad civil del juez. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Artículo 14. Nombramiento de los árbitros. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. David Arias (coordinador). Thomson-Aranzadi, 2005.
- BADILLO ARIAS, José A. El dolo y la culpa en el contrato de seguro. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, enero-marzo 2010, n<sup>o</sup>33, pp.16 y ss.
- BAILLO Y MORALES-ARCE, Jaime. La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2000.
- BAKER, C. Mark/OLIVARES, Efrén C. *Ad hoc* International Arbitrations- The Way of the Future?. Liber Amicorum Abascal Part I. World Arbitration & Mediation Review, 2012, vol.6, n<sup>o</sup>1, pp.35-50.
- BARONA VILAR, Silvia. Artículo 24. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2<sup>a</sup> ed.
- BELLIDO, Rafael/CUCARELLA, Luis Andrés. Capítulo 2<sup>o</sup>. En Manuel ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- BINDER, Peter. International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions. Sweet & Maxwell, 2010, 3<sup>rd</sup> edition.
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. La determinación del derecho aplicable al contrato internacional de seguro. RES, 1997, n<sup>o</sup>90, pp.15-58.
- BRANSON, David J/WALLACE, Richard E. Immunity of Arbitrators under United States Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.85-96.
- BRISTOW, David I/PARKE, Jesmond. The gathering storm of mediator & arbitrator liability. **Dispute Resolution Journal**, Aug-Oct 2000, vol.55, n<sup>o</sup>3, pp.14-23.
- BROSETA PONT/Fernando MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, 2011, 18<sup>a</sup> ed.
- BUSNELLI, Francesco D. La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile. En Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011.
- BUSTO LAGO, José Manuel. Ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración Pública. Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro. Directores: Domingo Bello Janeiro y Carlos Maluquer de Motes i Bernet. Xunta de Galicia, 2005, pp.72 y ss.

- CAIVANO, Roque. Arbitraje. Ad hoc: Buenos Aires, 2008.
- CALVO GOLLER, Karin. The 2012 ICC Rules of Arbitration –An Accelerated Procedure and Substantial Changes. *Journal of International Arbitration*, 2012, vol.29, nº3, pp.323-344.
- CALZADA CONDE, María Ángeles. *El Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil*. Madrid: Montecorvo, 1983.
  - El Seguro de Responsabilidad Civil. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2005.
- CAMPINS VARGAS, Aurora. Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Altos Cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro. *RDM*, 2003, nº249, pp.984 y ss.
- CAÑIZARES RUBINI, Francisco/PAVELEK ZAMORA, Eduardo. La responsabilidad civil patronal y su aseguramiento. En *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp.241-318.
- CASTELLANOS, Álvaro/P ROHRMOSER, Elena. Capítulo XIV. Guatemala. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. La responsabilidad civil de los servicios de la sociedad de la información en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación. En *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000, pp.126 y ss.
- CLAVERO TERNERO, Manuel. *La Acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*. Madrid: Tecnos, 1995.
- CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.
- Club Español del Arbitraje. Informe sobre el Arbitraje Societario en España, incluyendo convenio arbitral tipo y artículo modelo para el reglamento de cortes arbitrales, elaborado por la Comisión para el estudio del arbitraje societario (22 febrero 2013). Disponible en: [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea\\_Arbitraje\\_Societario.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea_Arbitraje_Societario.pdf).
- COLINA GAREA, Rafael. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*. Madrid: Difusión Jurídica, 2009.
- COULSON, Robert. American Arbitration Association and Immunity of Arbitrators. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators*. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.97-103.-CREMADES, Bernardo. El arbitraje en el siglo XXI. *Diario La Ley*, 1990, tomo 4, p.1184.

- La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1990, pp.9-23.
- Immunity of Arbitrators under Spanish Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.71-79.
- Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties. En Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel. Carl Heymanns, 2001, pp.149 y ss.
- DE ALFONSO, Jesús. El mercado de las instituciones arbitrales en España: una estructura necesitada de reforma. Arbitraje, 2013, vol.VI, nº1, pp.15-26.
- DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. Consideraciones sobre la reforma de la Ley de Arbitraje. Spain Arbitration Review, 2010, nº8, pp.176 y ss.
- El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria. Civitas/Thomson-Reuters, 2010.
- DE LA MORENA, Gregorio y Ana. El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 2013, nº18, pp.366 y ss.
- DE TRAZGENIES, Fernando. Responsabilidad de los árbitros. En Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Vol.18 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Director Jorge Luis Collante González. Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp.928 y ss.
- DERAINS, Yves/SCHWARTZ, Eric A. A Guide to the New ICC Rules of Arbitration. Kluwer Law International, 1998.
- DELVOLVÉ, Jean-Louis. Immunity of Arbitrators under French Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.29-38.
- DÍAZ-BASTIEN, Ernesto. Responsabilidad de las instituciones arbitrales. En Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Vol.18 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Director Jorge Luis Collante González. Palestra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp.924 y ss.
- DÍAZ-CANDIA, Hernando. El rol jurisdiccional de los árbitros y su constructiva evolución: deberes y responsabilidades. Spain Arbitration Review, 2013, nº16, pp.79-105.
- DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio. La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- DÍAZ-PITA, María del Mar. El dolo eventual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.

