

EL ARBITRAJE: UN EJERCICIO DE RESPONSABILIDAD

José María Alonso Puig*
Académico correspondiente extranjero

Cuando las partes confían en resolver sus controversias mediante arbitraje, de cierto modo comprometen la responsabilidad de una persona, que todavía está por determinar. Una vez sobreviene la controversia, se nombra a los árbitros y estos aceptan; los árbitros no solo aceptan la misión de resolver la controversia, sino que también asumen un compromiso de responsabilidad.

Es evidente que los árbitros, con su conducta dentro del procedimiento, pueden causar graves daños, por ejemplo: dictando el laudo fuera de plazo; no dando el mismo trato a las partes; concediendo o denegando medidas cautelares; vulnerando la confidencialidad; incumpliendo su obligación de revelar las circunstancias que puedan afectar su independencia o imparcialidad, etc. Con su conducta, los árbitros no solo pueden causar daños a las partes, también a los demás miembros del tribunal arbitral, a la institución arbitral que esté administrando el arbitraje e incluso a terceros.

* Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Presidente de la Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid, Vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española y vocal de la junta de gobierno de la Mutualidad de la Abogacía. Asimismo, es el socio director de la firma José María Alonso Abogados, S.L.P. Contacto: jmalonsoapuig@gmail.com

¿Debe el árbitro quedar completamente inmune por los daños que cause en este tipo de situaciones? O, por el contrario, ¿debe responder de todas y cada una de ellas?

Las posturas al respecto, como expondré a continuación, son dispares. Existen ordenamientos que sujetan la actividad del árbitro al sistema tradicional de responsabilidad y, por tanto, exigen que este responda cuando ha causado daños de forma dolosa, e incluso cuando ha incurrido en negligencia. Otros ordenamientos, en cambio, reconocen inmunidad civil absoluta (o casi absoluta) a los árbitros, a fin de asegurar su independencia y la integridad del proceso, y también para desincentivar la interposición de demandas frívolas de responsabilidad.

Esta dicotomía se debe a que, en el fondo, existe una tensión natural entre el principio general de que el autor de un daño debe repararlo y el hecho de que los árbitros desempeñan una labor jurisdiccional (o cuasi jurisdiccional) que requiere ser ejecutada con imparcialidad e independencia, y sin presiones indebidas.

El propósito de esta ponencia es examinar la forma en la que los países de nuestro entorno se aproximan a esta cuestión, haciendo especial hincapié en el ordenamiento colombiano y el español, y también exponer brevemente otros tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el árbitro en el desarrollo de su misión, como son la responsabilidad penal y la disciplinaria.

La naturaleza de la relación entre los árbitros y las partes

Antes de analizar el alcance de la responsabilidad en la que puede incurrir el árbitro por sus acciones y omisiones, es necesario determinar la naturaleza de la relación que vincula al árbitro y las partes del arbitraje y, por tanto, esclarecer si su responsabilidad civil tiene naturaleza contractual o extracontractual.

Esta discusión no es baladí, porque las consecuencias que se derivan de tal calificación son muchas. Acorde con la calificación que se otorgue a la responsabilidad de los árbitros, será de aplicación una u otra norma de competencia judicial internacional y una u otra norma de conflicto, por lo

que, en términos prácticos, esta calificación determinará quiénes deben integrar el tribunal competente, para conocer de la acción de responsabilidad, y cuál será el derecho que dicho tribunal deba aplicar. Por ejemplo, si la acción se entabla en un país miembro de la Unión Europea, el tribunal concedor de la acción de responsabilidad deberá aplicar el *Reglamento Roma I* para determinar el derecho aplicable, si considera que la responsabilidad es contractual, o el *Reglamento Roma II*, si considera que la responsabilidad es extracontractual.

Asimismo, en algunos países, la calificación que se otorgue a esta responsabilidad también condiciona el plazo de prescripción aplicable. Por ejemplo, en España, la parte perjudicada dispondría de un plazo de cinco años para entablar la acción, si se acepta que la responsabilidad es contractual (*ex art. 1964 CC*), o de tan solo un año, si se asume que la responsabilidad es extracontractual (*ex art. 1968.2º CC*). De esta calificación también dependerá la legitimación para reclamar la reparación y el alcance de los daños indemnizables.

Resulta, por tanto, fundamental esclarecer cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro respecto a las partes. Esta cuestión no es pacífica en la doctrina, sino que existen dos corrientes de pensamiento diferenciadas.

La primera considera que la naturaleza de la relación del árbitro y las partes es de carácter contractual, en tanto que la responsabilidad surge de un contrato: el contrato arbitral. De acuerdo con esta postura, la responsabilidad tiene naturaleza contractual porque entre los árbitros y las partes existe un contrato en virtud del cual los primeros se comprometen a resolver determinadas cuestiones litigiosas a cambio de un precio (salvo pacto en contrario), a través de un determinado procedimiento (el arbitral) y en un plazo establecido. Esta línea es la más aceptada en los países de tradición civilista y, en particular, en España.

