

LÍNEAS GENERALES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL DEL ÁRBITRO Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES.
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR

*GENERAL APPROACHES OF THE CIVIL LIABILITY OF THE
REFEREE AND OF THE REFEREE'S INSTITUTIONS. THE CIVIL
LIABILITY OF THE MEDIATOR*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 656-673

María Luisa
ATIENZA
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: El presente estudio aborda, en su primera parte, el tema de la responsabilidad civil del árbitro, con un análisis de los presupuestos que han de concurrir para que se origine. De igual modo, se abordan los casos en que la indemnización debe pagarla la institución arbitral que responde por los hechos dañosos de sus árbitros (responsabilidad civil por hecho ajeno), así como también por su propia negligencia en la administración y dirección del arbitraje (responsabilidad por hecho propio). En la segunda parte, se plantean las mismas cuestiones respecto de la responsabilidad civil de los mediadores y de las instituciones de mediación.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; árbitros; instituciones arbitrales; mediadores; instituciones de mediación; dolo; mala fe; temeridad; responsabilidad por hecho propio; responsabilidad por hecho ajeno.

ABSTRACT: *The study analyses, in its first part, the subject of the civil liability of referees, with an analysis of the requirements that must be met so that it be originated. Also, it studies the cases in which the damages have to be paid by the referee's institution that has civil liability by the harm facts of the referees (vicarious liability), and also by its own negligence in the administration and direction of the arbitration (personal liability). In the second part, the study analyses the same questions but concerning the civil liability of mediators and of mediator's institutions.*

KEY WORDS: *Civil liability; referees; referee's institutions; mediators; mediator's institutions; malice; bad faith; temerity; personal liability; vicarious liability.*

SUMARIO.- I. PARTE PRIMERA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES.- 1. Consideraciones generales.- 2. La responsabilidad civil del árbitro.- A) La naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro: ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?- B) Presupuestos de la responsabilidad civil del árbitro. Especial referencia a la conducta y al criterio de imputación de la responsabilidad.- a) Consideraciones generales.- b) La conducta del árbitro fuente de su responsabilidad civil.- c) El criterio de imputación de la responsabilidad.- 3. La responsabilidad civil de las instituciones arbitrales.- 4. Algunas especialidades en las reclamaciones de daños y perjuicios contra los árbitros y las instituciones arbitrales.- **II. PARTE SEGUNDA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR.-** 1. Consideraciones generales.- 2. La responsabilidad civil del mediador.- 3. La responsabilidad civil de la institución de mediación y de las instituciones de mediación.

I. PARTE PRIMERA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO Y DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

I. Consideraciones generales

La responsabilidad civil del árbitro se regula en el art. 21 Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante, LA), que en su apartado 1, señala: “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”.

La lectura del apartado 1 del art. 21 LA permite concluir que el perjudicado que ha sufrido un daño a consecuencia de una actuación arbitral –después veremos en qué supuestos- puede exigir su resarcimiento al propio árbitro y también, en el caso de los arbitrajes institucionales, a la institución arbitral (sin perjuicio de que ésta pueda repetir por vía de regreso contra el árbitro cuya actuación haya sido la causa del daño).

Esa responsabilidad, además, debe estar asegurada o al menos garantizada. Así lo estableció la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA, que introdujo un segundo párrafo a ese apartado 1 del art. 21, en el que se impone a los árbitros o, en su nombre, a las instituciones arbitrales, la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en la cuantía que reglamentariamente se establezca. No obstante, se exceptúa de esa obligación de concertar el seguro

• **María Luisa Atienza Navarro**

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Maria.L.Atienza@uv.es

a las Entidades Públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Esta obligación de concertar el seguro resulta problemática dado que los criterios para imputar la responsabilidad civil al árbitro están basados muchas veces en actuaciones intencionales o dolosas. Ese tipo de conductas, como es sabido, no serían asegurables conforme al art. 19 LCS, que, con carácter general, excluye la asegurabilidad de los daños causados dolosamente, aunque, en sede del seguro de responsabilidad civil, el art. 76 LCS permite al asegurador repetir frente al asegurado en el caso de que los daños hayan sido causados con dolo (con lo que el precepto parte de la base de que, en esos supuestos, el asegurador ha indemnizado a la víctima). El art. 76 LCS ha suscitado una viva polémica a nivel doctrinal y jurisprudencial. En ese sentido, se discute si la compañía aseguradora, en los supuestos de dolo, siempre queda obligada a indemnizar a la víctima, sin perjuicio de que después, por vía de regreso, pueda accionar contra el asegurado que actuó dolosamente, o si, por el contrario, el precepto sólo está previsto para los casos en que no haya habido una sentencia penal que haya declarado la existencia del dolo del asegurado, porque en los casos en que así fuera, la compañía no debería indemnizar a la víctima.

