

que, a todas luces, se refiere a una materia diferente de la sustanciada en el arbitraje, justificaría el no reconocimiento del mismo.

Responsabilidad por error arbitral. Presupuestos procesales para su ejercicio

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla
nº 133/2010, de 30 de abril de 2010) ***

José Fernando MERINO MERCHÁN

Arbitro.

Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado (excedente)

Sumario: I. Supuesto sobre el que se asienta la imputación de la responsabilidad arbitral. II. Parámetros exigidos por la jurisprudencia para el ejercicio de la acción de responsabilidad arbitral. III. Algunos supuestos de responsabilidad arbitral a la luz de la Ley 60/2003, de arbitraje. IV. Conclusión

I. Supuesto sobre el que se asienta la imputación de la responsabilidad arbitral

En ninguna institución jurídica se produce un depósito de confianza tan intenso como en el arbitraje, en el que libre y voluntariamente unos depositan en otros la resolución definitiva de sus conflictos, sin que exista imperativo alguno para ello, apartándose expresamente de los servicios institucionalizados de la justicia pública.

Precisamente, por el alto grado de confianza que se deposita en el árbitro, este, en el ejercicio de sus funciones, debería asumir una responsabilidad pareja a la confianza depositada. En la legislación histórica española, la naturaleza de la responsabilidad del árbitro, ha estado ligada en líneas generales, a una concepción judicialista. Así, tanto el *liber iudiciorum* como las *Partidas*, equiparaban la responsabilidad del árbitro—avenidor a la del juez. Esta misma idea se mantuvo presente en la Constitución de 1812, pero quiebra en la etapa codificadora, en la que la responsabilidad del árbitro se desplaza hacia la responsabilidad negocial de tipo mandaticia afín al art. 1.101 Cc. Situación esta última que se mantiene en la rígida Ley de Arbitraje Privado de 1953.

En el marco de la Ley postconstitucional, 36/1988 de Arbitraje, y por influjo del Derecho histórico español y del derecho comparado, se vuelve a tipificar la responsabilidad arbitral como de naturaleza extracontractual, al

* *Vid. infra*, pp. 262-265.

acogerse en su art. 16.1º 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.”

En alguna medida, y aunque siempre dentro de la responsabilidad extracontractual o de culpa aquiliana, la vigente Ley de Arbitraje Española de 2003 (LA en lo sucesivo), ha restringido el ámbito material de la responsabilidad del árbitro, al dejarla reducida, según el art. 21.1º, a “los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.” Es decir, la responsabilidad se sale del ámbito de lo estrictamente medible, daños por culpa o negligencia, para pasar a lo difícilmente valorable, dado el juicio interno de intenciones que hay que acreditar por la parte dañada, en justificación de que el perjuicio que le ha sido causado, lo ha sido por mala fe, temeridad o dolo.

Una interpretación estrictamente literal del art. 21.1º de la vigente LA, comportaría, sin más, la impunidad de los árbitros frente a las reclamaciones que las partes puedan realizar contra él, ya que, el actor tendría la carga de la prueba de acreditar la existencia de mala fe, temeridad o dolo. Esta impunidad no es, en absoluto buena para el arbitraje, precisamente por el intenso grado de confianza que se deposita en el árbitro como dirimente para resolver una controversia, sobre cuyo resultado final no cabe ningún recurso de *plena connitio*. Al punto que también chocaría con la función garantista que el sistema arbitral ha adquirido en los últimos 15 años, gracias, sobre todo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras, en sus sentencias 43/1988, 15/1989, 62/91 o 164/1995, que califican al arbitraje como un auténtico equivalente jurisdiccional, sustituto en mor a la libertad individual a la actividad jurisdiccional de jueces y magistrados.

Lo anterior, no quiere decir, sin embargo, que las partes en el convenio arbitral, o, en su caso, la institución administradora del arbitraje, no puedan prever supuestos de responsabilidad con umbrales diferentes a los fijados en el art. 21.1º LA. Este precepto representaría un *minimum* legal, susceptible de ser alterado mediante pacto reflejado en el convenio arbitral, en el que se puede recoger los supuestos y el ámbito de la responsabilidad arbitral que las partes acuerden, con una extensión más allá de la definida en el precitado art. 21.1º LA.

