

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

MIGUEL GÓMEZ JENE

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 05.09.2013 / Aceptado: 12.09.2013

Resumen: La responsabilidad civil del árbitro es siempre una responsabilidad contractual, pues deriva de un contrato: el contrato arbitral. Esta responsabilidad se manifiesta en dos ámbitos, dos planos, dos dimensiones: el plano de la actuación cuasi-jurisdiccional y el plano de la actuación no jurisdiccional. A cada uno de estos ámbitos le corresponde un régimen distinto de responsabilidad: el régimen limitado previsto en el artículo 21 LA para la actuación cuasi-jurisdiccional y el régimen general de responsabilidad previsto en el Código civil para la actuación no jurisdiccional. Si bien esta distinción es necesaria para la delimitación de la responsabilidad, en perspectiva de Derecho internacional privado no afecta ni a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional (Reglamento Bruselas I o artículo 22 LOPJ), ni a la aplicación de las normas de ley aplicable (Reglamento Roma I).

Palabras clave: contrato arbitral, responsabilidad contractual, actuación cuasi-jurisdiccional, actuación no jurisdiccional, Reglamento Bruselas I, Reglamento Roma I.

Abstract: Arbitrators' liability is always a contractual liability; it is hence derived from a contract: the arbitrators' contract. The arbitrator's liability is embodied in two scopes, levels or dimensions: the quasi-jurisdictional scope and the no-jurisdictional scope. Each of these areas has a different liability regime: while the limited regime, stipulated by article 21 of the Arbitration Act, refers to the quasi-jurisdictional scope, the general regime: while the limited regimen, stipulated by article 21 of the Arbitration Act, refers to the quasi-jurisdictional scope, the general regimen laid down in the Civil Code applies to the no-jurisdictional scope. Although the distinction is necessary to delineate the corresponding liability, from a conflict of law viewpoint it does not affect the applicability of the international jurisdiction rules (Brussels I Regulation or article 22 LOPJ) or the relevant applicable law rules (Rome I Regulation).

Key words: arbitrator contract, contractual liability, quasi-jurisdictional performance, no-jurisdictional performance, Brussels I Regulation, Rome I Regulation.

Sumario: I. Introducción y planteamiento del problema. II. El contrato arbitral. III. La responsabilidad civil del árbitro: una responsabilidad contractual. 1. La actuación cuasi-jurisdiccional. 2. La actuación no jurisdiccional. 3. La actuación cuasi-jurisdiccional v. la actuación no jurisdiccional: una distinción necesaria para la delimitación de la responsabilidad. IV. Competencia judicial internacional. V. Ley aplicable. VI. Conclusiones.

I. Introducción y planteamiento del problema

1. Es un lugar común entre los prácticos del arbitraje considerar que la responsabilidad del árbitro en el arbitraje internacional se rige por la ley del lugar donde se celebra (o ha celebrado) el arbitraje; es decir, considerar que la responsabilidad *civil* del árbitro se rige por la *lex loci arbitrii*.

*Este trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en el Instituto de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Heidelberg (Alemania) patrocinada por la Fundación Alexander von Humboldt.

Agradezco al letrado Ángel Tejada Caller las sutiles observaciones hechas a este trabajo.

La afirmación así hecha debe ser matizada, pues, desde un punto de vista estrictamente técnico, no es del todo cierta. Y es que, si bien puede afirmarse que en una mayoría de supuestos será efectivamente la *lex loci arbitrii* la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro, no lo es menos que también son concebibles supuestos en los que la ley aplicable será –o podrá ser– otra (por ejemplo, la ley de la residencia habitual del mismo). Como posteriormente se verá, determinadas circunstancias fácticas –como el lugar de residencia habitual del árbitro– juegan un papel determinante en este contexto.

2. Para saber qué ley es la efectivamente aplicable a los supuestos de responsabilidad del árbitro en los arbitrajes internacionales debe determinarse, con carácter previo, qué tribunales son los competentes para conocer de tal acción. O dicho de otro modo, debe determinarse de entre todos los tribunales *prima facie* competentes (*ad. ex.* los tribunales del lugar del arbitraje; los tribunales de la residencia habitual del árbitro; los tribunales del lugar donde deba ejecutarse el laudo...) cuál de ellos es finalmente el competente. Sólo una vez concretado el tribunal que conocerá de tal acción (lo cual, si la norma de competencia lo permite, dependerá de la voluntad del actor) podrá determinarse la ley aplicable a la responsabilidad civil del árbitro. Así es, por lo menos, desde la perspectiva española, pues en la medida en que el sistema de normas de conflicto del foro (entendiendo por foro el Estado cuyos tribunales conocen de la acción) es de aplicación imperativa¹, los tribunales españoles deberán aplicar de oficio la norma de conflicto del foro específica para este tipo de supuestos.

Ocurre, sin embargo, que ni la concreción de la norma de competencia judicial internacional, ni la concreción de la norma de conflicto aplicable resulta tarea sencilla.

3. En efecto, el primer problema que un supuesto de responsabilidad de este tipo plantea, se concreta en la determinación de la norma de competencia judicial internacional aplicable. Repárese en que el sistema de normas de competencia judicial internacional del ordenamiento jurídico español está compuesto –por lo que ahora importa– por normas de *fuerza interna* (también llamadas normas *autónomas*) y normas de *fuerza europea*. Tales normas son, en concreto, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el Reglamento europeo comúnmente conocido como Reglamento Bruselas I². La cuestión radica, como posteriormente veremos, en determinar cuál de entre estas dos normas es la finalmente aplicable al supuesto de responsabilidad.

El mismo dilema –y este sería el segundo problema– se plantea en el ámbito de la ley aplicable, pues también en este ámbito conviven en el ordenamiento jurídico español normas de *fuerza interna* y normas de *fuerza europea*. En efecto, en este ámbito podría ser de aplicación o bien el artículo 10.5 del Código civil o bien la disposición pertinente del comúnmente conocido como Reglamento Roma I³. Y también en este ámbito la cuestión está en determinar cuál de entre estas dos normas es la finalmente aplicable al supuesto de responsabilidad.

4. Con todo, el punto de partida para encontrar una solución a los interrogantes expuestos pasa por calificar la responsabilidad del árbitro: ¿es la responsabilidad del árbitro una responsabilidad *contractual* o, por el contrario, se trata de una responsabilidad *extracontractual*? La respuesta a la cuestión así planteada es, desde la perspectiva de nuestro trabajo, crucial. Y es que, según esta responsabilidad se califique de un modo u otro, se aplicará una u otra norma de competencia judicial internacional y una u otra norma de conflicto (*infra* 13).

¹ El artículo 12.6 del Código civil español establece: *Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.*

² *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.* Repárese, desde este momento, que este Reglamento ha sido derogado por el *Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351 de 20.12.2012)* [en adelante, Reglamento Bruselas I *refundido*]. La futura entrada en vigor de este último texto, prevista para el 10 de enero de 2015 (*ex art.* 81) no modifica el concreto marco legal objeto de estudio en este trabajo. En consecuencia, las conclusiones aquí alcanzadas serán válidas aun tras la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I *refundido*.

³ *Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.*

A estos efectos, debe avanzarse, ya desde este momento, que la responsabilidad *civil* del árbitro debe calificarse siempre como responsabilidad contractual en tanto que responsabilidad que surge de un contrato: el contrato arbitral.

5. El contrato arbitral es un contrato, en cuya virtud, las partes acuerdan con el árbitro que este último juzgue y resuelva las disputas que han planteado. La particularidad de este contrato, en tanto que de él dimanen dos funciones –juzgar, a la vez que prestar un servicio a las partes– requiere particular atención. A desarrollar esta cuestión dedicaré el siguiente epígrafe.