Como quiera que la LA distingue entre dos posibles centros de imputación de la responsabilidad (esto es, árbitros e instituciones arbitrales), para una mayor claridad expositiva se estudiarán por separado. Téngase en cuenta, además, que la responsabilidad civil personal del árbitro es la misma con independencia de que se trate de un arbitraje *ad hoc* o de un arbitraje institucional.

La responsabilidad penal y la disciplinaria de los árbitros escapan al objeto de este estudio. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, respecto a la primera, será posible entablar una acción civil para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el delito llevado a cabo por los árbitros en el ejercicio de sus funciones. En particular, los irrogados por el delito de cohecho (art. 422 CP) y por el delito de las llamadas negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos cometidos en ejercicio de su función (art. 440 CP que, en relación con el art. 439 CP, tiene en cuenta, a los efectos del tipo penal, la condición de árbitro).

2. La responsabilidad civil del árbitro

A) La naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro: ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

La naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro es una cuestión controvertida en la doctrina: Una posición defiende que es extracontractual, mientras que

otra, dados los términos del art. 21.I LA, que hace referencia a la obligación de cumplir el encargo y a la responsabilidad derivada de su incumplimiento, la acuñan de contractual. Incluso otra línea de opinión considera que se trata de una responsabilidad legal –como sucedió, en su día, con la calificación de la responsabilidad civil personal del juez–; esto es, que, iniciada por un contrato, luego depende de la ley en la que tiene su fuente. Tampoco la jurisprudencia es unánime en este punto. Así, de las pocas sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión, alguna, como la STS (Civil) 23 abril 2001 (RAJ 2001, 5288) la catalogan de responsabilidad contractual, mientras que otras, como la SAP (Civil) León 15 noviembre 2002 (AC 2003, 290) entienden que es un caso de responsabilidad extracontractual.

En mi opinión, se trata de un caso de responsabilidad contractual habida cuenta de que entre las partes (árbitros y partes del arbitraje) existe un contrato en virtud del cual los primeros se comprometen a decidir determinadas cuestiones litigiosas ya existentes o que puedan originarse en un futuro entre las partes, a cambio –salvo pacto en contrario– de un precio (honorarios), y a hacerlo a través de un procedimiento (el arbitral) que debe finalizar con la emisión, en un determinado plazo, de un laudo. Y este contrato existirá tanto en los casos de arbitraje *ad hoc* (con independencia de quién designe al árbitro, esto es, ya lo hagan las partes, un tercero, o el juez), como en los de arbitraje institucional. En este último supuesto cabe entender que la puesta en escena de una institución arbitral origina una relación contractual directa entre los árbitros designados por aquella y las partes.

Así las cosas, a lo que entiendo, cabe afirmar que la responsabilidad contemplada en el art. 21.I LA tiene su origen en los arts. 1101 y ss. del CC con las importantes consecuencias que de ello se derivan (la principal, a efectos prácticos, la del plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización, que es de 5 años por aplicación del art. 1964 CC, y no de un año, como resultaría de aplicarse el art. 1968.2° CC).

B) Presupuestos de la responsabilidad civil del árbitro. Especial referencia a la conducta y al criterio de imputación de la responsabilidad

a) Consideraciones generales

Para que el árbitro, al igual que cualquier otra persona, quede obligado a la indemnización de los daños que causa es necesario que concurren unos presupuestos básicos, a saber: una conducta activa u omisiva que, a su vez, sea la causa de un daño (y que, desde el punto de vista de la causalidad jurídica, el daño pueda imputarse objetivamente a esa acción u omisión) y un criterio de imputación que justifique que el sujeto deba indemnizarlo (esto es, un fundamento de esa

responsabilidad, que será como regla general la culpa, a no ser que el legislador establezca -que no es el caso- una responsabilidad objetiva).

En la responsabilidad civil del árbitro, merecen mención especial, por las peculiaridades que presentan, la conducta y el criterio de imputación.

b) La conducta del árbitro fuente de su responsabilidad civil

Para que se origine la responsabilidad civil en general, el daño ha de ser causado por un comportamiento humano, que puede consistir en un hacer (acción) o en un no hacer (omisión).