- DI MAJO, Adolfo. La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente. En Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011.
- EJEQUIER, Eduardo. Capítulo VII. Chile. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ESCOLÀ BESORA, María Elisa. Artículo 21. En Ricardo Yáñez Velasco, Comentario a la nueva Ley de arbitraje. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos. El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional. Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997, pp.18 y ss.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería). Madrid: La Ley, 1995, pp.43-48.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José. El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O). Colección: Derecho de Seguros y Responsabilidad Civil. Granada: Comares y Davies Arnold Coopers, 1998.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
  - Ofertas de consentimiento estatal y arbitraje de inversiones. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2010, nº2, pp.411-432.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Motivación del laudo arbitral en equidad (sentencia del TSJ Galicia CP 1ª nº18/2012, de 2 de mayo). Arbitraje, 2013, nº2, vol.6, pp. 469-477.
  - Clearer Ethics Guidelines & Comparative Standards for Arbitrators. En Liber Amicorum Bernardo Cremades. Editores: Miguel Ángel Fernández-Ballester/David Arias. Madrid: La Ley, 2010, pp.413-449.
- FONT RIBAS, Antoni. Génesis y evolución del principio de solidaridad (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio. En Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Madrid: Civitas, 1995, vol. III, pp.3243-3296.
- FRANCK, Susan D. The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity. New York Law School Journal of International and Comparative Law, 2000, nº20, pp.10 y ss.
- FRANZONI, Massimo. L'Antigiuridicità del comportamento. En Pietro SIRENA (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011.

- FUENTES CAMACHO, Víctor. Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I. RES, 2009, nº140, pp.617-634.
- GAILLARD, Emmanuel /SAVAGE, John. Part 3, Chapter II (Status of the Arbitrators), in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer, 1999.
- GARCÍA PÉREZ, Marta. Arbitraje y Derecho Administrativo. Thomson-Aranzadi, 2011.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables. Granada: Comares, 2008.
- GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid, 1973.
- GARRO, Alejandro. The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America. The American Review of International Arbitration, July 1990, vol.1, nº2, pp.226 y ss.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo. El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado. Granada: Comares, 2005.
- GISBERT ZAMORA, Marta. El arbitraje institucional en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Derecho de los Negocios, septiembre 2004, nº168, pp.5-19.
- GÓMEZ JENE, Miguel. Principio de colegialidad. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2012 (1), pp.257-264.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos. Solidaridad impropia y Seguro de Responsabilidad Civil. Instituto de Ciencias del Seguro. Fundación Mapfre, 2010.
- GÓMEZ POMAR, Fernando/ARQUILLO COLET, Begoña. Daños dolosos y seguro. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.2083-2107.
- GÓMEZ RODAS, Carlos/GÓMEZ FONSECA, Francisco. Capítulo IX. Costa Rica. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Artículo 21. En Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Thomson-Aranzadi, 2004.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa: México, 2011.
- GONZÁLEZ MALABIA, Sergio. Artículo 13. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
- Citados también: Artículos 14 y 16.

- GONZÁLEZ SORIA, Julio. Artículo 14. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
- Citado también: Artículo 21.
- GRIGERA, Horacio. Immunity of Arbitrators under Argentine Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.5-12.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos. Madrid: La Ley, 2004.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente. El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia. Valencia: Tirant lo blanch, 1994.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Nuevos retos en la configuración jurídica de los métodos extrajudiciales en el ámbito de consumo. En Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar. Marta Gonzalo Quiroga (Directora/Editora). Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, pp.179-203.
- GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTAZAR, Elena. La reforma de la Ley de Arbitraje: Luces y sombras. El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto 2011, nº38, pp.29 y ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier. Delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil de auditores y "cláusulas claims made". El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas. La Ley, 23 marzo 2006, nº6447 (D-77).
- HARGAIN, Daniel/MIHALI, Gabriel. Capítulo XXII. Uruguay. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- HARRIS, Bruce/PLANTEROSE, Rowan/TECKS, Jonathan. The Arbitration Act 1996. A commentary. Blackwell Science, 2000, 2ª ed.
- HAUG, Björn. Immunity of Arbitrators under Norwegian Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.65-69.
- HAUSMANINGER, Christian. Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform. Journal of International Arbitration, 1990, vol.7, nº4, pp.7-48.
- HENRY, Marc. Le devoir d'indépendance de l'arbitre. Paris: LGDJ, 2001.
- HILL PRADOS, María Concepción. Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

- HJERNER, Lars. Immunity of Arbitrators under Swedish Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), *The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP)*, 1990, pp.81-84.
- HOFBAUER, Simone/BURKART, Michael/BANDER, Lara/TARI, Methap. Survey on Scrutiny of Arbitral Institutions. En *Arbitral Institutions Under Scrutiny: ASA Special Series No. 40*, JurisNet, LLC, 2013, pp.1-36.
- HUERGO LORA, Alejandro. *El Seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002.
  - La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.
- HULEATT-JAMES, Mark/GOULD, Nicholas. *International Commercial Arbitration. A Handbook*. London/Hong Kong: LLP, 1999.
- HWANG, Michael/CHUNG, Katie/CHENG, Fong Lee. Claims against arbitrator for breach of ethical duties. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers*, 2007, pp.233 y ss.
- ICC Publication, nº472, Paris, 1991: *The arbitral process and the independence of arbitrators*.
- ICC Court of Arbitration Bulletin, Publication nº565, 1995: *The Status of the Arbitrator. Special Supplement*.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios. En *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo, 1990, pp.223 y ss.
  - El seguro colectivo o de grupo. Sevilla: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, 1975.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael/PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Cersa, 2003.
- International Arbitration Survey (2010)*, Choices in International Arbitration, disponible en: [http://www.arbitrationonline.org/docs/2010\\_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf](http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf).
- IRIBARREN BLANCO, Miguel. *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
  - El seguro obligatorio de responsabilidad civil de las sociedades profesionales. En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*. Civitas/Thomson, 2011, pp.367-386.