6. Examinadas las particularidades del contrato arbitral, dedicaré sendos epígrafes a las cuestiones clásicas del Derecho internacional privado: la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil del árbitro, por un lado; y la ley aplicable a la misma, por otro.

II. El contrato arbitral

7. Podría definirse el contrato arbitral (*Schiedsrichtervertrag*) como aquel contrato, en cuya virtud, una parte (las partes en el arbitraje) pacta con otra parte (el árbitro) la prestación de un servicio consistente en resolver una disputa legal a cambio de un precio cierto⁴.

8. El contrato arbitral es un contrato deficientemente regulado, tanto a nivel interno como a nivel comparado. En efecto, en la medida en que la Ley Modelo de UNCITRAL no recoge disposición alguna al respecto, y en la medida también en que esta Ley ha sido ampliamente adoptada (en más de veinte países), resulta extraño encontrar una legislación arbitral que regule expresamente esta figura.

Lo anterior es especialmente lamentable si convenimos que el contrato arbitral es un contrato de calificación compleja. Ello es así porque la función del árbitro se despliega en dos ámbitos, en dos planos, en dos constelaciones distintas. De tal modo que mediante el contrato arbitral, el árbitro acepta y asume dos funciones: por un lado, su función de juzgador (el arbitraje como equivalente jurisdiccional); y, por otro lado, de forma paralela y compatible con su función de juzgar, asume también la función propia de quien, por medio de contrato, se erige en prestador de servicios. Desde esta perspectiva, podría afirmarse que el contrato arbitral es un contrato *sui generis* –de naturaleza híbrida– cuya eficacia se despliega, como mínimo, en dos ámbitos distintos pero estrechamente vinculados (juzgador y prestador de servicios)⁵. Esta realidad es de capital trascendencia a la hora de determinar la responsabilidad del árbitro, pues como ha sido advertido: «a efectos de incumplimiento y responsabilidad del árbitro, no hay uno y otra sólo cuando éste último no emite su laudo (resultado y prestación principal típica), sino cuando en el desarrollo de su actuación contractual no adecua su actividad a los deberes contractuales y legales que le vienen señalados y le son exigibles –más allá del simple ‘laudar’ –»⁶.

9. A partir de lo anteriormente dicho, podrá entenderse que la *calificación* jurídica del contrato arbitral no es cosa sencilla. Más bien al contrario. Y es que, la doble función que, en virtud de este

⁴ Son muchos los estudios doctrinales dedicados al contrato arbitral. Particularmente interesantes son los estudios elaborados por la doctrina suiza y alemana. A título de ejemplo pueden verse: W. J. HABSCHIED, «Grundsätzliches zur Dogmatik des Schiedsrichtervertrages im schweizerischen Recht», en *Festschrift für Hans W. Fasching*, Manz Verlag, Viena, 1988, pp. 195-211; S. A. VOGT, *Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht*, Schaker Verlag, Aachen, 1996; J. GAL, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009. Para una crítica a la calificación de este contrato como tal, *vid.* E. BUCHER, «Was macht den Schiedsrichter? Abschied vom ‘Schiedsrichtervertrag’ und Weiteres zu Prozessverträgen», *Grenzüberschreitungen. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 97-118.

⁵ El origen de esta calificación del contrato arbitral como contrato *sui generis* está en una sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 1953. A partir de ahí, la doctrina alemana ha acogido mayoritariamente esa calificación. Todas las referencias pueden verse en J. GAL, J., *Die Haftung...*, *cit.*, pp. 57-60. En la doctrina española, se hace eco de esta distinción, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 259.

⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4221.

contrato, asume el árbitro frente a las partes (como ya adelantáramos, juez y prestador de servicios) impide que pueda clasificarse de forma automática en algunas de las categorías legalmente reconocidas. Tampoco ayuda en este contexto el hecho de que, en la mayoría de los supuestos, el contrato arbitral se perfecciona implícitamente; esto es, sin la firma expresa de un documento escrito redactado al efecto.

La doctrina alemana ha estudiado detenidamente esta cuestión. Así, tras un exhaustivo estudio de los orígenes del contrato arbitral (*'Qui arbitrium pecunia compromissa recipit, eum sententiam dicere cogam'*) y un exhaustivo estudio también de las distintas teorías que subyacen a este contrato (*Amstheorie, Prozessrechtliche Theorie y Prozessualen-materiellrechtlichen Theorie*), coincide en señalar mayoritariamente que el contrato arbitral es un contrato *sui generis*⁷; un contrato, en definitiva, que si bien guarda cierta relación con los contratos de prestación de servicios no puede englobarse dentro de esta categoría (por más que cierto sector doctrinal incluso estime que éste queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios [Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12.12.2006 relativa a los servicios en el mercado interior])⁸. El modo de llevarse a cabo la rescisión del contrato o el modo en que el árbitro ejerce su poder o facultad de dirección (*Weisungsrecht*), impiden una calificación del contrato arbitral como contrato de prestación de servicios en sentido estricto.

10. Pero no sólo la calificación del contrato arbitral es cuestión compleja. También lo es la cuestión relativa a su *perfección* (formación). El punto de partida en este punto podría plantearse así: en la medida en que, de ordinario, cada parte nombra un árbitro y éstos nombran al árbitro presidente, ¿cómo se establece la relación jurídica entre las partes y los árbitros que no ha nombrado esa parte?

A este respecto, la construcción doctrinal –a mi juicio– más interesante pasa por interpretar que esa forma de designar los árbitros (cada parte nombra uno y los designados nombran al árbitro presidente⁹) supone, lleva implícita, la concesión entre ambas partes de un poder de representación, de una autorización, de una atribución de competencia para que cada una de ellas actúe en nombre de la otra en el nombramiento del árbitro correspondiente. O dicho de otro modo, las partes asumen que cada una de ellas actúa en representación de la otra parte cuando nombra a un árbitro. A partir de esta interpretación debe entenderse, además, que la voluntad de las partes pasa por vincularse contractualmente con todo el colegio arbitral¹⁰.

11. Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, puede concluirse que la obligación que asume el árbitro mediante este contrato *sui generis* es una obligación tanto de medios –entre otras, preservar los derechos de defensa de las partes– como de resultado –el árbitro debe dictar un laudo ejecutable–. Su incumplimiento deriva en responsabilidad; pero –como se verá (*infra* 16 ss)– en un régimen de responsabilidad distinto dependiendo del ámbito de actuación del árbitro (actividad cuasi-jurisdiccional¹¹ y actividad no jurisdiccional).

III. La responsabilidad civil del árbitro: una responsabilidad contractual¹²

12. Desde un punto de vista estrictamente teórico, la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual es relativamente sencilla. La primera deriva de un incumplimiento imputable al deudor en virtud de un título; la segunda deriva de la causación de un daño sin que medie relación contractual alguna. Como es sabido, la primera se rige en el Derecho español por los artículos 1101 ss. Cc y la segunda por los artículos 1902 ss., también Cc.

⁷ Con más referencias, J. GAL, *Die Haftung...*, cit., pp. 5-60.

⁸ Así, A. J. VAN DEN BERG, «Statut et protection des arbitres», *ASA Bulletin*, 1993, pp. 86-88.

⁹ Como así lo establece, por ejemplo, el artículo 15 LA.

¹⁰ Lo cual está en línea con la obligación de las partes por hacer todo lo posible para la efectiva resolución de la controversia mediante arbitraje.

¹¹ En terminología del TC: Auto TC 259/1993 de 20 de julio.