En el caso de los árbitros, el art. 21.1 LA especifica que esa actuación consiste en un incumplimiento del encargo al que resultan obligados una vez aceptado ("la aceptación obliga a los árbitros (...) a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad").

Portanto, sólo a partir del momento de la aceptación cabrá exigir responsabilidad civil al árbitro (puesto que, como con acierto se ha señalado, sin aceptación no hay propiamente árbitros). De ese modo, con independencia de que se trate de un arbitraje *ad hoc* o institucional, no se podrá fundamentar la responsabilidad, con base en el art. 21.1 LA, por el posible incumplimiento de la obligación de aceptar el arbitraje -en caso de que se admitiese que existe dicha obligación-, porque, a los efectos del resarcimiento del daño, el árbitro sólo responderá cuando haya aceptado el encargo.

En lo que respecta a las actuaciones de los árbitros que pueden originar su responsabilidad civil, cabría distinguir las conductas "in procedendo" de las "in iudicando":

1) Entre las conductas "in procedendo" cabe incluir (siempre que en su causación haya intervenido, claro está, dolo, mala fe o temeridad) las siguientes: a) dejar de dictar el laudo; b) dictarlo fuera de plazo (lo califica, *obiter dictum*, de posible motivo de responsabilidad civil de los árbitros la STSJ de Cataluña (Civil y Penal) 20 noviembre 2017 (AJ 2017, 6079); c) defectos en el "iter" del procedimiento arbitral, como lo son, la infracción de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; d) infracción de la congruencia del laudo porque se dicte fuera de los términos establecidos en la controversia; e) laudo dictado con infracción del principio de colegialidad (esto es, sin la concurrencia de todos los árbitros en su deliberación y adopción); f) laudo contrario al orden público.

2) En cambio, las acciones u omisiones dolosas o temerarias "in iudicando" son aquéllas en que el laudo tiene un defecto de fondo (como sucede cuando el laudo

arbitral es contrario a una norma imperativa, o cuando aplica una norma derogada), o también cuando hay un incumplimiento de los deberes de confidencialidad o de conservación de la documentación. Como después veremos, esta distinción es especialmente relevante porque no todas estas conductas pueden ser motivo de la interposición de una acción de anulación.

Es más: la posibilidad de que el árbitro responda de sus conductas “in iudicando” puede resultar una cuestión controvertida no sólo por la imposibilidad de que ese proceder pueda motivar una acción de anulación, sino sobre todo porque en determinados arbitrajes, como son los de equidad, el árbitro no se dedica a aplicar el Derecho para resolver el caso (me remito al análisis que de esta cuestión se realiza en el epígrafe C) b).

c) El criterio de imputación de la responsabilidad

El legislador se ha alejado llamativamente del criterio de imputación basado en cualquier grado de culpa que, como regla general, rige en materia de responsabilidad civil y se ha decantado por su limitación. Así, la LA de 2003 introduce una significativa novedad respecto de la LA de 1988: los árbitros ya no van a responder de los daños causados por “dolo o culpa”, como establecía esta última, sino sólo de los que sean irrogados por “mala fe, temeridad o dolo”.

Cuando el legislador limita el criterio de imputación de la responsabilidad, debe cuestionarse si efectivamente hay –y cuáles son, en su caso- razones para que el sujeto no responda como el resto de los ciudadanos, conforme al art. 1902 CC, máxime en un momento en que los tribunales, en muchas ocasiones, se decantan por una aplicación –incluso a veces exagerada- del principio de protección de la víctima.

La justificación, en este supuesto, según se deduce de la tramitación parlamentaria de la LA 2003, reside en la idea de favorecer e incentivar el desarrollo de los procesos arbitrales en España (esto es, de no disuadir a los árbitros con el temor de ser sujetos de posibles demandas de responsabilidad civil).

Además, al igual que ocurrió con la controvertida limitación de la responsabilidad de los jueces y magistrados (desde el 2015, ya no limitación sino derogación), parece que el legislador ha intentado preservar la imparcialidad e independencia de los árbitros, como si un sistema basado en la culpa como criterio de imputación supusiera un atentado contra esas instituciones. En esa línea, se entiende que exigir a los árbitros que rindan cuentas de todos sus actos, incluso los meramente culposos, les impediría examinar los presupuestos del caso con objetividad y tranquilidad, con lo que estarían sometidos a una presión difícilmente conciliable con la autonomía y con la independencia que han de regir en el ejercicio de