- ÍSCAR DE HOYOS, Javier. El arbitraje institucional. Revista Jurídica de Castilla y León, enero 2013, nº29, pp.5-6.
- ITURMENDI MORALES, Gonzalo. El régimen de la responsabilidad civil de los socios y la sociedad en la nueva Ley de Sociedades Profesionales. Seguro de RC de las Sociedades Profesionales. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, 2007, nº10, pp.18 y ss.
- IWASAKI, Kazuo. Immunity of Arbitrators under Japanese Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.53-58.
- JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo/OSORIO ITURMENDI, Lucas. Los llamados "árbitros de parte". Revista del Club Español del Arbitraje, 2013, nº18 (en prensa).
- JIJÓN LETORT, Rodrigo. Independencia de los árbitros. En Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo. Director: Carlos Alberto Soto Coaguila; coordinadora: Katty Mendoza Murgado. Instituto Peruano de Arbitraje/ Magna, 2008, pp.343-359.
- JOLIVET, Emmanuel. La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance. Revue générale du droit des assurances, nº 2012-01, pp.1-13 (disponible en <http://www.lextenso.fr/>).
- JOVÉ PONS, M<sup>a</sup> Ángeles. La administración del arbitraje por persona jurídica, con especial referencia al Tribunal Arbitral de Barcelona. Justicia, 1997, nº2, pp.471-503.
- JULIÁ, Josep María. Compulsory Arbitration and Incorporation of EU Directives on legal expenses insurance. Arbitration News, February 2013, vol.18, nº1, pp.50-52.
- LALIVE, Jean-Flavien. Immunity of Arbitrators under Swish Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.117-129.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael. La oponibilidad a terceros de la cláusula de franquicia en los seguros de responsabilidad civil. En Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas. Civitas/Thomson, 2011, pp.401-423.
- El derecho a arbitraje del asegurado en el contrato de seguro de defensa jurídica. RES, 2012, nº149, pp.89-99.
- LEW, Julian. Immunity of Arbitrators under English Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.21-27.
- LEW, Julian/MISTELIS, Loukas/KRÖLL, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003.

- LINARES RODRÍGUEZ, Enrique. Auto AP Barcelona, 28 septiembre 2012, Arbitraje, 2013, nº2, vol.6, pp.516-520.
- LÓPEZ-COBO, Claudio I. El Seguro de Responsabilidad Civil. Fundamentos y Modalidades. Madrid: Nacional de Reaseguros, S.A., 1988.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. En Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000, pp.300 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. Artículo 16. Comentario a la Ley de Arbitraje. Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano (coord.). Madrid: Tecnos, 1991, pp.278 y ss.
- LOBO LARA, Francisco Darío. Capítulo XV. Honduras. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- LÓPEZ JACOISTE, Javier. La imputación del daño y su atracción por el seguro de responsabilidad civil. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.2831 y ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M<sup>a</sup>. Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. La Ley, 2002, nº6, D-240, pp.1765 y ss.  
  - Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004.
- MAGRO SERVET, Vicente. La exigencia del seguro de responsabilidad civil en el administrador concursal. La Ley nº4366, 2012.
- MAISNER, Martin. Liability and Independence of the Arbitrator; Party Autonomy versus Autonomy of Arbitrators. II Czech Y.B. Arb., 2012.
- MANSILLA GARCÍA, Félix. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp.213-237.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando. Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional. Madrid: lustel, 2005.
- MARCOS FRANCISCO, Diana. El arbitraje de consumo y sus nuevos retos. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- MARESCA CABOT, Juan Carlos. El arbitraje institucional en la Administración General del Estado. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.309 y ss.

- MARIGHETTO, Andrea. El nuevo marco jurídico del arbitraje en Italia. Lima Arbitration, 2008-2009, nº3, pp.96-107.
- MARTÍ MINGARRO, Luis. Artículo 13. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Responsabilidad civil profesional del abogado. En Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. Artículo 21. Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje. Director: Vicente Guilarte Gutiérrez. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. Artículo 21. En J. Garberí Llobregat. Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. Barcelona: Bosch, 2004.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Artículo 19. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
  - El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil: novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro. Valencia: Tirant Lo blanch, 2002.
  - El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Pedro. El nuevo régimen del arbitraje. Barcelona: Bosch, 2011.
- MEDINA ALCOZ, María. El debate histórico de la subjetividad versus la objetividad de la responsabilidad civil en Francia y su proyección en España. El equilibrio de su convivencia actual en el Derecho español. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.3213 y ss.
- MELIS, Werner. Immunity of Arbitrators under Austrian Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.15-19.
- MERINO MERCHÁN, José F. Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004.
  - Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011. Revista Jurídica de Castilla y León, enero 2013, nº29, pp.32-33.
- MERINO, José F/CHILLÓN, José Mª. Tratado de Derecho Arbitral. Thomson-Civitas, 2006, 3ª ed.
- MIRÓ GILI, Màrius. L'Arbitratge institucional: El nou paper de les Institucions. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.239 y ss.

- MÖLLER, Gustaf. The Finnish Supreme Court and the liability of arbitrators. *Journal of International Arbitration*, 2005, vol.23, nº1, pp.95-99.
- MONTEJO, Blanca. Artículo 16. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado. Directores: Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola. Legis, 2010.
- MONTERO AROCA, Juan. Responsabilidad Civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial. Madrid: Tecnos, 1988.
  - Artículo 17. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
  - Independencia y Responsabilidad del Juez. Madrid: Civitas, 1990.
- MONTERO, Félix. Modificación de la Ley de Arbitraje: el nuevo seguro de responsabilidad civil para árbitros e instituciones arbitrales. *Diario Jurídico*, 15 septiembre 2011, p.5 y ss.
- MONTORO CHINER, María Jesús/ HILL PRADOS, María Concepción, Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro. Barcelona: Atelier, 2002.
- MORATO, Tomás. Administración y gestión de un arbitraje: experiencia cameral. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001, pp.301-315.
- MORILLAS JARILLO, María José. El Seguro del Automóvil: El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística. Barcelona: Bosch, 1992.
  - El dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil. *Derecho de los Negocios*, mayo 1993, nº32, pp.12-21.
- MORRAL SOLDEVILLA, Ramón. Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles. *RES*, 2003, nº115, pp. 311-335.
- MULLERAT, Ramón. The liability of arbitrators: a survey of current practice. *International Bar Association. Commission on Arbitration*, Chicago 21 September 2006, pp.2 y ss.
  - The seat of arbitration. What makes an arbitration seat a good international seat. *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.250 y ss.
  - De nuevo sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros (con un comentario sobre las Directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional y su reforma). *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje*, 2007-2008 y 2009, nº4,5 y 6, pp.167 y ss.
  - Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional. En *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Editores: Miguel Ángel Fernández-Ballester/David Arias. Madrid: La Ley, 2010, pp.867-872.