Por el contrario, la segunda corriente considera que la relación del árbitro con las partes es de carácter extracontractual, porque, una vez es aceptada la función de arbitrar, los árbitros actúan como sustitutos privados de los jueces en la administración de justicia, desarrollando funciones análogas y asumiendo responsabilidades similares. De acuerdo con esta postura, los

árbitros desarrollan una función jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, lo que justifica que tengan un tratamiento similar al que se otorga a los jueces. Esta tesis es la que goza de mayor acogida en los países de tradición anglosajona o *Common law*. Estos sistemas, que desarrollaré a continuación, generalmente reconocen al árbitro una inmunidad civil absoluta en el desempeño de su cargo, equivalente a la que también se les reconoce a los jueces.

¿Cuál de estas posturas ha sido acogido en Colombia?

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta, porque la potestad del árbitro nace del acuerdo entre las partes y, al mismo tiempo, opera por ministerio de la ley. En palabras de la Corte Constitucional,

[la competencia del árbitro] tiene origen en el [...] pacto entre las partes que deciden, en el ejercicio de su voluntad, someter el asunto al conocimiento de dichos terceros y no a la jurisdicción común [pero, al mismo tiempo], opera por ministerio de la ley [ya que] la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio.¹

Por tanto, a diferencia de otras jurisdicciones, en Colombia la naturaleza jurídica del arbitraje no se enmarca en ninguna de las dos teorías extremas que acabamos de mencionar.

Modelos normativos de responsabilidad civil

¿Por qué es necesario hablar de la responsabilidad civil de los árbitros?
¿De qué manera puede causar daños un árbitro?

Al aceptar su función de arbitrar, los árbitros establecen una relación con las partes del arbitraje, con la institución arbitral que administrará el arbitraje (salvo que el arbitraje sea *ad hoc*) y con el resto de los intervinientes en el proceso (como los testigos y los peritos). Estas relaciones imponen en el árbitro ciertas obligaciones, de cuyo incumplimiento puede derivarse responsabilidad para el árbitro. Así, conductas tales como la no revelación

¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-947 de 4 de diciembre de 2014; Sentencia C-538 de 5 de octubre de 2016.

de circunstancias que afecten su independencia o imparcialidad, la renuncia a su cargo sin justa causa o la denegación de importantes medios de prueba, pueden causar daños significativos a las partes. Con sus acciones y omisiones, los árbitros –como cualquier sujeto encargado de dirimir una controversia–, pueden provocar que la resolución de la disputa se retrase de forma inadmisiblemente, pueden comprometer el derecho de defensa de las partes y pueden poner en riesgo la validez y la eficacia de su decisión.

¿Qué remedios tiene la parte que ha sufrido ese daño? ¿Puede una parte entablar una acción de responsabilidad civil contra el árbitro, exigiendo el pago de una indemnización?

Como anuncié, no existe un sistema unitario sobre la responsabilidad civil del árbitro, por lo que estas preguntas no tienen una respuesta universal. El estándar de la responsabilidad de los árbitros es tratado con gran disparidad en las distintas jurisdicciones, por lo que el alcance de la responsabilidad del árbitro variará en función de las reglas de procedimiento que rijan el arbitraje, la ley de fondo aplicable a la relación entre el árbitro y las partes, la nacionalidad del árbitro o el lugar de la sede del arbitraje.

En esencia, podemos identificar tres grandes modelos normativos de responsabilidad: i) los modelos que exoneran totalmente de responsabilidad civil a los árbitros; ii) los modelos que consagran una exoneración “cualificada” o parcial a favor de los árbitros y iii) los modelos basados en la responsabilidad por culpa.

Modelos de exoneración total de responsabilidad

Algunas jurisdicciones reconocen a los árbitros una inmunidad civil total, equivalente a la que asimismo reconocen a los jueces, a fin de que los actos que desarrollen en el ejercicio de sus funciones no puedan ser cuestionados en el marco de una acción de responsabilidad civil.

Este es el caso de los Estados Unidos, cuyo Derecho federal y estatal reconoce que los árbitros no son responsables por los errores o irregularidades de sus decisiones.

Así, por ejemplo, la sección 1297.119 del Código Civil de Procedimiento de California declara:

Un árbitro tiene la inmunidad propia de un funcionario judicial en materia de responsabilidad civil cuando actúa en calidad de árbitro en virtud de cualquier norma o contrato. La inmunidad otorgada por esta sección complementará, y no sustituirá, cualquier otra inmunidad aplicable. (Traducción libre y énfasis agregado)

En el mismo sentido, el artículo 682.051 del Código de Arbitraje de Florida dispone:

Un árbitro o una institución arbitral que actúe como tal está exento de responsabilidad civil en la misma medida que un juez de un tribunal de este Estado cuando actúa en calidad de juez. (Traducción libre y énfasis agregado)

Otro ejemplo de este sistema es Irlanda, cuya Ley de Arbitraje reconoce, en su artículo 22, la inmunidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales:

1. Un árbitro no responderá en ningún procedimiento por lo que haya hecho u omitido en el desempeño o supuesto desempeño de sus funciones. [...]