sus funciones. Sin embargo, con otra perspectiva bien distinta se ha puesto de manifiesto que la responsabilidad arbitral es precisamente una garantía de su independencia, con lo que no es posible ampararse en esta última para negar la primera, sino más bien al contrario: a mayor independencia cabría entender que debería articularse una mayor responsabilidad. El debate, como decía, es el mismo que en su día se originó con la responsabilidad civil personal de los jueces, aunque, en este caso, la cuestión quedó zanjada y superada con la Ley Orgánica de 21 de julio de 2015, de reforma de la LOPJ, que ha eliminado la responsabilidad civil de los jueces frente a los ciudadanos (derogando los arts. 411 a 413 LOPJ); así cuando aquellos sufren un daño a consecuencia de la actuación de un juez deben dirigir su demanda resarcitoria contra el Poder Judicial.

Como ya se ha señalado, los términos empleados en el art. 21 LA para introducir el criterio de imputación de la responsabilidad civil del árbitro son indicativos de que no servirá cualquier grado de culpa para originarla.

Por lo demás, en cuanto concierne al significado concreto de esos términos hay que señalar que:

1) *La mala fe y el dolo*, a los efectos de la responsabilidad civil, podrían considerarse sinónimos. Así las cosas, cabría incluir cualesquiera conductas que por acción u omisión del árbitro supongan un incumplimiento consciente y voluntario del encargo recibido. Esto es, no se requiere que exista una intención de causar el daño, sino que basta con que el árbitro asuma conscientemente que su comportamiento pueda ser lesivo y no adopte las medidas pertinentes para evitarlo. Además, hay que recordar que es nula la renuncia de la acción encaminada a exigir la responsabilidad derivada del dolo. De ese modo, serán nulos los Reglamentos arbitrales que, con cierta frecuencia, introducen cláusulas de exoneración de responsabilidad basadas en el dolo o en la mala fe (siendo, por el contrario, perfectamente posible que se pactara una ampliación del criterio de imputación, esto es una extensión de la responsabilidad del árbitro a cualquier grado de culpa). Por otro lado, como ya señalé al principio, las conductas dolosas están penalmente tipificadas como delito, con lo que originarán la consiguiente responsabilidad civil, mal llamada, "derivada" de la penal.

2) En cuanto a *la temeridad*, se trata de un concepto propio del Derecho penal, que en el civil tendría su equivalente en la culpa grave o la llamada ignorancia o negligencia inexcusable. La doctrina entiende que serían reveladoras de actuaciones gravemente negligentes de los árbitros aquéllas en que hay contradicción del laudo arbitral con una norma imperativa, o en que se ha aplicado una norma derogada, o se ha infringido palmariamente el principio de igualdad de trato, de audiencia o contradicción en el procedimiento arbitral. En este último sentido, la STS (Civil) 15 febrero 2017 (RAJ 2017, 400) entendió que podía calificarse de temeraria la

conducta de dos árbitros que aprovecharon que el tercer árbitro se encontraba de viaje para dictar el laudo, sin haberle siquiera convocado para que pudiera participar en su deliberación y adopción.

El Tribunal Supremo en esta sentencia, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia y la de la Audiencia Provincial, condenó a cada uno de los dos árbitros a pagar la cantidad de 750.000 € a una de las partes del procedimiento arbitral (la entidad Puma), que entabló contra ellos una demanda de responsabilidad civil. En el caso resuelto por la decisión quedó demostrado que los dos árbitros condenados excluyeron al tercer árbitro el día que adoptaron el laudo arbitral, sin que en ningún momento aquél hubiera mostrado una conducta obstruccionista o dilatoria en la tramitación del procedimiento (únicamente había disparidad de criterios en cuanto a la cantidad que en concepto de indemnización debía pagar Puma).

Pues bien, según el Tribunal Supremo, los árbitros actuaron con temeridad al excluir al tercer árbitro porque, a lo que con acierto entiende, hay que distinguirla del dolo o de la intención de dañar: “la temeridad no se identifica con la intención de perjudicar (...); se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje”. Y ello porque el laudo, al ser después anulado por no haber respetado en su adopción los principios de colegialidad y deliberación, originó el consiguiente daño a la parte.