- MUNNÉ CATARINA, Frederic. La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Prearbitral. Aranzadi, 2002.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp.376 y ss.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A/VEIGA COPO, Abel B. Derecho de daños. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- O'CALLAGHAN, Xavier. Hacia la objetivación de la obligación de reparar el daño, la llamada responsabilidad extracontractual (más de lo mismo/otra vuelta de tuerca/reiteración de doctrina). Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.3591-3607.
- OKEKEIFERE, Andrew I. Appointment and challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Agenda for improvement. Int.A.L.R., 1999, nº5/6, pp.167-174 (Part I), and 2000, nº1, pp.13-18 (Part II).
- OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús. Artículo 11 bis. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
- También comentario al Artículo 21.
- OLIVA BLAZQUEZ, Francisco. Responsabilidad Civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable. Indret, 4/2010, pp.5 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel. El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp.189-209.
- Arbitraje: una justicia alternativa (una visión histórica desde la nueva ley). Una nueva contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.
- Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2ª ed (Comentarios a los artículos 2, 4 y 11 bis).
- Company Arbitration in Spanish Law, Liber Amicorum Abascal. Part II. World Arbitration & Mediation Review, 2012, vol.6, nº2, p.382. Id., Artículo 11 bis, pp.177 y ss.
- La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales. Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa. Marcial Pons, 2013, pp.11-20.

- El laudo extemporáneo. Revista de la Corte Española de Arbitraje, nº20 (próxima publicación).
- OLMOS PILDÁIN, Asunción. El Seguro de Defensa Jurídica. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel. Lecciones de Derecho de Daños. Madrid: La Ley, 2011.
- PALAO MORENO, Guillermo. Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.
- Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios. Granada: Comares, 1995.
- PARTASIDES, Constantine. The Fourth Arbitrator?. The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration. Arbitration International, 2002, vol.18, nº2, pp.147-161.
- PASQUAU LIAÑO, Miquel. La acción directa en el derecho español. Madrid: Editora General de Derecho, S.A, 1989.
- PAULSSON, Jan/PETROCHILOS, Georgios. Report on the Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 2006, disponible en: <http://www.uncitral.org>.
- PAVELEK, Eduardo. La garantía financiera obligatoria de los administradores concursales, en RC Circulación y Seguro, 2013 (manuscrito cedido por el autor y actualmente en prensa), pp.1 y ss.
- Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. Cuadernos de la Fundación Mapfre, nº7. Madrid: Mapfre, 1992.
- La suma asegurada en el seguro de responsabilidad civil. Derecho de Daños. Coordinador: Mariano J. Herrador Guardia. Pamplona: Aranzadi, 2013 (en prensa).
- La delimitación geográfica en el seguro de responsabilidad civil, 2013 (inédito; manuscrito cedido por el autor y de próxima publicación), pp.1-21.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando. Dogma y realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL. Aranzadi-Thomson, Universidad da Coruña, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011.
- La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Granada: Comares, 2002.
- PERÁN ORTEGA, Juan. La responsabilidad civil y su seguro. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 203-205
- PERALES VISCASILLAS, Pilar. La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

- Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Madrid: Thomson/Aranzadi, 2005.
- Place of Arbitration (Article 16) and Language of Proceedings (Article 17) in the UNCITRAL Arbitration Rules: some Proposals for a Revision. Croatian Arbitration Yearbook, 2006, vol.13, pp.205-222.
- La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo). Arbitraje, 2011, vol. IV, nº 3, pp. 667–704.
- La presunción legal de sometimiento al arbitraje. En Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II. El Convenio Arbitral. Carlos Alberto Soto (Director). Lima, 2011, pp.145-164.
- La mediación y el arbitraje como fórmulas alternativas de solución de conflictos en las reclamaciones contra personal médico y centros sanitarios. Revista Española de Seguros, nº152, octubre-diciembre 2012, pp.315-342.
- Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa). Spain Arbitration Review, 2012, nº13, pp.123-145.
- El Arbitraje en las Reglas de Rotterdam. En Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional. Directores: Rafael Illescas Ortiz y Manuel Alba Fernández. Madrid: Civitas, Thomson-Reuters y Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp.440-495.
- Civil Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in international commercial arbitration: The development of the arbitration laws and rules in the last 30 years. *The World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*, 2013, nº2.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar/PÉREZ ESCALONA, Susana. La Administración concursal persona jurídica y su seguro. Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Dr. h. e. José Antonio Gómez Segada. Editores: Ana Mª Tobio Rivas, Ángel Fernández, Albor Baltar y Anxo Toto Plaza. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp, 1025-1038.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar/TORTEROLA, Ignacio. Introducción. En Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado. Legis, 2010, pp.XXI y ss.
- PICÓ i JUNOY, Joan/VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. La revitalización del arbitraje societario. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.112 y ss.
- PÖRNBACHER, Karl/KNIEF, Inken. Liability of Arbitrators –Judicial Immunity versus Contractual Liability. CYArb, 2012, nº2, pp.211-230.
- PUERTA, Luis Román. La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado. Madrid: Montecorvo, 1977.