3. Una institución arbitral o de otro tipo, o una persona designada por las partes para nombrar o designar un árbitro, no responderá por lo que haya hecho u omitido en el cumplimiento o supuesto cumplimiento de esa función. (Traducción libre y énfasis agregado)

¿Por qué estas normas contienen una exención de responsabilidad civil a favor de los árbitros? ¿Cuál es el fundamento de esa exención o inmunidad?

Los partidarios de este modelo entienden que, una vez aceptan la función de arbitrar, los árbitros actúan como sustitutos privados de los jueces en la administración de justicia, desarrollando funciones análogas y asumiendo responsabilidades similares. Para ellos, aunque su autoridad dimane de un acuerdo con las partes y no del Estado, los árbitros desarrollan una función jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, que justifica que se encuentren sujetos a un régimen de responsabilidad especial.

Esta inmunidad se funda en la necesidad de proteger la integridad del propio proceso y la independencia e imparcialidad del árbitro frente a influencias indebidas. Y es que, sin un cierto nivel de inmunidad, los árbitros podrían verse acosados por las partes durante y después del arbitraje y,

consecuentemente, su independencia podría verse afectada por la posibilidad de verse demandados. Así, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York declaró, en la sentencia del caso *Global Gold Mining Llc vs. Peter Robinson*, que “... dicha inmunidad es esencial para proteger al árbitro frente a influencias indebidas y para proteger el proceso frente a las represalias de los litigantes disconformes.” (Traducción libre).

Al reconocer la inmunidad absoluta de los árbitros, estos sistemas no solo evitan la interposición de demandas de responsabilidad vejatorias o frívolas, iniciadas por la parte que haya visto denegadas sus pretensiones en el arbitraje. Estos sistemas, asimismo, fomentan el crecimiento del mercado de profesionales dispuestos a ser árbitros, y evitan que profesionales cualificados se abstengan de ser árbitros por el temor de ser sujeto de una acción de responsabilidad civil estratégica e infundada.

Ahora bien, este modelo no solo se encuentra presente en la normativa interna de algunos países como Estados Unidos o Irlanda. Cada vez es más frecuente encontrar este tipo de cláusulas limitativas de responsabilidad en los reglamentos de las instituciones arbitrales, y ello con el fin de intentar proteger al árbitro de las acciones de responsabilidad que se puedan interponer en su contra.

Así, en el artículo 41 del último reglamento de la CCI (de 2021) puede leerse:

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 esté prohibida por la ley aplicable. (Énfasis agregado)

En el mismo sentido, el artículo 47 del Centro de Arbitraje Internacional de Viena dispone:

Se excluye, en cuanto sea permitido legalmente, la responsabilidad de los árbitros, del secretario general, del representante del secretario general, del Consejo y de sus miembros, de la Cámara de Comercio de Austria y de sus empleados por cualquier acto u omisión relacionado (o/a) con el procedimiento arbitral. (Énfasis agregado)

Asimismo, el artículo 38 del reglamento del ICDR señala:

Los miembros del tribunal arbitral [...] *no serán responsables ante ninguna parte por cualesquiera actos u omisiones relacionados con cualquier arbitraje* conforme a este Reglamento, salvo que dicha exclusión esté prohibida por la ley aplicable. (Énfasis agregado)

También podemos encontrar disposiciones similares en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo (artículo 1.11), o, en el reglamento de arbitraje del Instituto Danés de Arbitraje (artículo 61).

No obstante, la eficacia y validez de este tipo de cláusulas limitativas de responsabilidad es puesta en tela de juicio en aquellos casos en los que la sede del arbitraje se encuentra en un país de tradición civilista, como España, Italia, Francia y Suiza. Y ello porque en estos países no resulta posible limitar la responsabilidad civil procedente del dolo. Así, en el caso de España, el artículo 1102 del Código Civil dispone que “la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones”, por lo que “la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. En el mismo sentido, el artículo 1229 del Código Civil italiano deniega eficacia a las cláusulas de exoneración en caso de dolo y culpa grave y el artículo 100.1 del Código de Obligaciones suizo considera nula toda estipulación que libere por anticipado al deudor de la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave.

Por tanto, aunque las partes acuerden someterse a un reglamento arbitral que contenga la cláusula limitativa de responsabilidad a favor de los árbitros, se debe evaluar si esa cláusula de responsabilidad es válida en el Estado en el que se pretenda entablar la acción de responsabilidad.

Los modelos de exoneración cualificada de responsabilidad

Frente a las jurisdicciones que reconocen a los árbitros una inmunidad civil absoluta, existen otros países que adoptan una actitud intermedia.

Estos sistemas no reconocen a los árbitros una inmunidad total en el desarrollo de sus funciones, pero tampoco los sujetan al sistema tradicional de responsabilidad. De esta forma, reconocen que los árbitros pueden ser

obligados reparar los daños que causen a los diferentes intervinientes del arbitraje, pero solo en determinados escenarios, que se consideran especialmente graves.

Esta línea es la más aceptada en los países de tradición civilista, como España, Perú, Grecia o Alemania.