II. Parámetros exigidos por la jurisprudencia para el ejercicio de la acción de responsabilidad arbitral

Lo expuesto hasta aquí, debe servir de pórtico para examinar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, nº 133, de 30 de abril de 2010, en la que se examinó la demanda de responsabilidad civil extracontractual contra un árbitro al amparo del art. 1902 Cc. En esta resolución, la parte reclamante de responsabilidad arbitral, entendía que el árbitro le había causado un perjuicio, entre otras razones, porque el árbitro carecía de la idoneidad pertinente para el ejercicio de su cometido, lo que le privaba de independencia y porque se habían declarado impertinentes parte de los medios probatorios propuestos. Vaya por delante la observación que, como es

habitual, las partes en ese particular arbitraje, no habían pactado nada en el convenio acerca de los supuestos y extensión de la responsabilidad arbitral.

La Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia citada, parte de dos matizaciones iniciales. Por un lado, advierte que en cuanto a la falta de práctica de la prueba denegada por el árbitro, se produjo sin que el interesado opusiera el más mínimo reparo, es decir, se aquietó ante la resolución interlocutoria arbitral denegatoria de la prueba; y, en cuanto a la pretendida inidoneidad del árbitro por falta de independencia del mismo, la sentencia que comentamos recuerda que existe un cauce para hacer valer la recusación en la propia Ley de Arbitraje, y que esta cuestión quedó resuelta en el propio expediente arbitral sin que el interesado se alzase contra la misma.

En apoyo a la improcedencia de estimar la acción de responsabilidad arbitral ejercitada, la Audiencia Provincial recurre a la sentencia del Tribunal Supremo nº 429/2009 de 22 de junio, que, aunque referida al marco de la Ley de Arbitraje de 1988, sigue teniendo valor en cuanto marca los parámetros necesarios para la procedencia del ejercicio de este tipo de responsabilidad. Estos parámetros son los siguientes:

1º) Que concurren los supuestos de dolo o culpa grave –ya hemos visto que el art. 21.1º de la vigente Ley no establece culpa, sino dolo, temeridad o mala fe–. La culpa grave tiene hoy la consideración de culpa objetiva, esto es, la mera producción de un daño, innecesario, que no tenga porque ser soportado por quien lo sufre.

2º) Que la responsabilidad del árbitro no pueda apreciarse, en los casos en que no se excedan los límites de los naturales márgenes de error en la toma de las decisiones arbitrales. Este punto merece un pequeño comentario dirigido a observar que el error *iuris* o de Derecho no da lugar en el arbitraje a responsabilidad del árbitro, sino solo los errores de trascendencia constitucional y los errores fácticos de los que deriven daños para las partes.

3º) La evidente necesidad de la existencia de un nexo de causalidad entre la acción u omisión arbitral y el resultado dañoso. Sobre este particular aspecto habrá que añadir que ese nexo de causalidad no puede estar interrumpido, si quiera sea parcialmente, por el interesado, pues en tal caso, desaparecería el enlace preciso entre la acción u omisión arbitral y el resultado dañoso.

4º) Finalmente, exige el Tribunal Supremo, que dados los supuestos anteriores, el daño o perjuicio económico no pueda ser reparado de otra forma, o lo que es lo mismo, no se puede ejercitar la acción de responsabilidad arbitral directamente o de forma primigenia, sino que hay que utilizar los remedios hábiles para revisar la decisión dañosa, como son: el recurso de aclaración; a continuación para el caso que se trate de errores de hecho o procedimentales de relevancia constitucional, la acción de anulación por vía del art. 41.1º LA, fundado en los motivos de la letra f) LA y acreditándose que la parte afectada no haya podido hacer valer sus derechos (art. 41.1º.b LA). Y, finalmente, para el supuesto de que el error fáctico consista en aparición de

nuevos documentos o que aquellos hechos que fueron tenidos en cuenta en el procedimiento arbitral, fueran establecidos por falso testimonio o concurriendo cohecho o prevaricación, deberá acreditarse la interposición del recurso de revisión (*vid.* art. 510 LEC). Debe añadirse que si la acción de anulación o, el recurso extraordinario de revisión no prosperan, la vía para exigir la responsabilidad arbitral quedará cerrada.