En muchas ocasiones, las actuaciones consideradas “temerarias” son constitutivas de *error arbitral*. Sin embargo, la responsabilidad civil derivada de dichos errores, en particular, y en general de cualquier actuación del árbitro que recaiga sobre el fondo del asunto, y no sobre la forma, suscita la duda de si efectivamente puede originar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. La jurisprudencia parece distinguir, desde luego, según el arbitraje sea de equidad o de Derecho.

a) En el arbitraje de equidad parece que no cabe exigir del fallo arbitral una adecuada aplicación de la norma jurídica, ni una conclusión fundada en Derecho. Así, como señala la SAP Alicante (Civil) 21 mayo 2002 (JUR 2002, 190001), en los arbitrajes de equidad “los jueces han de resolver sólo según su leal “saber y entender” (...) y no es precisa una argumentación jurídica”; de ese modo, el laudo ni siquiera ha de estar motivado, sino únicamente no ser contrario al orden público [SAP (Civil) Toledo 25 abril 2002 (JUR 2002, 177203)]. Por ello, en este tipo de arbitrajes el TS ha señalado que “cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y

su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo, sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación. (...) por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional" [STS (Civil) 22 junio 2009 (RAJ) 2009, 4703]]. En cambio, como señala esta STS, sí sería posible, en los arbitrajes en equidad, que se originara la responsabilidad del árbitro por casos como los que ya hemos señalado: no haber dictado el laudo en tiempo o que el laudo haya sido declarado nulo por alguna causa imputable al árbitro, etc.

b) Por el contrario, cuando el arbitraje es de Derecho, parece que los Tribunales sí son proclives a admitir la posibilidad de que se origine la responsabilidad civil del árbitro por error, si bien sólo en los casos en que dicho error sea palmario, craso, manifiesto, y de una evidencia tal que denote siempre una negligencia grave del árbitro. Como puede verse se aplica, en parte, la copiosa doctrina jurisprudencial elaborada en torno al error judicial: "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" (STS (Civil) 22 junio 2009 (RAJ) 2009, 4703).

3. La responsabilidad civil de las instituciones arbitrales

El art. 21.I LA contempla dos supuestos de responsabilidad civil de las instituciones arbitrales: Uno por hecho propio, y otro por hecho ajeno.

1) En el primer caso, la institución arbitral responde, conforme al art. 21.I LA, de los daños derivados del incumplimiento del encargo, siempre que hayan sido debidos a su mala fe, temeridad o dolo.

En cuanto a su actuación, ligada al encargo, ha de observarse que la institución asume la obligación de administrar el arbitraje y, en su caso, de designar a los árbitros y que cualesquiera daños derivados del incumplimiento de la misma, siempre que sean imputables a dolo, mala fe o temeridad, originarán su responsabilidad. Así, por ejemplo, los debidos a fallos del proceso –tales como incumplimiento de

notificaciones o de los plazos legales acordados para el procedimiento de que se trate-.

Además, cuando la actuación de la institución haya consistido en una incorrecta elección del árbitro o en un control defectuoso de la actividad arbitral, su negligencia será "in eligendo o in vigilando" y su responsabilidad será igualmente por hecho propio, puesto que ella también habrá contribuido con esa negligencia a la producción del daño. En este sentido, se considera que la institución arbitral tiene la obligación de velar por la imparcialidad y por la independencia de los árbitros, así como de asegurarse su capacidad en relación con el asunto sobre el que verse el litigio (y ello, aunque la institución no hubiera realizado una designación en sentido estricto, sino meramente una propuesta de los árbitros posibles a las partes).

Dados los términos en que se pronuncia el art. 21.I LA, la doctrina se ha cuestionado si se originaría también la responsabilidad de la institución arbitral por la no aceptación del encargo del arbitraje. Cuando la negativa se debe a que no se cumplen los criterios a los que el Reglamento de la institución condicione la aceptación de los arbitrajes o a que se trata de supuestos de nulidad, inexistencia o caducidad del convenio, o de materias que no son susceptibles de arbitraje, parece que no hay duda acerca de la no exigencia de responsabilidad, ya que la no aceptación está justificada. Distintas son las cosas cuando la institución arbitral rechaza discrecionalmente el arbitraje, ya sea porque no hay causas en dicho Reglamento para hacerlo o las hay, pero diferentes. La doctrina mayoritaria entiende que, en estos casos, sí cabe exigir responsabilidad civil a la institución por la no aceptación. La razón es que deben asumirse las consecuencias negativas que lleva consigo el hecho de hacer a la sociedad una oferta pública como institución arbitral que luego al ser incumplida puede originar daños.

Por lo demás cabe trasladar "mutatis mutandi" las consideraciones realizadas al analizar la responsabilidad civil del árbitro acerca del criterio de imputación, y de la controvertida naturaleza contractual de la responsabilidad.