Así, el art. 32 de la ley de arbitraje del Perú (Decreto Legislativo 1071) establece que "... 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". De esta forma, la actuación del árbitro solo justifica el inicio de una acción de responsabilidad si los daños se provocaron dolosamente o si el árbitro incurrió en negligencia grave.

En la misma línea, el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil griego dispone que "... en el desempeño de sus funciones, los árbitros y el presidente del tribunal serán responsables únicamente en caso de fraude o negligencia grave". (Traducción libre)

Este modelo también se encuentra presente en numerosos reglamentos de instituciones arbitrales. Muestra de ello es el artículo 45 del Reglamento de la Asociación Suiza de Arbitraje, que reconoce que los miembros del tribunal arbitral no responderán de los actos u omisiones que ejecuten durante un arbitraje, salvo que se pruebe que ese acto u omisión ha sido intencionada o constituya una negligencia grave (*Intentional Wrongdoing or Gross Negligence*).

En términos similares, el artículo 44.1 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje prevé que "los árbitros estarán exonerados de la responsabilidad derivada de su actuación arbitral en tanto no hayan incurrido en incumplimiento *doloso* de sus deberes".

Aunque esta concepción ha sido acogida, generalmente, por países de tradición civilista, también se encuentra presente en algunos países de tradición anglosajona o *Common law*. Este es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde el árbitro no es responsable por lo que hace u omite hacer en el desempeño de sus funciones, a menos que el acto u omisión se halle viciado de mala fe (sección 29, Ley de Arbitraje de Reino Unido de 1996).

Asimismo, esta concepción se encuentra plasmada en el artículo 31.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés), que dispone que los árbitros no serán responsables frente a las partes por ningún acto u omisión relacionado con el arbitraje, salvo que se acredite “que el acto u omisión constituye una falta consciente y deliberada” del árbitro.

Este modelo fomenta el cuidado, la diligencia y la preparación de los árbitros y, por tanto, aumenta la calidad del servicio arbitral.

Este modelo también fomenta la utilización del arbitraje por los usuarios del sistema, porque reconoce a las partes la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad civil frente al árbitro cuando existen razones de peso. Por tanto, las partes no quedan desprotegidas si el árbitro les provoca un daño intencionadamente o actúa con negligencia grave, porque estas jurisdicciones no cierran la puerta a que se entablen acciones civiles frente a los árbitros.

Aunque estos sistemas no reconocen inmunidad civil a los árbitros, aun así, reducen la litigiosidad y desincentivan la interposición de demandas frívolas, porque la responsabilidad del árbitro solo nace cuando su comportamiento ha sido especialmente grave. La infracción cometida en el cumplimiento del encargo por los árbitros debe revestir un carácter manifiesto y, cuando menos, debe ser producto de una grave negligencia.

También debemos señalar que, en estos sistemas, la falta de acierto del laudo a la hora de interpretar los hechos y aplicar el Derecho no da lugar, generalmente, a la responsabilidad de los árbitros que lo emitieron, porque es una tarea que, de manera inevitable, lleva intrínseco un cierto margen de apreciación. En España, por ejemplo, los tribunales admiten la posibilidad de que los árbitros incurran en responsabilidad si cometen un “error arbitral”, pero solo si el error es palmario, craso, manifiesto y de una evidencia tal que muestre una negligencia grave del árbitro. En palabras del Tribunal Supremo español:

[...] 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.

[...] 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 [...]. 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 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 judicial.²

Los modelos basados en la responsabilidad por culpa

Frente a las jurisdicciones que reconocen a los árbitros una inmunidad civil parcial o absoluta, existen otros países que han optado por sujetar la actividad de los árbitros al sistema tradicional de responsabilidad.

Estos sistemas reconocen que los árbitros pueden ser obligados a resarcir los daños que causen durante el desarrollo de su misión, de la misma forma que cualquier contratante debe resarcir los daños que cause a su contraparte. Por tanto, la responsabilidad de los árbitros no solo nace cuando el incumplimiento de los árbitros reviste un carácter manifiesto o es el producto de una grave negligencia o una conducta intencionada: su responsabilidad también nace cuando han causado daños por su culpa o negligencia.

Este es, por ejemplo, el caso de Honduras. Así, el artículo 47 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras (Decreto 161-2000) dispone que la aceptación obligada 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.

También es el caso de Argentina. Así, el artículo 745 del Código Procesal Civil y Comercial señala: “la aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan su cometido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios”.

² Tribunal Supremo, Sentencia 429 de 22 de junio de 2009.

Esta concepción también se encuentra presente en la Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia (cuyo artículo 10 señala que “... el árbitro es responsable por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones”) y en el Código Civil de Procedimiento de Austria, que dispone que “el árbitro que no cumpla con los deberes asumidos al aceptar el nombramiento, o no los cumpla oportunamente, será responsable frente a las partes de todos los daños y perjuicios causados por su negativa o retraso culpable” (Traducción libre).