¹² Contractual en tanto que afecta a las partes en el arbitraje. No obstante, también es concebible un régimen de responsabilidad *extracontractual* del árbitro: en concreto, cuando sus decisiones afecten a un tercero. Este concreto supuesto no será objeto de estudio en este trabajo.

Pese a esta distinción entre las normas del Cc aplicables, es común en la doctrina señalar que, a efectos meramente «prácticos», la consecuencia más relevante de esta calificación radica, sobre todo, en el régimen legal de la prescripción (muy distinto según la responsabilidad controvertida se califique como contractual o como extracontractual). Bien mirado, sin embargo, las consecuencias que de tal calificación se derivan son muchas: entre otras, el grado de culpa exigible; la legitimación para reclamar indemnización; el alcance de los daños indemnizables; o, las causas de extinción de la obligación¹³.

En nuestro concreto contexto –contexto de Derecho internacional privado–, la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual se erige en una cuestión clave. Y se erige en una cuestión clave porque –como ya adelantáramos– dependiendo de la calificación que se otorgue a esa responsabilidad será de aplicación una u otra norma de competencia judicial internacional y una u otra norma de conflicto. Normas de competencia judicial y ley aplicable que, obviamente, prevén puntos de conexión muy distintos según se trate de una responsabilidad contractual o extracontractual. Así, por ejemplo, si la responsabilidad en cuestión se califica como responsabilidad *contractual*, los tribunales españoles podrán declararse competentes cuando el contrato arbitral haya nacido o deba cumplirse en España (con más detenimiento, *infra* 25 ss); si, por el contrario, se califica como responsabilidad *extracontractual*, los tribunales españoles serán competentes, en principio, cuando el hecho del que derive la responsabilidad demandada haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España (art. 22.3 LOPJ)¹⁴.

13. Pues bien, el hecho de que la función del árbitro se equipare a la función del juez (en palabras del Tribunal Constitucional, el arbitraje como *equivalente jurisdiccional*¹⁵) *ha supuesto que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia exista cierta tendencia a equiparar la responsabilidad del árbitro con la responsabilidad del juez*¹⁶. Desde esta perspectiva –se afirma– «la responsabilidad del árbitro... debe correr en paralelo a la responsabilidad exigida a jueces y magistrados»¹⁷. De tal modo que la responsabilidad del árbitro se consideraría una responsabilidad extracontractual.

14. Esa responsabilidad *extracontractual*, sin embargo, no es tal, pues en tanto que responsabilidad que emana del contrato arbitral, es una responsabilidad contractual¹⁸. Así lo ha declarado el TS español: «La jurisdicción arbitral se basa en un contrato de derecho privado, y va dirigida a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes... es la única causa originadora del arbitraje;... concertado el contrato... y aceptado por los árbitros el encargo que se les hace, aquellos pueden imponer su parecer a las partes y el laudo es obligatorio para ellas porque quisieron previamente que les obligara»¹⁹. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana²⁰. De

¹³ Sobre esta cuestión, con todo detenimiento, L. F. REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en: L. F. REGLERO CAMPOS (Coor.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 136-144.

¹⁴ Ello siempre y cuando no fuera de aplicación el Reglamento 44/2001 al supuesto. Sobre los criterios de aplicación del Reglamento, *vid. infra* 26 ss.

¹⁵ Entre otras, STC 43/1988; 15/1989; 62/1991; 164/1995. La jurisprudencia está disponible en la página web del TC: www.tribunalconstitucional.es

¹⁶ J. F. MERINO MERCHÁN, *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 155-219. En la jurisprudencia española, como último referente, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Sevilla, 30.4.2010, JUR 2010\231706, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011 (1), pp. 262-265.

¹⁷ J. F. MERINO MERCHÁN, «Responsabilidad por error arbitral. Presupuestos procesales para su ejercicio», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011 (1), Madrid, p. 227.

¹⁸ También en este sentido, J. GONZÁLEZ SORIA, «Artículo 21», en: J. GONZÁLEZ SORIA, (Coor.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 281-282; F. MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 132-133. En cualquier caso, debe destacarse que la cuestión en torno a la calificación de la responsabilidad del árbitro como contractual o extracontractual no es en absoluto pacífica en la doctrina española. Una minuciosa enumeración de las distintas posturas al respecto puede verse en: J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 21», en: S. BARONA VILAR (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2011, pp. 932-933.

¹⁹ STS, 3.3.1989; RJ 1989\9882.

²⁰ Paradigmática, la sentencia del BGH en un supuesto relativo a la responsabilidad del árbitro: BGH, 5.5.1986, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 1987, 98, pp. 32-40.

hecho, el mismo TS alemán ha venido negando, desde hace tiempo ya, la aplicación analógica de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los jueces a supuestos relativos a la responsabilidad de los árbitros. Y la ha venido negando, precisamente, por entender que la responsabilidad de éstos últimos dimana del contrato arbitral²¹.

Ocurre, sin embargo, que esta responsabilidad contractual se manifiesta en dos ámbitos, en dos planos, en dos dimensiones: el plano de la actuación cuasi-jurisdiccional y el plano de la actuación *no* jurisdiccional. Y ocurre también que a cada uno de estos ámbitos, planos o dimensiones le corresponde un régimen distinto de responsabilidad. Así, si nos referimos a su ámbito de actuación cuasi-jurisdiccional (el árbitro en tanto que juez), nos referimos a la muy limitada responsabilidad prevista en el artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje (LA)²²; responsabilidad que, en cualquier caso, dimana del contrato arbitral. Si, del mismo modo, nos referimos a la responsabilidad que el árbitro asume respecto de las *partes*; es decir, si nos referimos a ese ámbito de actuación en el que el árbitro no juzga, no «dice el derecho», no asume una función jurisdiccional, nos referimos también a una responsabilidad que dimana del mismo contrato arbitral.

15. La anterior distinción supone, por tanto, reconocer dos regímenes distintos de responsabilidad del árbitro y, en consecuencia, negar la aplicación automática del artículo 21 LA –régimen especial de responsabilidad– a todos y cada uno de los supuestos de responsabilidad que puedan suscitarse (*infra* 20 ss). El particular régimen de responsabilidad previsto en el artículo 21 LA queda –debería quedar– reservado a los supuestos de responsabilidad que dimanen de una actuación cuasi-jurisdiccional del árbitro–. A continuación desarrollo esta idea con mayor detenimiento.

1. La actuación cuasi-jurisdiccional

16. Al ámbito de actuación cuasi-jurisdiccional (o de equivalente jurisdiccional) del árbitro corresponde toda y cualquier actividad que pertenece a su actividad cuasi-jurisdiccional; es decir, a su actividad de *iurisdictio*, de «imperium» para administrar la justicia: es el ámbito de las decisiones, de los juicios del árbitro sobre los derechos tanto materiales como procesales de las partes. Es el ámbito, en definitiva, de los ejercicios intelectuales de opinión del árbitro.

A este ámbito de actuación cuasi-jurisdiccional del árbitro pertenece el juicio que, en definitiva, constituye el laudo. Pero también pertenece a este ámbito de actuación otro tipo de decisiones del árbitro sobre los derechos procesales o materiales de las partes, como, por ejemplo, el juicio del árbitro sobre la validez del convenio arbitral (*ex art.* 9 LA); el juicio del árbitro sobre la propia competencia (*ex art.* 22 LA); el juicio del árbitro sobre la arbitrabilidad de la materia (*ex art.* 2 LA); el juicio del árbitro sobre la internacionalidad del arbitraje (*ex art.* 3 LA); el juicio del árbitro sobre la admisión de pruebas (*ex art.* 25 LA); el juicio del árbitro sobre la adopción de medidas cautelares (*ex art.* 23 LA); el juicio del árbitro sobre la ley o normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia (*ex art.* 34); y, el juicio del árbitro de aclaración o complemento del laudo (*ex art.* 39 LA).