No debe considerarse, sin embargo, el recurso de amparo como remedio que haya que agotar antes de intentar la declaración de error arbitral (SSTS 21 de julio de 1992 y 13 de mayo de 2000), como presupuesto para accionar la responsabilidad arbitral.

En definitiva, la responsabilidad del árbitro, salvando el desliz de la actual legislación arbitral española, debe correr en paralelo a la responsabilidad exigida a jueces y magistrados, y, por tanto, tal como exige el art. 413 LOPJ, es preciso que concurra el presupuesto procesal de que recaiga resolución firme declarando error judicial, y, una vez que se ha producido esa resolución, el particular podrá exigir la responsabilidad pertinente a jueces y magistrados. Esto mismo debe ocurrir en el arbitraje, donde el ejercicio de la acción o recurso pertinente contra la resolución arbitral causante del daño, deberá resolverse previamente, para que se pueda entablar la acción de responsabilidad civil del árbitro. Y esta es, en resumen, la doctrina sentada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que aquí comentamos.

III. Algunos supuestos de responsabilidad arbitral a la luz de la Ley 60/2003, de arbitraje

Sin ánimo de agotar todos los supuestos de responsabilidad arbitral, conviene, sin embargo, referirnos, aunque sea brevemente, a los casos de responsabilidad arbitral derivados de las dilaciones indebidas, el abandono de funciones, la responsabilidad *non liquet* y la responsabilidad por quebrantamiento de confidencialidad.

La responsabilidad arbitral por dilaciones indebidas, más allá de las legislaciones domésticas, debe tomar su raíz en el art. 6.1º CEDH, que establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Trasunto de esta proclamación general es el art. 24.2º CE, que reconoce el derecho fundamental a tener un proceso sin dilaciones indebidas. Está reconocido, por todos, que una justicia intempestiva vulnera ese último precepto. Esta es la razón por la que el TEDH en sus sentencias de 27 de junio de 1968, 16 de julio de 1971, 28 de junio de 1978, 3 de abril de 1992 y 2 de mayo de 2003, ha establecido que se entiende por dilaciones indebidas una duración en la tramitación de un pleito que sea superior a los parámetros legales establecidos, cuando no concurren las circunstancias de gran complejidad del caso y voluntad renuente de alguna de las partes; esta doctrina ha sido recogida en gran parte por el Tribunal Constitucional español en sus SSTC 5/1985, 133/1988, 324/1994, por todas.

Esos criterios, dado el principio de equivalencia que guarda la jurisdicción del Estado con el arbitraje, son perfectamente aplicables a esta última institución. Ha de tenerse en cuenta, que el plazo para dictar laudo, sin ser de caducidad, es un término fatal, si bien puede ser modificado por vía convencional. En consecuencia, si las partes junto con el árbitro, han elaborado la correspondiente Acta de Misión, y en ese documento han fijado los plazos de los sucesivos trámites, el árbitro ha de resolver de forma interlocutoria, con sujeción a los mismos; Y, por ello, se hace responsable de los daños y perjuicios que las dilaciones causadas por él puedan afectar a las partes.

En cuanto a la responsabilidad arbitral por abandono de funciones, no debe plantear en sí misma ningún problema especial. El abandono por el árbitro de sus cometidos constituye un incumplimiento grave del deber de fidelidad del árbitro hacia las partes e incluso ante la autoridad o entidad que lo designa para que actuase como dirimente de una controversia necesitada de laudo.

No contiene la vigente LA, una referencia frontal sobre este supuesto, pero de la conjunción de los arts. 21.1º LA y 6.2º Cc, es claro que el abandono no es otra cosa que una interrupción deliberada de las actuaciones arbitrales que puede implicar un quebranto de sus deberes inherentes al cometido arbitral encomendado, y que, en la medida que ese abandono tenga efectos patrimonialmente negativos para los derechos e intereses de las partes, esa conducta debe dar lugar al reconocimiento de los correspondientes daños y perjuicios, una vez evaluados y reclamados en debida forma, esto es con agotamiento de las vías judiciales pertinentes (acción de anulación y/o recurso extraordinario de revisión).