Como antes, estos modelos aumentan la calidad del servicio arbitral –al fomentar el cuidado, la diligencia y la preparación de los árbitros– y también promueven la utilización del arbitraje por parte de los usuarios, puesto que estos no quedan desprotegidos si la actuación del árbitro les causa un daño.

Una mirada más cercana al modelo español y al modelo colombiano

Después de examinar de manera comparada los diversos sistemas que se han implantado en nuestro entorno para determinar la responsabilidad de los árbitros, conviene analizar cómo se ha regulado esta cuestión en España y en Colombia.

La responsabilidad de los árbitros en España

El sistema de responsabilidad de los árbitros en España se encuentra regulado, en esencia, en el primer apartado del artículo 21 de su Ley de Arbitraje, la cual 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*. En los arbitrajes encomendados a una institución, *el perjudicado tendrá acción directa* contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la *contratación de un seguro de responsabilidad civil* o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la con-

tratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. (Énfasis agregado)

De su tenor se pueden extraer tres rasgos distintivos del sistema de responsabilidad civil de los árbitros en España: en primer lugar, se concede a los árbitros una exención parcial de responsabilidad, similar a la prevista en la Ley de Arbitraje peruana; en segundo lugar, se exige que los árbitros suscriban un seguro de responsabilidad civil; y, en tercer lugar, se reconoce a los perjudicados la posibilidad de dirigirse directamente contra la institución arbitral, en caso de que el arbitraje sea institucional.

La exención parcial de responsabilidad consagrada en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje

Como se desprende del artículo 21 de la Ley de Arbitraje, en España, la responsabilidad de los árbitros no está sujeta al sistema tradicional de responsabilidad civil aplicable a la mayoría de las relaciones contractuales. Así, para que una acción de responsabilidad frente a un árbitro pueda prosperar, no será suficiente que el actor acredite “la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado [...], la realidad de los perjuicios ocasionados a las otras contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos”, como los tribunales exigen, con carácter general, en el resto de relaciones contractuales.³ Los árbitros no responden si causan un daño como consecuencia de un descuido o una falta de diligencia leve o levísima, sino que su obligación de resarcir solo nace si se acredita que los daños han sido causados “*por mala fe, temeridad o dolo*”, como señala el artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

La responsabilidad civil de los árbitros no siempre ha estado regulada de esta forma en España. Así, el artículo 766 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada en el año 1881, disponía que “... 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*”, por lo que, en ese momento, la responsabilidad de los árbitros se

³ Sentencia de 30 de noviembre de 1973.

regulaba en España con unos términos prácticamente idénticos a los que hoy encontramos en el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina. Esta disposición también fue incluida en el artículo 25 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953. Asimismo, la antigua Ley de Arbitraje de 1988, disponía en su artículo 16 que “la aceptación obliga a los árbitros [...] a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por *los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa*”. Por tanto, si analizamos estos antecedentes, podemos observar que la Ley española de Arbitraje vigente se aparta de sus antecedentes inmediatos, evolucionando desde un modelo basado en la culpa a un modelo de exoneración limitada de responsabilidad.

La obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil

El hecho de que los árbitros puedan incurrir en responsabilidad civil y puedan quedar obligados a resarcir los daños que causen en el desarrollo de sus funciones, lleva aparejada –en España– la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente (depósito, garantía bancaria, aval a primer requerimiento, etc.) que garantice el pago de la indemnización.

La obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil fue introducida en la Ley de Arbitraje en el año 2011 y solo es exigible en aquellos casos en los que la Ley de Arbitraje es aplicable, es decir, cuando nos encontremos ante un arbitraje con sede en España –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 (art. 1.1 LA)–. Cuando la sede del arbitraje se encuentre en otro país, será la normativa de dicho país, como *lex arbitri*, la que determine si es necesario suscribir un seguro de responsabilidad civil.

El fundamento de la exigencia legal de concertar el seguro de responsabilidad civil es evidente: pretende proteger al perjudicado, garantizándole un patrimonio que responderá de los daños y perjuicios que pueda causar la actuación del árbitro. Sin embargo, su aplicación no está exenta de polémica. Como señalamos antes, los criterios para imputar la responsabilidad civil al árbitro están basados muchas veces en actuaciones intencionales o

dolosos. Sin embargo, como es sabido, en España el dolo no es asegurable conforme el artículo 19 de la Ley de Contratos de Seguro por lo que, como señala el artículo 76 de la misma ley, el asegurador que satisfaga la indemnización podrá repetir contra el árbitro.

La acción directa contra la institución arbitral

El ordenamiento español contempla un mecanismo adicional para proteger al perjudicado y para garantizar que este podrá dirigirse contra un patrimonio solvente y es que, en España, la parte perjudicada puede reclamar directamente a la institución arbitral el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el árbitro.

Así, en los arbitrajes institucionales con sede en España, cuando el daño sea atribuible a la conducta de un árbitro en el cumplimiento de su encargo, el perjudicado tiene varias opciones: ciertamente, el perjudicado puede dirigirse contra el árbitro, pero también podrá solicitar de manera directa el resarcimiento a la institución arbitral o reclamar a ambos. Y, como señalamos antes, el perjudicado también podrá dirigirse contra la aseguradora que haya suscrito con el árbitro un seguro de responsabilidad civil.