En ese ámbito de enjuiciamiento de decisión, de actuación cuasi-jurisdiccional, la responsabilidad del árbitro es una responsabilidad limitada por la ley –en España, por la Ley de Arbitraje– al dolo, mala fe y temeridad (*ex art.* 21 LA). De tal modo que, en sus juicios, el árbitro no es responsable, salvo que en su actuación intervenga con dolo, mala fe o temeridad²³. En ese ámbito de responsabilidad, el alcance de la misma es la establecida para el dolo en el segundo párrafo del artículo 1107 del Código civil:

²¹ BGH, 6.10.1954, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 1955, 15, pp. 13-17.

²² Este artículo dispone: *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...*

²³ También escapa al objeto de este estudio profundizar en el alcance de estos tres términos. Baste ahora con recordar que la *temeridad* –término frecuentemente invocado por las partes– engloba la llamada «ignorancia inexcusable» –mejor, negligencia inexcusable–: «esto es, aquellos supuestos extremos como la contradicción del laudo arbitral con una norma imperativa, la aplicación de normas expresamente derogadas, la infracción palmaria del principio de igualdad de trato, de audiencia o contradicción en el procedimiento arbitral, etc.» (J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 21», *cit.*, p. 940).

«En caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»²⁴.

17. Sin ánimo de profundizar en la *ratio* de este precepto (artículo 21 LA), baste ahora con señalar que tanto la jurisprudencia menor como la doctrina suelen apoyarse en la desafortunada sentencia del TS de 26.4.1999²⁵ para determinar su alcance. Esta sentencia interpreta el artículo 16 LA de 1988 (equivalente al artículo 21 LA hoy en vigor) y, en su virtud, la «antijuridicidad dañina intencional» se erige en un «requisito indispensable que exige la moderna doctrina basada en la tesis germánica de la *‘Widerrecht lichen’* [sic], para que pueda surgir una responsabilidad por culpa e imputable a los tantas veces mencionados árbitros». Pues bien, resulta que la tesis germánica de la *‘Widerrecht lichen’* no tiene el contenido de intención dañina que el TS español le otorga. Y no la tiene porque la expresión como tal no existe. Existe el adjetivo *widerrechtlich* (plural, *widerrechtlichen*) cuya traducción al español es, sencillamente, la de «contrario a derecho» o «ilegal». Una expresión ‘neutra’ de la que difícilmente puede extraerse la tesis sobre la que el TS sustenta su fallo.

2. La actuación *no* jurisdiccional

18. Al margen de su actuación cuasi-jurisdiccional, es claro que con la firma del contrato arbitral (recordemos, un contrato *sui generis*, denominado en la doctrina alemana como *Schiedsrichtervertrag* –*supra* 7 ss–) el árbitro asume otro tipo de obligaciones; un tipo de obligaciones que no consisten en juzgar sobre los derechos de las partes, pero que también le son exigibles; un tipo de obligaciones, en fin, que debe cumplir porque también se ha comprometido a ellas con las partes. Este tipo de obligaciones son de naturaleza distinta (insisto en este dato: son de naturaleza distinta) a la naturaleza de la actuación jurisdiccional.

Obligaciones dentro de su actuación *no* jurisdiccional son, por ejemplo, la obligación del árbitro de poner de manifiesto a las partes las circunstancias que puedan poner en duda su imparcialidad e independencia (*ex art.* 17.2 LA); la obligación del árbitro de mantenerse independiente e imparcial (*ex art.* 17.1 LA); la obligación de nombrar al tercer árbitro (*ex art.* 15 b/ LA); la obligación del árbitro de renunciar a su cargo si fuere recusado y existiere causa de ello o la otra parte aceptare la recusación (*ex art.* 18.2 LA); la obligación de concurrir con los otros árbitros a las deliberaciones del tribunal y votar (*ex art.* 35 LA); la obligación de dictar el laudo en plazo (*ex art.* 37 LA); y otras.

19. Como podrá observarse, las obligaciones citadas no forman parte de la actividad cuasi-jurisdiccional del árbitro. Y precisamente por ello, en el ámbito de actuación anteriormente citado (actuación *no* jurisdiccional) el árbitro es responsable con las partes en los términos previstos en el régimen general de la responsabilidad (en España, los arts. 1091 y 1101 Código civil²⁶). Es decir, en el ámbito de la actividad *no* jurisdiccional, el árbitro está sujeto al régimen de la responsabilidad contractual ordinaria. Un régimen de responsabilidad más amplio –menos limitado, menos restrictivo– que el previsto en el artículo 21 LA.

3. La actuación cuasi-jurisdiccional *v.* la actuación *no* jurisdiccional: una distinción necesaria para la delimitación de la responsabilidad

21. Este doble régimen de responsabilidad arbitral está ampliamente reconocido –aunque no estrictamente delimitado– tanto en la jurisprudencia como en la doctrina²⁷ y es consecuencia –como se ha recalcado ya– de la particular naturaleza del contrato arbitral.

²⁴ Como es bien sabido, la temeridad –culpa lata, imprudencia extrema, negligencia inexcusable– no requiere, a diferencia del dolo, intención de perjudicar. Ocurre, no obstante, que la gravedad de la culpa en el ámbito de la temeridad se considera de tal importancia que sus consecuencias jurídicas se equiparan a las del dolo: *culpa lata dolo equipatur*.

²⁵ STS, 26.4.1999; RJ 2000\4178. Siguiendo esta jurisprudencia, SAP de Vizcaya de 6.3.2002 (Sección 5ª), JUR 2002\219970.

²⁶ A cuyo tenor: *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 contravinieron al tenor de aquélla.*

²⁷ En la doctrina española, muy ilustrativo, D. ARIAS LOZANO, «Artículo 21», en: D. ARIAS LOZANO, (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 227. *Vid.* También, L. MUÑOZ SABATÉ, «Artículo 21», en: A. DE MAR-

22. En efecto, aunque de forma muy embrionaria, la distinción propuesta está presente en la jurisprudencia española. Así, la sentencia de la AP de Barcelona de 15.12.1995 ya estableció: «*Pese a que la citada Ley de Arbitraje no contenía una norma expresa definitoria del régimen de responsabilidad civil exigible a los árbitros... ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de 'dación y recepción del arbitraje' que los árbitros responden a tenor de lo dispuesto en los artículos 1091 y 1101*»²⁸.

Más interesante aún a los efectos de este trabajo es la posterior sentencia de la misma AP de Barcelona, de fecha de 25.4.2003²⁹, en cuya virtud: «*el artículo 25 de la precedente Ley de Arbitraje fue norma decisiva para que la doctrina subsumiera el encargo arbitral en el contenido propio del contrato de mandato, naturaleza que trasladaba la responsabilidad del árbitro al esquema propio de la nacida del contrato (arts. 1089, 1091, 1101 Cc)*». Y continúa: «*La perfecta equiparación, no obstante, ha sido objeto de matizaciones determinadas por la especial naturaleza del encargo arbitral, que atribuye facultades no ya de gestión sino decisorias de una controversia que afecta a los intereses de los mandantes, y que obligan al árbitro a situarse en un plano superior que desvirtúa la mera actuación en defensa del interés dómínus (propia del mandato) para emitir un juicio que vinculará a las partes, en posición neutral, independiente e imparcial, previa calificación de hechos, actos y conductas, con absoluta independencia de instrucciones o indicaciones del conferente del encargo*». «*En todo caso, el acomodo de la función arbitral en el molde propio del mandato pasará por admitir en el ámbito típico de gestión como es la decisoria, con desvinculación del interés económico o jurídico, perceptible o expresado... Aceptada esta pluralidad o diversidad objetiva sin desvirtuar el esquema causal típico del mandato, será apreciable, según los casos, en función de la naturaleza del encargo, la analogía con otras figuras contractuales o, incluso, con funciones propias de instituciones estatales, que actúan dotadas de imperium o de potestad coercitiva*».