Tampoco la responsabilidad arbitral por *non liquet*, debe suscitar especiales problemas. El deber esencial del árbitro es decidir sobre el conflicto que le ha sido sometido. No puede el árbitro declarar que deja de fallar so pretexto de ignorancia o desconocimiento sobre la materia objeto de decisión. Tuvo su momento para no aceptar la encomienda arbitral e incluso para abstenerse; por tanto, no le es dado dejar de fallar. Se ha de recordar, que el laudo arbitral es en sí mismo un factor de estabilidad económica, un medio de restablecimiento de la seguridad jurídica, y un instrumento de heterocomposición de intereses. En consecuencia, el árbitro, como le ocurre a los jueces y tribunales, tiene el deber inexcusable de resolver (arts. 1.7 Cc y 37.1º LA, en relación con el art. 11.3º LOPJ), so pena de incurrir en responsabilidad.

Establecido lo anterior, esto es, que el árbitro que no laude o que laude sin fallo final decisorio, incurre en la responsabilidad exigible *ex art.* 21.1º LA. Ahora bien, si el árbitro es de derecho, debe fallar conforme al sistema general de fuentes internas y, en su caso, externas. Y, si el árbitro debe laudar en equidad, debe sujetarse a la *lex artis*, debiendo ser la resolución razonada y razonable.

Finalmente, cada vez acecha a los árbitros, con mayor intensidad, la responsabilidad por quebrantamiento de la confidencialidad de hechos o datos conocidos por ellos a través de las actuaciones arbitrales. Descartados en el

ámbito arbitral los arts. 417.12º LOPJ y 417 CP, este último tipifica el delito de revelación de datos de los que se tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, ya que, resulta difícil encajar ese derecho sancionador en la figura del árbitro, dado el principio de legalidad penal ordinaria (art. 1, 4.1º y 10 CP) y constitucional (art. 9.1º y 25.1º CE), es de reconocer que el árbitro maneja hechos y datos personales, profesionales y empresariales cuya revelación pueden afectar a derechos fundamentales, especialmente al honor y a la intimidad personal y corporativa. Pues bien, tanto los datos de carácter personal, como los profesionales y empresariales están dotados de una especial protección a la que indudablemente queda vinculado el árbitro so pena de incurrir en responsabilidad sino mantuviese el nivel de protección requerido por la vigente LO 15/1999, y, en particular, de los datos a que se hacen referencia en su art. 3.d.

Esos datos, deben de tener un tratamiento especial y han de estar garantizada su custodia por el árbitro en evitación de que puedan trascender a terceras personas. Pues bien, la ausencia o pérdida de esas garantías da lugar a la responsabilidad arbitral correspondiente; como puede ser también, la revelación de datos protegidos por el secreto profesional. Quizá sea esta la razón por la que el art. 38.3º LA prescriba que el plazo en el que cesa la obligación de los árbitros para conservar la documentación del procedimiento es de 2 meses, salvo que las partes hayan establecido otro plazo.

IV. Conclusión

La SAP Sevilla, sección 6ª, de 30 de abril de 2010, y la que ésta invoca de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009, junto con los comentarios que se recogen en las líneas anteriores a propósito de las mismas, permite establecer los siguientes parámetros para exigir la responsabilidad arbitral:

- 1) Que el árbitro no cumpla fielmente el encargo asumido.
- 2) Que ese incumplimiento se deba a un comportamiento exclusivamente imputable al árbitro, sin intervención de las partes o terceros.
- 3) Que se deriven daños y perjuicios, evaluables económicamente, que no tengan pro que ser soportados por las partes.
- 4) Que se solicite aclaración del laudo.
- 5) Que se ejercite la correspondiente acción de anulación y se obtenga sentencia judicial estimatoria apoyada precisamente en el comportamiento irregular o arbitrario del dirimente; o bien, que se obtenga sentencia judicial firme en el correspondiente recurso extraordinario de revisión, fundándose esa sentencia en el comportamiento irregular o arbitrario del dirimente.