Naturalmente, la institución arbitral no está obligada a soportar los daños que ha causado el árbitro. Por ello, si el perjudicado decidiera dirigirse contra la institución arbitral y esta resultase condenada al pago de la indemnización, la institución podrá después ejercitar contra el árbitro una acción de regreso para recuperar el importe total satisfecho a la víctima. Ello se desprende del último inciso del artículo 21(1), que señala que "... en los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros".

El ejercicio de la acción de anulación como requisito de procedibilidad

Aunque la esencia del régimen de responsabilidad de los árbitros en España se encuentra contenida en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, esta regulación ha sido objeto de interpretación y desarrollo por nuestros tribunales.

Uno de los aspectos más importantes que ha desarrollado la jurisprudencia es el hecho de que la acción de responsabilidad civil contra un árbitro es un remedio excepcional y subsidiario, que solo puede interponerse si el daño o perjuicio sufrido no puede ser reparado de otra forma. Así, de acuerdo con el Tribunal Supremo,

... el árbitro deviene responsable en último término [...], lo que quiere decir que la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de 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 Ley de Arbitraje cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral.⁴

Por tanto, antes de exigir responsabilidad al árbitro, las partes deberán intentar reparar el daño, si fuese posible, mediante el ejercicio de las acciones de aclaración, complemento o rectificación o incluso mediante la anulación del laudo.

La responsabilidad de los árbitros en Colombia

De acuerdo con el artículo 116 de la carta política de Colombia, los árbitros cumplen transitoriamente la función de administrar justicia.

Así, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que, aunque los árbitros resuelven controversias en casos concretos y en virtud del acuerdo entre las partes, el arbitraje es “un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado”⁵. Los árbitros son, por tanto, “autoridades públicas”,⁶ “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades” que los jueces⁷. Los árbitros son, en suma, sustitutos privados de los jueces que administran justicia.

Por este mismo motivo, como señalamos antes, la Corte Constitucional colombiana considera que la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta porque, aunque la potestad del árbitro nace del acuerdo entre las partes, “opera por

⁴ Tribunal Supremo, Sentencia 429 de 22 de junio de 2009.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-305/13.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 4 de octubre /95.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-305 de 22 de mayo /13.

ministerio de la ley” ya que “la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio”.⁸ Esta equiparación entre los árbitros y los jueces colombianos resulta particularmente evidente en el ámbito de la responsabilidad *disciplinaria*. Así, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 1563 de 2012 (que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), los árbitros se encuentran sujetos a las normas disciplinarias de los servidores judiciales y, por tanto, se encuentran sujetos a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Esta equiparación también se produce en relación con las causas que impiden que un árbitro o un juez resuelva una controversia. Así, de acuerdo con el artículo 16 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, “los árbitros [...] están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil” y “por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único”.

¿Sucede lo mismo en el ámbito de la responsabilidad civil?

Pues bien, el ordenamiento jurídico de Colombia (al igual que los ordenamientos de Chile, Costa Rica o Suiza) no contiene ninguna norma destinada a regular de forma específica la responsabilidad civil de los árbitros.

Si analizamos el artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, observamos que existen determinadas conductas que pueden dar lugar a que los árbitros pierdan el derecho a cobrar la mitad de sus honorarios. Así, los árbitros pierden el derecho a cobrar la mitad de sus honorarios si se niegan a firmar el laudo arbitral. Los árbitros también pierden ese derecho si su laudo resulta anulado, i) porque el tribunal no se constituyó “en forma legal”, ii) porque el tribunal rechazó una prueba solicitada oportunamente, o iii) porque el laudo fue manifiestamente emitido “en conciencia o en equidad”, a pesar de que debía ser emitido en derecho.

También existen casos en los que los árbitros pierden íntegramente el derecho a cobrar honorarios y, por tanto, quedan obligados a reembolsar a las partes los honorarios recibidos. Esto sucede en aquellos casos en los que un árbitro renuncia, es recusado o incumple “los deberes de información”.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-947/14 de 4 de diciembre, y, C-538/16, de 5 de octubre.

Los árbitros también pierden cualquier derecho a cobrar honorarios si “el tribunal [cesa] en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o su prórroga sin haber expedido el laudo” (art. 48 de la Ley 1563 de 2012).

El contenido del artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia plantea varios interrogantes.

En primer lugar, ¿en qué supuestos los árbitros pueden quedar obligados a resarcir los daños causados a las partes? ¿Los árbitros solo incurrir en responsabilidad en los supuestos mencionados expresamente en el artículo 48 o se les puede exigir responsabilidad en supuestos distintos?

En segundo lugar, ¿cuál es el alcance de la responsabilidad civil de los árbitros? ¿La responsabilidad civil de los árbitros se traduce, simplemente, en que estos perderán parcial o totalmente el derecho a cobrar honorarios? ¿O las partes pueden exigir a los árbitros una indemnización adicional?