Paradigmáticas en el mismo sentido son también las sentencias de la AP de León de 15.11.2002³⁰ y de la AP de Madrid de 11.6.2002³¹. En virtud de la primera sentencia citada, se condena al árbitro a pagar una indemnización a una de las partes por haber dictado el laudo fuera del plazo establecido. Es decir, la Audiencia no condena al árbitro en el marco de su actuación de juzgar (ámbito cuasi-jurisdiccional), sino en el ámbito de su actuación *no* jurisdiccional; esto es, en el ámbito de sus obligaciones respecto de las partes: si se comprometió con las partes a dictar el laudo en un plazo determinado, así debió hacerlo. Y al no cumplir con tal compromiso, puede declararse, a la luz de las circunstancias, responsable. El mismo planteamiento se constata en la segunda sentencia. En este caso, la Audiencia de Madrid afirma que «*si el árbitro no resuelve todas las cuestiones litigiosas que le fueron sometidas, se puede exigir responsabilidad al mismo*». De nuevo, el tribunal aprecia una posible responsabilidad del árbitro en el marco de su actuación *no* jurisdiccional, pues no resolvió mediante laudo lo comprometido con las partes.

23. La doctrina, por su parte, admite en abstracto un régimen de responsabilidad más allá del previsto para la actuación cuasi-jurisdiccional, si bien no ha planteado una distinción teórica como la que aquí se propone. En efecto, tanto la doctrina española como la doctrina comparada³² admite una

TÍN MUÑOZ / S. HIERRO ANIBARRO (Coors.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 373. En la doctrina comparada, véase: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 619; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, París, 2000, p. 704; J. LEW / L. MISTELLIS / S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 294-296; J. F. POUURET / S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, pp. 375-376. En la jurisprudencia comparada, véase, *Cour de cassation*, 6.12.2005, *Revue de l'arbitrage*, 2006, pp. 126-138 (con nota de C. JARROSON); *Finnish Supreme Court*, 31.1.2005, en: G. MÖLLER, «The Finnish Supreme Court and the Liability of Arbitrators», *Journal of International Arbitration*, 2006, Vol. 23, pp. 95-99.

²⁸ Tomo la referencia de esta sentencia de: J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 21», *cit.*, p. 937 y J. GONZÁLEZ SORIA, «Artículo 21», *cit.*, p. 283.

²⁹ SAP de Barcelona de 25.4.2003 (Sección 15ª), JUR 2004/14239.

³⁰ SAP de León de 15.11.2002 (Sección 3ª; rec. 268/2002), *La Ley* 190990/2002.

³¹ SAP de Madrid de 11.6.2002 (Sección 21ª; rec. 1369/1998), *La Ley* 110234/2002.

³² En la doctrina comparada, muy ilustrativo y amparado en la jurisprudencia austríaca, H. KREJCI, «Zur Schiedsrichterhaftung», *ÖJZ*, [2007] 03, pp. 87-98. En la doctrina alemana, por todos, J. GAL, *Die Haftung...*, *cit.*, pp. 121-351. En la doctrina española, *vid.* F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Incumplimiento...», *cit.*, p. 4221; D. ARIAS LOZANO, «Artículo 21», *cit.*, pp. 227-228; J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 21», *cit.*, p. 940.

compatibilidad entre un régimen prácticamente inmune de responsabilidad (como corresponde al ámbito cuasi-jurisprudencial) y un régimen de responsabilidad del árbitro en tanto que prestador de servicios –un régimen, este último, también limitado³³–. Incluso la doctrina norteamericana, tradicionalmente a favor de un amplio régimen de inmunidad en el ámbito de la responsabilidad del árbitro (habida cuenta, sobre todo, de las particularidades del ordenamiento norteamericano en materia de responsabilidad), plantea ahora una revisión de tal modelo, abogando por una diferenciación entre aquellos supuestos en los que la inmunidad absoluta debe mantenerse y aquellos otros en los que cierto grado de responsabilidad es exigible³⁴. O dicho de otro modo: sin llegar a plantear una distinción teórica en virtud de la cual delimitar el régimen de responsabilidad aplicable, la doctrina acepta un régimen de responsabilidad compatible con el privilegio de responsabilidad que concede la función cuasi-jurisdiccional del árbitro.

Para cierto sector doctrinal, ese doble régimen tendría cabida en el ámbito de aplicación material del artículo 21 LA³⁵. Mucho más interesante –y más acertada– resulta, por el contrario, aquella propuesta doctrinal en cuya virtud se acepta –en determinados supuestos– la aplicación del régimen común de responsabilidad del Cc en el ámbito de la responsabilidad civil del árbitro³⁶. A mi juicio, este régimen de responsabilidad del Cc sería aplicable en el ámbito de la actuación *no* jurisdiccional del árbitro.

24. Por fin, es menester recordar que tras la reciente reforma de la Ley de Arbitraje española³⁷, el doble régimen de responsabilidad que venimos proponiendo está implícitamente reconocido en la nueva redacción dada al artículo 37.2 *in fine* LA³⁸.

25. Como consecuencia de lo hasta aquí dicho puede afirmarse, por tanto, que para declarar la responsabilidad del árbitro no es necesario, como establece el TS en su sentencia de 22.6.2009, delimitar una serie de criterios generales cuyo cumplimiento genera responsabilidad (criterios generales que se establecen tomando como coordenadas puntos de vista tanto *positivos* como *negativos*³⁹). *Antes bien, para determinar la responsabilidad del árbitro es necesario encuadrar el supuesto de responsabilidad controvertido en uno de los dos ámbitos de actuación del mismo: el ámbito cuasi-jurisdiccional y el ámbito no jurisdiccional.* Una vez delimitado el supuesto controvertido en alguno de estos dos ámbitos, podrá

³³ Tan limitado que, en principio, exigiría la previa anulación del laudo.

³⁴ En este sentido, A. T. GUZMAN, «Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules», *Berkeley Law*, January 2000, pp. 1279-1334; S. D. FRANCK, «The Liability of International Arbitrators: a Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity», *N. Y. L. Sch. J. Int’L & Comp. L.*, Vol. 20, 2000, pp. 1-59; M. RASMUSSEN, «Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England and France», *Fordham International Law Journal*, Vol. 26, Issue 6, 2002, pp. 1824-1875; M. A. WESTON, «Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration», *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2004, pp. 449-517; P. B. RUTLEDGE, «Toward a Contractual Approach to Arbitral Immunity», *Georgia law*, 2004, http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/518, pp. 151-214; *Idem*, «Market Solutions to Market Problems: Re-Examining Arbitral Immunity as a Solution to Unfairness in Securities Arbitration», *Pace Law Review*, 113 (2005), pp. 113-132.

³⁵ Por ejemplo, J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 21», *cit.*, pp. 936-938.