- PUIG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil. Vol.II. Barcelona: Bosch, 1994.
  - PUIG FERRIOL, Luis. Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados. En Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez. Madrid: Dykinson, 2000.
  - QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro. Poder Judicial y Responsabilidad: la responsabilidad judicial. En La responsabilidad personal del juez. AAVV. Thomson-Civitas, 2008.
  - RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El nuevo régimen del laudo arbitral. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.199 y ss.
  - RASMUSSEN, Matthew. Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England and France. Fordham International Law Journal, 2003, nº26, pp.1843 y ss.
  - REDFERN, Alan/HUNTER, Martin, with BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet and Maxwell, 2004.
  - REGLERO CAMPOS, L. Fernando. Lección 1ª. Conceptos Generales y elementos de delimitación. En Lecciones de Responsabilidad Civil. Coordinadores: José Manuel Busto Lago y L.Fernando Reglero Campos. Thomson/Aranzadi, 2013, 2ª ed.
- Citadas también:
- Lección 2ª. Los sistemas de responsabilidad.
  - Lección 7ª. La prescripción de la acción de reclamación de daños.
  - Lección 8ª. El Seguro de Responsabilidad Civil. Los sistemas de responsabilidad.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto. Capacidad, Incompatibilidad con la función de mediador y SRC de los árbitros. En La Reforma de la Ley de Arbitraje de 2011. Director: Juan Damián Moreno. Madrid: La Ley, 2011.
  - La acción directa contra el asegurador en el proceso civil. Madrid: Estudios Trivium, 1996.
  - RIEGLER, Stefan/PLATTE, Martin. Chapter II: The Arbitrator- Arbitrator's Liability. En Christian Klausegger/Peter Klein, et al (eds), Austrian Arbitration Yearbook. CH Beck, Stämpfli & Manz, 2007, pp.105-124.
  - RIVERA-LUPU, Maria C/TIMMINS, Beverly. Repeat appointment of arbitrators by the same party or counsel: a brief survey of institutional approaches and decisions. Revista del Club Español del Arbitraje, 2012, nº15, pp.103-118.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, pp.4223 y ss.
- ROBINE, Eric. The liability of arbitrators and arbitral institutions in international arbitration under French Law. *Arbitration International*, 1989, vol.5, nº4, pp.323-332.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia. Las juntas arbitrales del transporte: constitución y funciones (en especial, como “depositarias” de las mercancía”). Valencia: Tirant lo blanch, 2005.
- ROITMAN, Sara. Beyond Reproach: has the doctrine of arbitral immunity been extended too far for arbitration sponsoring firms?. *Boston College Law Review*, 2010, vol.51, pp.557-594.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo). Pamplona: Aranzadi, 2002.
- RUTLEDGE, Peter B. Towards a contractual approach for arbitral immunity, *Ga.L.Rev*, 2004, nº39, pp.151-214.
- SANDERS, Pieter. Has the Moment Come to Revise the Arbitration Rules of UNCITRAL?. En: *Arbitration International*, 2004, vol.20, nº3, pp.243 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005.
  - Artículos citados: 19, 43, 52, 73, 74, 75, 76.
  - Consideraciones preliminares sobre el régimen comunitario de los contratos de seguro. RES, 2009, nº140, pp.567-576.
  - Evolución de la responsabilidad civil de la empresa y su aseguramiento. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp.19 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Juan. La abstención y recusación del árbitro. *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, nº2, pp.335-355.
- SÁNCHEZ PRAT, Idelfonso. Responsabilidad del árbitro y de las instituciones arbitrales. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral. Directores: Daniel Vázquez Albert y Francisco Tusquets Trías de Bes. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp.338 y ss.
- SANTI CREMASCO, Suzana. Responsabilidade pelo Exercício da Função Jurisdicional do Árbitro- Uma Leitura do Enunciado do Artigo 9º, n.4 e n.5, da Nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (Lei nº63/2011, de 14 de Dezembro) a Partir dos Preceitos da Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2012, volumen IX, nº34, pp.17-41.

- SANZ ACOSTA, Luis. Responsabilidad Civil Judicial. En La responsabilidad personal del juez. AAVV. Thomson-Civitas, 2008, pp.104-108.
- SANZ-DÍEZ de UZURRUN LLUCH, Marina. Dolo e imprudencia en el Código Penal Español. Análisis legal y jurisprudencial. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- SCHWARZ, uwer Law International, 2009, n International Arbitration in Austria. ente gravela luz de las disposiciones sobre inmunidad juFranz T/KONRAD, Christian W. Article 8: The Liability of Arbitrators and the VIAC. The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria. Kluwer Law International, 2009.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela. La Responsabilidad Civil del Abogado. Pamplona: Aranzadi, 2000, 2ª ed.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. Ética del árbitro. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones, 2011, vol.IV, nº1, pp.31-74.
- SIRENA, Pietro (Director), La funzione deterrente della responsabilità civile all luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Giuffrè, 2011.
- SOTO NIETO, Francisco. El Seguro Obligatorio y el Seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias. Boletín núms.1788-189, pp.9 y ss (disponible en [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)).
- El Seguro de Responsabilidad Civil General y el Dolo. Solución a un tema conflictivo. RES, 1997, nº92, pp.27 y ss.
- El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria. El nuevo Código Penal y el Contrato de Seguro. Director: Francisco Soto Nieto. Madrid: AIDA, 1998, pp.77 y ss.
- STAMPA, Gonzalo. La reforma de la Ley de Arbitraje. Diario La Ley, nº7725, 28 octubre 2011, Ref. D-405 (La Ley 17409/2011).
- STIGLITZ, Gabriel A. Daños y perjuicios. Buenos Aires: La Rocca, 1987.
- STROBER, Daniele de/OGLIARI, Valentina. L'Assicurazione di responsabilità civile e il Nuovo Codice delle Assicurazioni Private. Milán: Guiffrè, 2008, 6ª ed.
- TATO PLAZA, Anxo. La subrogación del asegurador en la Ley del contrato de seguro. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.
- TUR FAUNDEZ, María Nélica. El Derecho de Reembolso. Valencia: Editorial General de Derecho, S.L, 1996.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier. Artículo 68. Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones. Thomson/Aranzadi, 2005.