Estas cuestiones fueron resueltas por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-451/95, de 4 de octubre, que resolvía una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 40 y 44 del Decreto 2279 de 1989 (que contenían unas disposiciones equivalentes a las que hoy encontramos en el artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional).⁹

En esta sentencia, la Corte Constitucional aclaró que estos artículos, que niegan a los árbitros el derecho a cobrar una parte (o la totalidad) de sus honorarios, no están destinados a limitar la responsabilidad de los árbitros.

⁹ En concreto, el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989 disponía que “los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios” si “el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2, 4, 5 o 6 del artículo 38”, es decir, si el laudo se anula, *i*) por “no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal”, *ii*) porque “sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas”, *iii*) por haber “proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga”, y, *iv*) por haber “fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Por su parte, el artículo 44 del Decreto 2279 de 1989 señalaba que “los árbitros [...] no tendrán derecho a la segunda mitad de sus honorarios cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga, sin haberse expedido el laudo”.

En palabras de la Corte Constitucional, Sentencia C-451/95 de 4 de octubre, “... los árbitros, en su calidad de jueces, no están sujetos a ningún fuero de inmunidad judicial ni patrimonial” y, por tanto, “[pueden] ser investigados, juzgados y sancionados por sus acciones u omisiones ilegales”. Por tanto, estas disposiciones, no son “*óbice para que* [los árbitros] puedan ser condenados judicialmente a resarcir los perjuicios que su conducta culposa o dolosa –y por error grave– inflija a las partes”, por lo que las partes podrán acudir a “la vía judicial para establecer las fallas que puedan cometer los árbitros y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios consiguientes”.

De esta sentencia se desprende que el sistema colombiano no reconoce inmunidad civil a los árbitros y que, por tanto, los árbitros pueden ser sujetos a una acción de responsabilidad civil por los daños que causen a las partes en el desarrollo de su misión. De esta sentencia también se desprende que la responsabilidad de los árbitros está sujeta al régimen tradicional de responsabilidad (porque responderán por los daños que “su conducta *culposa* o dolosa –y por error grave–” cause a las partes) y que su responsabilidad no se encuentra limitada por los términos del artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

La responsabilidad penal y disciplinaria de los árbitros

Hasta ahora, hemos examinado la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los árbitros dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontremos. Sin embargo, las acciones y las omisiones de los árbitros no solo pueden generar responsabilidad civil. Aunque este tipo de responsabilidad es la más frecuentemente invocada, los árbitros también pueden incurrir en responsabilidad penal y, en algunos casos, en responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria de los árbitros

En muchos Estados, como España, los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria en sentido estricto, porque no forman parte de la organización del Estado, ni dependen funcionalmente de ningún organismo.

Cabría, sin embargo, pensar en una responsabilidad disciplinaria “privada”, cuando el arbitraje es administrado por una institución arbitral. En estos

casos, el árbitro, como miembro de la institución arbitral, deberá someterse a las reglas de esta y quedará sometido por tanto al régimen de sanciones que se regulen.

A este respecto, un estudio publicado en 2013 por la Asociación Suiza de Arbitraje (*Swiss Arbitration Association*) sobre diversas instituciones arbitrales de todo el mundo, titulado *Arbitral Institutions Under Scrutiny*¹⁰, concluyó que el 32% de las instituciones analizadas no contemplan oficialmente la imposición de sanciones a los árbitros que incumplan las exigencias de calidad de la institución. Por tanto, el 68% de las instituciones analizadas sí contemplan, de alguna forma, la imposición de sanciones a los miembros del tribunal arbitral.

Así, de acuerdo con este estudio el 23% de las instituciones analizadas prevén la posibilidad de reducir los honorarios del árbitro, si su desempeño ha sido deficiente. Asimismo, según el estudio publicado por la Asociación Suiza de Arbitraje, el 55% de las instituciones arbitrales, que sí contemplan la imposición de sanciones, prevén la posibilidad de sustituir al árbitro o “vetarle” en relación con futuros nombramientos si su desempeño es inadecuado. No obstante, existen pocos precedentes: solo el 27% de las instituciones analizadas han aplicado esta sanción y han llegado a sustituir a un árbitro (principalmente, a causa de un retraso indebido en el procedimiento).

Entre las instituciones arbitrales que contemplan la imposición de sanciones cabe resaltar, por ejemplo, del Centro Internacional de Arbitraje de Asia (AIAC, conocido anteriormente como el Centro de Arbitraje Regional de Kuala Lumpur), puesto que, según el artículo 12 de su reglamento, el director del Centro podrá sustituir de oficio a un árbitro si este vulnera el Código de conducta del Centro, o si no cumple adecuadamente las funciones previstas en el reglamento.

También debemos resaltar el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, dado que, de acuerdo con su reglamento, dependiendo de la gravedad de la infracción del árbitro, el Centro puede

¹⁰ Phillip Habegger et al., *Arbitral Institutions Under Scrutiny*. ASA Special Series 40, Juris Publishing, Inc., 2013.

llegar a suspender temporalmente al árbitro de la lista de árbitros elegibles o separarle definitivamente de dicha lista.