³⁶ En este sentido, por todos, D. ARIAS LOZANO, «Artículo 21», *cit.*, p. 227: «Pero aún cabría incluso ir más allá. Si bien se mira, el precepto en cuestión establece cuándo los árbitros son responsables (en supuestos de mala fe, temeridad o dolo), pero no cuándo no lo son (culpa). Es decir, cabe sostener que el precepto no establece explícitamente una exención de responsabilidad por culpa de los árbitros, y que no sería aceptable una interpretación sensu contrario del precepto (como sería la de postularse que como los árbitros sí responden por mala fe, temeridad o dolo, hay que entender que no responden por culpa). Y no sería aceptable porque supondría predicar una interpretación extensiva de una exoneración de responsabilidad. Y la consecuencia ante tal silencio no sería otra que la necesidad de postular la aplicabilidad de los regímenes generales de responsabilidad por culpa, sea ésta contractual (1101 CC) y extracontractual (1902 CC). No en vano tales regímenes operan con carácter general, y en buena ley, sólo admiten exclusiones o limitaciones explícitas».

³⁷ *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* (BOE núm. 121, 21.5.2011).

³⁸ A cuyo tenor: «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».

³⁹ STS (Civil) de 22.6.2009; *La Ley 184094/2009*. Los criterios establecidos en esta sentencia para determinar cuándo existe responsabilidad del árbitro deben reinterpretarse a la luz del texto reformado de la LA (*vid.* nota a pie núm. 37). Así, tal y como puede deducirse del actual tenor del artículo 37.2 LA, ya no es necesario que el laudo haya sido anulado para que pueda apreciarse responsabilidad en determinados supuestos; por ejemplo, cuando el laudo haya sido dictado fuera de plazo.

determinarse el régimen de responsabilidad aplicable: *ordinario* para los supuestos encuadrables en el ámbito no jurisdiccional (regulado en el Cc), y *especial* para los supuestos encuadrables en el ámbito cuasi-jurisdiccional (regulado en el art. 21 LA). Si se acepta esta distinción –en línea con lo pretendido por el legislador tras la reforma de la LA–, habrá que convenir también que no siempre será necesario agotar las vías de impugnación del laudo para poder apreciar la responsabilidad del árbitro. Y es que, tras la entrada en vigor de la citada reforma de la LA, un laudo dictado fuera de plazo puede dar lugar a la responsabilidad del árbitro sin que, por ello, el laudo sea anulable (*ex art. 37 LA*). Si, por el contrario, la responsabilidad que se demanda tiene su origen en una infracción procesal –básicamente, principios de igualdad, audiencia y contradicción–, la jurisprudencia del TS arriba citada en cuya virtud se exige la nulidad del laudo para apreciar responsabilidad, sigue vigente.

IV. Competencia judicial internacional

26. Visto entonces el doble régimen de responsabilidad (cuasi-jurisdiccional y no jurisdiccional) que asume el árbitro con la firma del contrato arbitral; y visto también que ese doble régimen de responsabilidad es, en cualquier caso, un régimen de responsabilidad *contractual*, cabe preguntarse ahora por el régimen legal de la competencia judicial internacional. Es decir, cabe preguntarse ahora por el alcance y contenido de las normas que regulan la posible competencia de los tribunales de un Estado determinado para conocer de esta responsabilidad.

A partir de lo hasta aquí dicho, puede afirmarse que el punto de partida en este contexto –contexto de competencia judicial internacional– es el siguiente: sea cual sea el régimen de responsabilidad que se demande al árbitro –responsabilidad en el ámbito de su actividad cuasi-jurisdiccional o responsabilidad en el ámbito de su actividad no jurisdiccional– las normas de competencia judicial internacional aplicables serán, en tanto que ambos ámbitos de actuación son de origen contractual, las mismas, a saber: las normas de competencia judicial internacional aplicables con carácter general a todos los supuestos o, alternativamente, las normas de competencia judicial internacional aplicables en materia de contratos.

27. Pues bien, en la medida en que –como se verá– la cuestión relativa a la competencia judicial internacional está armonizada en el Derecho procesal civil europeo por el Reglamento Bruselas I (*supra* 1), puede adelantarse ya que las soluciones que aquí se expongan serán válidas para todos los Estados de la Unión Europea (UE). O dicho de otro modo, plantee donde se plantee en la UE una acción de este tipo, la norma que designa la competencia de los tribunales competentes es la misma para todos los Estados miembros. Esa norma (el Reglamento Bruselas I) determinará, además, los tribunales del Estado miembro que finalmente serán competentes para conocer de esta cuestión.

No obstante lo anterior, para aplicar el Reglamento Bruselas I debe comprobarse que el supuesto controvertido reúne dos condiciones. La primera condición es que la materia –responsabilidad civil del árbitro– esté incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (*ex art. 1*). La segunda es que el supuesto en cuestión reúna el requisito de aplicación personal que el mismo Reglamento –*ex art. 2*– exige, a saber: que el demandado esté domiciliado en la Unión Europea. Se trata, en definitiva, de verificar que el supuesto controvertido cumple cumulativamente con dos requisitos de aplicación necesarios –material y personal– para que el mismo Reglamento pueda ser aplicado.

28. Respecto del requisito de aplicación *material* debe señalarse lo siguiente. Una primera lectura del artículo 1 del Reglamento Bruselas I⁴⁰, podría llevar a la errónea conclusión de que la responsabilidad del árbitro, en tanto que materia íntimamente vinculada al arbitraje, queda excluida del mismo. En efecto,

⁴⁰ A cuyo tenor: 1. *El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.* 2. *Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; c) la seguridad social; d) el arbitraje.* El Reglamento Bruselas I refundido (*vid. supra* nota 2) mantiene la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del mismo.

en la medida en que el arbitraje, como tal, es una materia expresamente excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento, podría interpretarse –o mejor, podría quererse interpretar– que todo aquello que de un modo u otro queda vinculado al mismo queda excluido del ámbito de aplicación del Reglamento.

La cuestión así planteada no es baladí, pues debe advertirse que en Europa existe una fuerte –e interesada– corriente doctrinal que aboga por mantener el arbitraje fuera de cualquier regulación comunitaria. Se trata, de este modo, de preservar la autonomía regulatoria de cada Estado en una materia que, lejos de lo que pudiera parecer, se caracteriza por mantener –a nivel comparado– importantes divergencias tanto teóricas (doctrinales) como prácticas (jurisprudenciales)⁴¹.

29. Sin ánimo de terciar ahora en ese debate –inclusión *versus* exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I⁴²–, puede afirmarse con rotundidad que la responsabilidad civil del árbitro es una materia que, en cualquier caso, está incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento. Ello es así porque: (i) la responsabilidad contractual está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (*ex art. 5*); y, (ii) porque la sentencia del TJUE en el asunto *Van Uden*⁴³ estableció con meridiana nitidez respecto de la relación arbitraje y Reglamento Bruselas I que, en la medida en que el objeto de la controversia «no se refiera al arbitraje como materia, sino a la salvaguarda de derechos de naturaleza muy variada... la inclusión del supuesto en el ámbito de aplicación del Convenio [hoy Reglamento Bruselas I] viene determinada no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguarda garantizan». O dicho de otro modo, en la medida en que la relación contractual entre árbitro y parte es una relación contractual con independencia de que se geste en el contexto arbitral, su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento es incontestable.

30. Respecto del requisito de aplicación *personal* –domicilio del demandado en la UE–, debe destacarse lo siguiente. La falta de residencia habitual del demandado (en nuestro supuesto, el árbitro)

⁴¹ Un ejemplo de esto último puede encontrarse en la sentencia *Dallah, Supreme Court*, [2009] EWCA Civ 755. Sobre esta sentencia *vid.* G. CUNIBERTI, «Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l'arbitrage International?», *Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010-1; pp. 159-171; J. GRIERSON / M. TAOK, «Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d'Appel», *Journal of International Arbitration*, 2011, pp. 407-422.