- TRIEBLE, Volker B/HYDEN, John S. Immunity of Arbitrators under German Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.39-51.
- TRULLI, Emmanuela. Liability v. Quasi-Judicial Immunity of the Arbitrator: The Case Against Absolute Arbitral Immunity. The American Review of International Arbitration, 2006, vol.17, nº3, pp.383-410.
- URÍA, Rodrigo. Problemas fundamentales del seguro automovilístico de la responsabilidad civil. Actas del Coloquio sobre el seguro obligatorio de automóviles. Bilbao, 1963, pp.23-35.
- VALERO LLORCA, Javier/COBAS COBIELLA, María Elena. La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión. La Ley nº7987, 19 diciembre 2012, pp.4 y ss.
- VAN DEN BERG, Jan. Immunity of Arbitrators under Netherlands Law. En Julian D. M. Lew, (Editor), The Immunity of Arbitrators. The School of International Arbitration and Lloyd's of London Press Ltd (LLP), 1990, pp.59-64.
- VAQUER ALOY, Antoni. La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho Contractual Europeo. En Ejercicio de las Profesiones Liberales y Responsabilidad Civil. Directora: Paloma de Barrón Arniches, Granada: Comares, 2013, pp.4 y ss.
- VEIGA COPO, Abel B. Condiciones en el contrato de seguro. Granada: Comares, 2008, 2ª ed.
- VERDERA SERVER, Rafael/ESPLUGUES MOTA, Carlos. Artículo 9. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Silvia Barona Vilar (coordinadora). Civitas/Thomson Reuters, 2011, 2ª ed.
- VERDERA Y TUELLS, Evelio. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005.
  - La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del T.S.: una primera revisión crítica. En Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa. Dirigidos por Fernando Sánchez Calero. Madrid: Musini, 1994, pp.77-134.
- VERDERA, Evelio/FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/BENEYTO, José María/ STAMPA, Gonzalo. Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España. Thomson/Aranzadi, 2013.
- VICENTE-ALMAZÁN, Miguel. El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto 2011, nº38, pp.25 y ss.
- VICTORIA-ANDREU, Francisco. La independencia del árbitro: ¿realidad o quimera?. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2011, vol.IV, nº1, pp.158-170.

- VILLORIA RIVERA, Iñigo. ¿Es conveniente el seguro del administrador concursal?, La Cara y la Cruz, 12 de Noviembre de 2012.
- VVAA. Conclusiones aprobadas por la Asamblea Nacional de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria. En La responsabilidad personal del juez. AAVV. Thomson-Civitas, 2008, pp.228-229.
- WAINCYMER, Jeff. Part II. The Process of an arbitration. Chapter 5: selection, challenge and change of arbitrators. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012, pp.255-382.
- YAPP, Jennifer. The liability of arbitral institutions. Asian Dispute Resolution, 2011, pp.114-116.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal. REUS: Madrid: 1989.
- ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, Carlos. ¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?. La Ley, 28 diciembre 2011, nº7764, Ref. D-484, pp.1-7.
- ZAPATA, Adriana. Capítulo VIII. Colombia. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro. Directores: Adriana Zapata de Arbaláez, Silvia Barona Villar y Carlos Esplugues Mota. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ZIADÉ, Nassib G. Reflections on the Role of Institutional Arbitration Between the Present and the Future. Arbitration International, 2009, vol.25, nº3, pp.427-430.
- ZSUNAY, Ergun. Turkish International Arbitration Act 2001, p.339, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1653/17.pdf>.

## JURISPRUDENCIA

STS 26 diciembre 1986

STS 29 junio 1987 (EDJ 1987/5163)

STS 26 abril 1988

STS, 27 noviembre 1989 (JUR 9326)

STS 30 abril 1990 (RA 2602)

STS, 14 marzo 1991 (JUR 2139)

STS 20 marzo 1991 (RA 2267)

STS 23 abril 1992 (RA 3323)

STS 23 septiembre 1994 (JUR 6986)

STS 10 junio 1995 (JUR 4916)

SAP Madrid, 31 octubre 1995

STS, 29 mayo 1997 (JUR 3637)

SAP Almería, 17 noviembre 1998 (JUR 2344)

STS 30 septiembre 1999 (JUR 7848)

SAP Navarra, 21 febrero 2000 (JUR 113772)

STS 10 mayo 2000

STS 16 octubre 2000 (JUR 9195)

STS 13 marzo 2002

SAP Barcelona, 14 noviembre 2003 (JUR 2004/5079)

SAP Madrid, 11 diciembre 2003

SAP Navarra, 24 mayo 2004 (RA 198818)

SAP Madrid, 31 marzo 2005 (sección 14ª) (nº381/2005)

SAP Madrid, 9 mayo 2005, núm. 89/2005

SAP Madrid, 1 julio 2005 (JUR 244531)

STS 14 julio 2005

Auto AP Barcelona, 12 enero 2006 (sección 15), La Ley 324936

STSJ Castilla-La Mancha, 16 marzo 2006 (JUR 1494)

SAP A Coruña, 27 junio 2006, núm.241/2006 (Sección 6)

SAP Santa Cruz de Tenerife, 27 octubre 2006, núm. 371/2006 (sección 1ª)

STS 20 diciembre 2006

SAP Barcelona, 12 enero 2007 (La Ley 52812)