Al margen de la responsabilidad disciplinaria “privada” que, en su caso, pueda ser exigida por la institución arbitral que administre el arbitraje, no debemos olvidar que existen jurisdicciones en las que la actuación del árbitro sí puede ser objeto de un control disciplinario por parte de un organismo público. Este es, sin duda, el caso de Colombia, donde los árbitros son considerados “autoridades públicas” (Sentencia C-451/95, de 4 de octubre Corte Constitucional), “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades” que los jueces (Sentencia C-305/13, de 22 de mayo Corte Constitucional) y, por tanto, se encuentran sujetos a las mismas normas disciplinarias que los jueces. Recordemos que, como anotamos antes, el artículo 19 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional dispone que los árbitros se encuentran sujetos a las normas disciplinarias de los servidores judiciales, en los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

¿Quién debe ejercer esta potestad disciplinaria?

En Colombia, el Estado es el titular de la potestad disciplinaria y su ejercicio corresponde, con carácter general y “preferente” a la Procuraduría General de la Nación. Ello se desprende del artículo 1 y 2 del Código Disciplinario Único (aprobado por la ley 734 de 2002) y del artículo 2 del Código General Disciplinario (contenido en la Ley 1952 de 2019), que está llamado a sustituir al Código disciplinario Único a partir de marzo de 2022.

Sin embargo, esta regla general tiene excepciones, y una de ellas responde, precisamente, al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los jueces (y, por remisión, sobre los árbitros). Así, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (a la que se remite el artículo 19 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre la Rama Judicial no corresponde a la Procuraduría General de la Nación, sino al Consejo Superior de la Judicatura.

La potestad disciplinaria sobre los árbitros no siempre ha estado regulada de esta forma en Colombia. Así, el artículo 45 del antiguo Decreto 2279 de 1989 atribuía a la Procuraduría General de la Nación competencia para “controlar” y “vigilar” a “los árbitros y el correcto funcionamiento de los tribunales de arbitramento”. Sin embargo, este artículo fue derogado en

julio de 1998¹¹ y, como señalamos antes, la normativa vigente, actualmente sujeta la responsabilidad disciplinaria de los árbitros a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y, por tanto, Consejo Superior de la Judicatura.

La responsabilidad penal de los árbitros

Por último, como anunciamos antes, los árbitros, en el ejercicio de su misión, pueden incurrir en responsabilidad penal, porque, como cualquier ciudadano, se encuentran sujetos al Código Penal.

A título ilustrativo, en España, un árbitro puede incurrir en un delito de cohecho, tipificado en el artículo 422 del Código Penal, si admitiera, por sí o por persona interpuesta, un regalo que le fuese ofrecido en consideración a su cargo o función, en provecho propio o de un tercero. Un árbitro también podría incurrir en el delito tipificado en el artículo 464 del Código Penal, si intentase influir, con violencia o intimidación, en alguna de las partes, de los abogados, de los testigos o de los peritos para que modifiquen su actuación procesal, y también incurriría en responsabilidad penal, *ex art.* 400 del Código Penal, si abusase de su posición.

Por poner otro ejemplo, en España, un árbitro también podría incurrir en responsabilidad penal si descubriese y revelase secretos o incumpliese de su obligación de sigilo o reserva (*ex arts.* 197.4, 199.2 y 200 del Código Penal) o si cometiese falsedad, alterando un documento, simulando un documento o faltando a la verdad en la narración de los hechos (*ex art.* 390 del Código Penal).

Por suerte, existen poquísimos precedentes.

Conclusiones

A la vista de todo lo anterior, resulta claro que no existe un sistema unitario sobre la responsabilidad del árbitro. Los países de nuestro entorno se aproximan a esta cuestión de una forma muy distinta, por lo que podemos

¹¹ En concreto, el artículo 45 del Decreto 2279 de 1989 fue derogado en julio de 1998 a través de la Ley 446 de 1998.

encontrar jurisdicciones que reconocen una absoluta inmunidad civil al árbitro y jurisdicciones en los que la responsabilidad de los árbitros se rige por las reglas previstas para el resto de relaciones contractuales.

Las razones de esta diversidad de opiniones sobre la responsabilidad de los árbitros pueden ser varias, pero la razón principal es la discrepancia entre las jurisdicciones sobre su concepción de la naturaleza de la función que desarrollan los árbitros y de la relación entre los árbitros y las partes.

Algunas voces se han levantado a favor de uniformar el sistema de responsabilidad de los árbitros, ya que consideran que el establecimiento de principios a nivel internacional ayudaría a los árbitros en el desarrollo de sus funciones.

Sea como fuere, la existencia de reglas que regulen la responsabilidad del árbitro es necesaria para el buen desarrollo del arbitraje.

Bibliografía

HABEGGER Phillip, HOCHSTRASSER, Daniel, NATER-BASS, Gabrielle y WEBER-STECHER, Urs. *Arbitral Institutions Under Scrutiny: ASA Special Series 40*. Juris Publishing, Inc., 2013.