Dallah, una empresa constructora saudí firmó un Acuerdo con un Trust -creado por el Gobierno de Pakistán- para construir un complejo hotelero en La Meca. El Trust en cuestión dejó de existir como entidad legal en diciembre de 1996, como consecuencia, según el Gobierno de Pakistán, de un incumplimiento de ciertas obligaciones que *Dallah* debía de haber realizado en determinado plazo. Disconforme con la decisión, *Dallah* inició un arbitraje CCI con sede en París. El primer problema que habida cuenta de las circunstancias descritas se planteó ante el colegio arbitral, giraba alrededor de la eficacia del convenio, pues el Trust que lo suscribió no existía como tal en el momento del inicio del arbitraje. En definitiva, el colegio tuvo que resolver con carácter previo sobre una cuestión relativa a la extensión de los efectos del convenio arbitral. Pues bien, tanto para el colegio arbitral como para la *Cour d'appel*, la extensión de los efectos del convenio a las partes no firmantes del mismo (en el caso, el Gobierno de Pakistán) debía estudiarse a la luz de «those transnational general principles and usages reflecting the fundamental requirements of justice trade and the concept of good faith in business» (derecho francés). En aplicación de estos principios, ambos llegaron a la conclusión de que el convenio arbitral era válido. Planteado el exequátur del laudo interlocutorio en el Reino Unido, se llegó a una conclusión distinta; es decir, los jueces británicos estimaron que el convenio arbitral no era válido. Lo cual resultó particularmente llamativo, habida cuenta de que, por mor del artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 (CNY), los jueces británicos aplicaron el mismo Derecho francés para determinar la validez del convenio arbitral; es decir, también aplicaron «esos principios generales transnacionales basados en la justicia y buena fe».

⁴² B. HESS, «Improving the Interfaces Between Arbitration and European Procedural Law – The Heidelberg Report and the EU Commission's Green Paper on the Reform of the Regulation Brussels I», *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010, 1, pp. 17-30; M. GÓMEZ JENE, «Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, Nº. 1, pp. 339-358; <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>; M. ILMER, «Brussels I and Arbitration Revisited – The European Commission's Proposal COM (2010) 748 final», *RabelsZ*, 2011, pp. 645-670; *Id.*, «Der Kommissionsvorschlag zur Reform der schnittstelle der EuGVO mit der Schiedsgerichtsbarkeit», *SchiedsVZ*, 2011, pp. 248-257; L. G. RADICATI DI BROZOLO, «Arbitration and the Draft Revisited Brussels I Regulation: seeds of home Country Control and of Harmonization», *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 423-460; B. HESS, «Die Reform der Verordnung Brüssel I und die Schiedsgerichtsbarkeit», *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2011, pp. 648-655.

⁴³ Sentencia del TJUE, de 17.11.1998, asunto C-391/95. Sobre esta sentencia, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI / M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (A propósito de la Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)», *Tribunales de Justicia*, 1999, 4, pp. 303-318.

en un país miembro de la UE impide que el Reglamento Bruselas I sea aplicable; es decir, en principio, si el árbitro cuya responsabilidad pretende demandarse no reside en la UE –por ejemplo, por tratarse de un árbitro latinoamericano con residencia en un país de América Latina–, los foros de competencia que prevé el Reglamento no son de aplicación al supuesto. Ello, no obstante, no quiere decir que un árbitro sin residencia habitual en la UE no pueda ser demandado en Europa por responsabilidad. Lo que ocurre es que ese árbitro sólo podrá ser demandado conforme a los foros de competencia judicial internacional previstos en el ordenamiento autónomo de cada Estado (*infra* 33).

Esta circunstancia –la no aplicación de los foros de competencia del Reglamento por no tener el demandado residencia habitual en la UE–, no supone ninguna ventaja para el árbitro cuya responsabilidad se demanda. Antes al contrario, supone un riesgo procesal adicional, en tanto que al no aplicarse el Reglamento Bruselas I, nada impedirá que ese mismo árbitro pueda ser demandado simultáneamente en dos Estados miembros de la UE. En efecto, el Reglamento Bruselas I «protege» al demandado de cualquier supuesto de litispendencia internacional (regula esta cuestión expresamente). Por el contrario, el ordenamiento jurídico español no regula tal cuestión, por lo que, en principio, nada obsta para que un tribunal español se declare competente para conocer de la responsabilidad de un árbitro sin perjuicio de que otro tribunal de un Estado miembro de la UE ya lo esté haciendo o previsiblemente vaya a hacerlo.

31. El marco legal anteriormente descrito no variará sustancialmente tras la entrada en vigor (prevista para enero del 2015) del nuevo Reglamento Bruselas I *refundido*⁴⁴. *Y es que, si bien el criterio del domicilio del demandado como criterio de aplicación personal del futuro Reglamento no será exigible a todos los supuestos (en concreto, el requisito en cuestión se exceptúa en los litigios relativos a contratos de consumo y en los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo), en el supuesto que ahora estudiamos, sí debe darse para que sus normas de competencia judicial sean de aplicación.*

32. En consecuencia, si el árbitro tuviese su residencia habitual en la UE (con independencia absoluta de la nacionalidad que ostente), serían competentes para conocer de este tipo de supuestos, o bien los tribunales del lugar de la residencia habitual del árbitro (*ex art. 2*), o bien los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (*ex art. 5.1*). Cuando dicha obligación constituya una prestación de servicios (frente a una compraventa de mercaderías), se considerará que el lugar que en el que debiere ser cumplida la obligación será aquel en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Desde la perspectiva de nuestro supuesto –responsabilidad del árbitro–, puede entenderse que el lugar en el que hubieren sido o debieren ser prestados los servicios es el lugar donde se hubiere celebrado o debiere celebrarse el arbitraje. Es decir, en virtud del artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I, los tribunales del lugar del arbitraje serían, en principio, los tribunales competentes para conocer de un supuesto de responsabilidad del árbitro. No obstante lo anterior, el TJUE ha indicado que el lugar en cuestión debe determinarse conforme «a la ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio»⁴⁵ (*infra* 33 ss).

33. Por fin, en caso de que no fuera de aplicación el Reglamento Bruselas I para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado miembro en supuestos de responsabilidad del árbitro (porque el árbitro no tuviera su residencia habitual en Europa), la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 22 LOPJ. En aplicación de este precepto, los tribunales españoles son competentes en esta materia cuando la obligación contractual –en nuestro caso, el contrato arbitral– haya nacido o deba cumplirse en España⁴⁶. La citada norma contempla, por tanto, dos criterios que, alternativamente, deben cumplirse en España: lugar de celebración y/o lugar de cumplimiento.

⁴⁴ *Vid. supra* nota a pie núm. 2.

⁴⁵ Sentencia del TJUE, de 28.9.1999, asunto C-440/97.

⁴⁶ En concreto, el art. 22.3 LOPJ establece: «en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España».

Tales criterios de competencia no son, con todo, de aplicación sencilla. De hecho, su aplicación práctica ha planteado y plantea serias dudas hermenéuticas. Así, por ejemplo, la concreción del lugar de celebración del contrato no resulta fácil de determinar cuando el contrato se ha celebrado entre ausentes (art. 1.262 Cc)⁴⁷. Y no lo es porque, pese a que el artículo 22 LOPJ constituye un precepto de fuente interna, su interpretación debe hacerse –por coherencia– a la luz de la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I. O dicho de otro modo, aunque no sea de aplicación el Reglamento Bruselas I para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad del árbitro, los criterios hermenéuticos desarrollados por el TJUE en este ámbito deben ser tenidos en consideración.