SAP Madrid, 19 abril 2007, La Ley 66980

SAP Madrid, 13 junio 2007 (JUR 321217)

STS 16 enero 2008 (JUR 899)

United States District Court, S.D. New York. GLOBAL GOLD MINING, LLC, Petitioner, v. Peter M. ROBINSON, et al., Respondents.No. 07 Civ. 10492(GEL), 6 February 2008, disponible en: Westlaw, 533 F.Supp.2d 442:

SAP Madrid, 5 mayo 2008 (JUR 177811)

SAP Valencia, 14 julio 2008

Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 12 noviembre 2008 (sección 1ª), La Ley 259439

STS 22 junio 2009 (JUR 4703)

SAP Madrid, 3 febrero 2009, La Ley 44919

SAP Las Palmas, 3 marzo 2009 (JUR 248636)

SAP Las Palmas, 23 marzo 2009 (RJ 248636)

SAP Vizcaya, 25 marzo 2009 (La Ley 11850)

STS 22 junio 2009 (JUR 4703)

SAP Valencia, 7 enero 2010 (JUR 744)

STS 31 marzo 2010 (JUR 4353)

STS 14 julio 2010

SAP Madrid, 12 noviembre 2010 (JUR 2011/36080)

SAP Las Palmas, 2 febrero 2011 (JUR 343145)

SAP Madrid, 15 febrero 2011 (La Ley 34444)

SAP Valencia, 10 marzo 2011 (JUR 191213)

SAP Madrid, 10 junio 2011 (sección 28) (JUR 2011/256573)

SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12) (JUR 347818)

SAP Valencia, 25 julio 2011 (JUR 398799)

SAP Pontevedra, 26 septiembre 2011 (La Ley, 181482)

SAP León, 4 noviembre 2011 (JUR 424178)

SAP Valencia, 17 noviembre 2011 (JUR 2012/39520)

SAP Madrid, 12 diciembre 2011 (JUR 2012/26837)

SAP Madrid, 27 diciembre 2011, La Ley 294739

STSJ de Andalucía, 18 enero 2012 (La Ley 62527)

SAP Barcelona, 3 febrero 2012 (JUR 320)

SAP Barcelona (sección 15), 23 febrero 2012 (La Ley 58336)

SAP Zaragoza, 24 febrero 2012 (JUR 88050)

STS 5 marzo 2012 (JUR 4997)

STSJ de Madrid, 13 marzo 2012 (JUR 149509)

Auto TSJ País Vasco, 19 abril 2012 (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) (JUR 6133)

STSJ Galicia, 2 mayo 2012 (RJ 6364)

STSJ Cataluña, 10 mayo 2012 (JUR 6368)

STSJ País Vasco, 12 junio 2012 (JUR 8792)

STSJ de Madrid, 3 julio 2012 (JUR 1386)

STSJ Canarias, 9 julio 2012 (JUR 1387)

STS 3 octubre 2012 (JUR 558)

*Cour de Cassation*, 10 octubre 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2013, nº1, pp.129-137.

SAP Sevilla, 17 octubre 2012 (JUR 2013/994)  
STSJ de Madrid, 5 noviembre 2012, La Ley 223132  
SAP Madrid, 15 noviembre 2012 (JUR 2013/15)  
STSJ Cataluña, 19 noviembre 2012 (JUR 2013/1775)  
STSJ Cataluña, 13 diciembre 2012 (JUR 11189)  
STSJ Andalucía, 8 enero 2013 (JUR 185964)  
STSJ Aragón, 8 enero 2013 (JUR 2885)  
STSJ Cataluña, 28 febrero 2013 (JUR 4799)  
ATSJ Cataluña, 25 marzo 2013 (JUR 5392)  
STS 22 abril 2013, La Ley, nº8113  
STSJ Cataluña, 16 mayo 2013 (JUR 5394)  
STS 27 junio 2013 (La Ley nº8162, 3 octubre 2013)

## COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”

Instituto de Ciencias del Seguro

*Para cualquier información o para adquirir nuestras publicaciones  
puede encontrarnos en:*

### **FUNDACIÓN MAPFRE**

Publicaciones

Paseo de Recoletos 23 – 28004 Madrid – (España)

[www.fundacionmapfre.org](http://www.fundacionmapfre.org)

- 197. El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje. 2013
- 196. La reputación corporativa en empresas aseguradoras: análisis y evolución de factores explicativos. 2013
- 195. La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario. 2013
- 194. Investigaciones en Seguros y Gestión del Riesgo: RIESGO 2013
- 193. Viability of Patent Insurance in Spain. 2013
- 192. Viabilidad del seguro de patentes en España. 2013
- 191. Determinación de zonas homogéneas de riesgo para los rendimientos de distintos cultivos de la región pampeana en Argentina. 2013
- 190. Género y promoción en los sectores financiero y asegurador. 2013
- 189. An Introduction to Reinsurance. 2013
- 188. El control interno y la responsabilidad penal en la mediación de seguros. 2013.
- 187. Una introducción al gobierno corporativo en la industria aseguradora en América Latina. 2013
- 186. Mortalidad de jóvenes en accidentes de tráfico. 2012
- 185. Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos. 2012
- 184. Efecto disuasorio del tipo de contrato sobre el fraude. 2012
- 183. Claves del Seguro Español: una aproximación a la Historia del Seguro en España. 2012