5. Ley aplicable

34. Supuesta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles –o de algún otro tribunal de un Estado miembro de la UE– en base a los foros de competencia judicial descritos (Reglamento Bruselas I o art. 22 LOPJ), queda todavía por determinar la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro.

35. En este contexto, tal y como adelantáramos anteriormente (*supra* 1), también se plantea –aunque en menor medida– la cuestión relativa a la concreción de la norma aplicable. Y es que, también en este ámbito conviven en el ordenamiento jurídico español normas de fuente *interna* y normas de fuente *comunitaria europea*: en concreto, el artículo 10.5 del Código civil y el Reglamento Roma I⁴⁸. La primera cuestión radica, por tanto, en determinar cuál de estas dos normas es la aplicable al supuesto de responsabilidad.

La interrogante así planteada no debe suscitar, en principio, mayores dificultades. En efecto, lejos de las dudas que en su momento planteó la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I, en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, la cuestión no puede plantear duda alguna. El tenor del artículo 1 de este Reglamento es claro en cuanto que –únicamente– excluye de su ámbito de aplicación material algo muy concreto: «los convenios de arbitraje»⁴⁹. Tan precisa delimitación –frente a la muy genérica que utiliza el Reglamento Bruselas I («arbitraje»)– permite sostener sin mayor duda que el contrato arbitral (*Schiedsrichtervertrag*), en tanto que obligación contractual en materia civil y mercantil, está incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I⁵⁰. En consecuencia, son las normas de conflicto de este Reglamento las que determinan la ley aplicable a un contrato arbitral⁵¹.

36. Siendo esto así, procede estudiar entonces qué normas, de entre las previstas en el Reglamento Roma I, pueden ser de aplicación a nuestro supuesto.

Pues bien, en virtud de este Reglamento, la relación contractual del árbitro con las partes se rige, en primer lugar, por la ley que ambas hayan elegido (*ex art. 3*). Será esa ley, por tanto, la que determine la posible responsabilidad del mismo.

⁴⁷ Escapa al objeto de este trabajo profundizar sobre este punto. No obstante, puede encontrarse un riguroso análisis en: M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 158-159.

⁴⁸ *Vid. supra* nota a pie núm. 3.

⁴⁹ El artículo 1 del Reglamento Roma I establece: 1. *El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.* 2. *Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: ... e) los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente.*

⁵⁰ Ya en este sentido, B. VON HOFFMANN, «Der internationale Schiedsrichtervertrag –eine kollisionsrechtliche Skizze», en: A. PLANTEY, *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1994, pp. 143-153. Sobre la relación arbitraje- Reglamento Roma I *vid.*, por todos, P. MANKOWSKI, «Rom I-VO und Schiedsverfahren», *RIW*, 2011, pp. 30-44. Para un breve estudio doctrinal sobre esta cuestión, antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980, *vid.*, W. MÜLLER-FREIENFELS, «Der Schiedsrichtervertrag in kollisionsrechtlicher Beziehung», en: *Liber Amicorum Ernst J. Cohn. Festschrift für Ernst J. Cohn zum 70. Geburtstag*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1975, pp. 147-162; C. LIEBSCHER, «Schiedsrichtervertrag und anwendbares Recht», *Betriebs- Berater*, 55. Jg, *Beilage* 11, 23.9.1999, pp. 2-4.

⁵¹ El Reglamento es de aplicación en todos los Estados miembros de la UE (excepto Dinamarca) y tiene carácter universal o *erga omnes* (art. 2): la ley designada por sus normas de conflicto se aplica aunque no sea la de un Estado miembro.

La ley en cuestión no tiene por qué estar vinculada con el supuesto de hecho, no tiene por qué regir todo los aspectos del contrato y no tiene por qué ser la misma a lo largo de la relación contractual (*ex art. 3*). En efecto, nada impide que un árbitro con nacionalidad y residencia habitual en Perú pacte la aplicación del Derecho francés al contrato arbitral, aun cuando el arbitraje del que traiga causa ese contrato no tenga relación alguna con este país. Del mismo modo, nada impide que las partes pacten un régimen de responsabilidad *ad hoc*; esto es, un régimen de responsabilidad regido por una ley distinta de aquella que rige otros aspectos del contrato. Y nada impide tampoco que, en cualquier momento de la relación contractual, las partes acuerden el sometimiento del contrato a una ley distinta de la inicialmente prevista.

37. En el supuesto—probable—de que el contrato arbitral no contenga cláusula expresa de ley aplicable; esto es, en el supuesto de que las partes no hayan hecho uso de esa facultad que les confiere el Reglamento Roma I, el juez que conozca del asunto deberá determinar cuál, de entre las posibles leyes aplicables, debe regir el contrato arbitral. Para este cometido, el Reglamento Roma I—de aplicación imperativa⁵²— establece un punto de conexión específico, en cuya virtud: «el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador de servicios tenga su residencia habitual» (art. 4.1 b/).

En consecuencia: supuesta la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado miembro de la UE para conocer de un supuesto de responsabilidad del árbitro, la ley aplicable para determinar tanto la existencia como el alcance de esa responsabilidad será, en defecto de elección expresa de las partes, la ley de la residencia habitual del árbitro (en tanto que prestador del servicio). Lo anterior será así excepto que del conjunto de circunstancias del supuesto se desprenda «que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país» (art. 4.3).

38. Por fin, debe señalarse que la ley finalmente aplicable al contrato arbitral—bien sea la elegida por las partes, bien sea la de la residencia habitual del árbitro—goza de un ámbito de aplicación muy amplio. Así, la ley en cuestión regirá: la interpretación del contrato, el cumplimiento de las obligaciones que genere; las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de esas obligaciones (incluida la evaluación del daño); los diversos modos de extinción de las obligaciones; y, las consecuencias de la nulidad del contrato (art. 12).

VI. Conclusiones

39. De lo hasta aquí dicho pueden extractarse varias conclusiones. En concreto:

I. La responsabilidad del árbitro es una responsabilidad que debe calificarse como responsabilidad contractual. Ello es así en tanto en cuanto deriva de un contrato: el contrato arbitral. Lo anterior no obsta para que también pueda darse una responsabilidad del árbitro extracontractual: por ejemplo, cuando su laudo afecte indebidamente a terceros no vinculados al arbitraje.

II. La responsabilidad es contractual con independencia del ámbito de actuación del árbitro. En efecto, tanto en el ámbito de su actividad cuasi-jurisdiccional, como en el ámbito de su actividad *no* jurisdiccional, el árbitro puede ser responsable. Ocurre, sin embargo, que la responsabilidad en el ámbito de su actividad cuasi-jurisdiccional está especialmente restringida (art. 21 LA), mientras que, en el ámbito de su actividad *no* jurisdiccional, el régimen de responsabilidad es el régimen ordinario (1091 y 1101 Cc).

III. En materia de competencia judicial internacional, la responsabilidad del árbitro está regulada en dos normas: en el Reglamento Bruselas I, por un lado; y en el artículo 22 LOPJ, por otro. Si se da el requisito de aplicación personal (domicilio del demandante en la UE), el Reglamento será de aplicación. Si,

⁵² *Vid. supra* nota a pie núm. 1.

por el contrario, el demandado (el árbitro) no tiene su residencia habitual en la UE, se aplicará el artículo 22 LOPJ para determinar la competencia de los tribunales españoles.

IV. Para determinar la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro, habrá de estarse, en todo caso, a lo previsto en las normas de conflicto del Reglamento Roma I. En su virtud, las partes podrán elegir libremente la ley aplicable al convenio arbitral. En defecto de acuerdo al respecto, la ley aplicable al mismo será la ley de la residencia habitual del árbitro.