182. La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria. 2012
181. Colaboración en el contrato de Reaseguro. 2012
180. Origen, situación actual y futuro del seguro de Protección Jurídica. 2012
179. Experiencias de microseguros en Colombia, Perú y Brasil. Modelo socio agente. 2012
178. El agente de seguros y su Responsabilidad Civil. 2012
177. Riesgo operacional en el marco de Solvencia II. 2012
176. Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el comercio con América. (1770-1870). 2012
175. El seguro de Caución. 2012
174. La contabilidad de los corredores de seguros y los planes y fondos de pensiones. 2012
173. El seguro de Vida en América Latina. 2011
172. Gerencia de riesgos sostenibles y Responsabilidad Social Empresarial en la entidad aseguradora. 2011
171. Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos. 2011
170. Introdução ao Resseguro. 2011
169. La salud y su aseguramiento en Argentina, Chile, Colombia y España. 2011
168. Diferencias de sexo en conductas de riesgo y tasa de mortalidad diferencial entre hombres y mujeres. 2011
167. Movilización y rescate de los compromisos por pensiones garantizados mediante contrato de seguros. 2011
166. Embedded Value aplicado al ramo No Vida. 2011
165. Las sociedades cautivas de Reaseguro. 2011
164. Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos, y fondos de compensación. 2011
163. El riesgo de tipo de interés: experiencia española y Solvencia II. 2011
162. I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. 2011
161. La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de la longevidad. Reflexiones bioéticas. 2011
160. Actividad aseguradora y defensa de la competencia. La exención antitrust del sector asegurador. 2011
159. Estudio empírico sobre la tributación de los seguros de vida. 2010
158. Métodos estocásticos de estimación de las provisiones técnicas en el marco de Solvencia II. 2010
157. Introducción al Reaseguro. 2010

156. Encuentro Internacional sobre la Historia del Seguro. 2010
155. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. 2010
154. El Seguro de Crédito en Chile. 2010
153. El análisis financiero dinámico como herramienta para el desarrollo de modelos internos en el marco de Solvencia II. 2010
152. Características sociodemográficas de las personas con doble cobertura sanitaria. Un estudio empírico. 2010
151. Solidaridad impropia y seguro de Responsabilidad Civil. 2010
150. La prevención del blanqueo de capitales en las entidades aseguradoras, las gestoras y los corredores de seguros 2010
149. Fondos de aseguramiento agropecuario y rural: la experiencia mexicana en el mutualismo agropecuario y sus organizaciones superiores. 2010
148. Avaliação das Provisões de Sinistro sob o Enfoque das Novas Regras de Solvência do Brasil. 2010
147. El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud: análisis actuaria de su impacto y alcance. 2010
146. Investigaciones históricas sobre el Seguro español. 2010
145. Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal. 2009
144. Contabilidad y Análisis de Cuentas Anuales de Entidades Aseguradoras (Plan contable 24 de julio de 2008). 2009
143. Mudanças Climáticas e Análise de Risco da Indústria de Petróleo no Litoral Brasileiro. 2009
142. Bases técnicas dinámicas del Seguro de Dependencia en España. Una aproximación en campo discreto. 2009
141. Transferencia Alternativa de Riesgos en el Seguro de Vida: Titulización de Riesgos Aseguradores. 2009
140. Riesgo de negocio ante asegurados con múltiples contratos. 2009
139. Optimización económica del Reaseguro cedido: modelos de decisión. 2009
138. Inversiones en el Seguro de Vida en la actualidad y perspectivas de futuro. 2009
137. El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso. 2009
136. Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos. RIESGO 2009.
135. Análisis e interpretación de la gestión del fondo de maniobra en entidades aseguradoras de incendio y lucro cesante en grandes riesgos industriales. 2009

134. Gestión integral de Riesgos Corporativos como fuente de ventaja competitiva: cultura positiva del riesgo y reorganización estructural. 2009
133. La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida. 2009
132. Aproximación a la Responsabilidad Social de la empresa: reflexiones y propuesta de un modelo. 2009
131. La cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación en España: cuestiones prácticas-jurídicas. 2009
130. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio legislativo. 2009
129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2009
128. Cuestiones sobre la cláusula cut through. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento bootstrap. 2008
123. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008
119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financieros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007

113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007
111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El Fair Value de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004

86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001

60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A 2000
51. Seguridades y riesgos del joven en los grupos de edad. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
45. Los Impuestos en una economía global. 1999
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998
41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998
39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997
38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997
32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996

30. El tiempo del directivo. 1996
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996
28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994
16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de controlling estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991

## ÚLTIMOS LIBROS PUBLICADOS

Emergencia y reconstrucción: el antes y después del terremoto y tsunami del 27F en Chile. 2012

Riesgo sistémico y actividad aseguradora. 2012

La historia del seguro en Chile (1810-2010). 2012

Modelo de proyección de carteras de seguros para el ramo de decesos. 2011

Desarrollo comercial del seguro colectivo de dependencia en España. 2010

La mediación de seguros en España: análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2010

Museo del Seguro. Catálogo. 2010

Diccionario MAPFRE de Seguros. 2008

Teoría de la credibilidad: desarrollo y aplicaciones en primas de seguros y riesgos operacionales. 2008

El seguro de caución: una aproximación práctica. 2007

El seguro de pensiones. 2007

Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. 2006

Diccionario bilingüe de expresiones y términos de seguros: inglés-español, español-inglés. 2006

El seguro de riesgos catastróficos: reaseguro tradicional y transferencia alternativa de riesgos. 2005

La liquidación administrativa de entidades aseguradoras. 2005

## **INFORMES Y RANKINGS**

Desde 1994 se publican anualmente estudios que presentan una panorámica concreta de los mercados aseguradores europeos, de España e Iberoamérica y que pueden consultarse en formato electrónico desde la página Web:

[www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro)

- Mercado español de seguros
- Mercado asegurador de Iberoamérica
- Ranking de grupos aseguradores europeos
- Ranking de grupos aseguradores iberoamericanos
- La percepción social del seguro en España. 2012
- Emprender en momentos de crisis: riesgos y factores de éxito. 2012
- Papel del seguro en el desarrollo sostenible. ICEA. 2013
- El seguro en la sociedad y la economía española. 2013