2) La institución arbitral también puede responder en los casos en que, en el arbitraje institucional, un árbitro, al no cumplir fielmente su encargo, haya causado un daño por mala fe, dolo o temeridad. Así lo entiende el art. 21.I LA cuando afirma que "(e)n los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma".

Así las cosas, en los arbitrajes institucionales, cuando el daño sea atribuible a la conducta dolosa o gravemente negligente de un árbitro en el cumplimiento de su encargo, el perjudicado puede optar por solicitar directamente el resarcimiento a la institución arbitral, por dirigirse contra el árbitro (cuya responsabilidad ya se ha analizado) o por reclamar a ambos (que responderían solidariamente frente a

la víctima). En los supuestos en que el ciudadano sólo se dirija contra la institución arbitral y ésta resulte condenada al pago de la indemnización, después tiene derecho a una acción de regreso –por la totalidad de lo satisfecho a la víctima– contra el árbitro que haya actuado con dolo, mala fe o temeridad (así lo entiende el art. 21.1 LA al señalar “con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla (la institución) contra los árbitros”).

Se trata, a mi juicio, de una responsabilidad por hecho ajeno, directa y objetiva. Directa, porque no hace falta que el árbitro sea insolvente para reclamar a la institución; objetiva, porque el legislador no contempla la posibilidad de que la institución se libere de la responsabilidad por medio de la prueba de haber actuado con toda la diligencia para prevenir o evitar el daño. Y, como es sabido, en sede de responsabilidad por el hecho de otro se entiende que nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa propia cuando el legislador, como sucede en el art. 1903 CC, permite la exoneración del sujeto llamado a responder mediante la prueba de que se ha empleado toda la diligencia para prevenir o evitar el hecho; mientras que cuando dicha prueba no se contempla, la responsabilidad se califica de objetiva (o por hecho ajeno en sentido estricto) pues es irrelevante la culpa de quien ha de indemnizar (como ocurre, por ejemplo, en el art. 61.3 Ley Orgánica Responsabilidad Penal del Menor). Así las cosas, en este supuesto, la institución arbitral respondería de un hecho en cuya causación no ha intervenido siquiera indirectamente (como sucede en casos en que responde del daño causado directamente por el árbitro, pero imputable a una “culpa in vigilando o in eligendo” propias, que, como dije antes, originarían su responsabilidad por hecho propio).

Sin embargo, como se trata en este caso de una responsabilidad “por hecho ajeno”, es necesario que se cumplan todos los requisitos, analizados en los epígrafes anteriores, para originar la responsabilidad civil del árbitro. Dicho en otras palabras: como en todo supuesto en que la responsabilidad civil funciona, según otra terminología, como “vicaria”, es necesario que se origine la responsabilidad en el sujeto que causa el daño para que ésta se propague objetivamente a quien debe responder por él (en el supuesto que nos ocupa, la institución). Por ese motivo, precisamente, el Tribunal Supremo, en la STS (Civil) 14 septiembre 2018 (RJA 2018, 4001) entendió que no resultaba procedente apreciar la responsabilidad civil de una institución arbitral, dado que, en casación, fallecido el árbitro, se desistió de la demanda frente a éste y su sociedad, y únicamente se mantuvo frente al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (hoy, Cámara Oficial de Comercio, industria, Servicios y Navegación de España). Según el Tribunal Supremo, comoquiera que la demanda se sustentaba sobre la base de que la entidad debía responder por el hecho del árbitro, no cabía afirmar su responsabilidad, una vez se había negado la de este último: “ (...)

desaparecida la responsabilidad del árbitro no es posible identificar cuáles son los actos propios realizados en el seno del arbitraje de los que supuestamente se desprendería la responsabilidad de la Corte para fundamentar la infracción del ordenamiento jurídico, en relación con la normativa citada en el motivo, ya que todo él gira alrededor de la declarada inexistencia de responsabilidad del árbitro codemandado”. Cosa distinta habría sido que la demanda se hubiera justificado con base en una posible responsabilidad por hecho propio de la institución arbitral (tal como una incorrecta administración o dirección del arbitraje, en particular, una designación parcial o no neutral de los árbitros, lo cual sería subsumible en el subapartado I), que se ha analizado más arriba en este epígrafe). Pero, insisto, éste no fue extremo que se debatiera en este procedimiento judicial.

4. Algunas especialidades en las reclamaciones de daños y perjuicios contra los árbitros y las instituciones arbitrales

A) En cuanto al proceso, hay que señalar que la LA no establece ninguna norma referente al procedimiento para exigir responsabilidad civil al árbitro y/o institución arbitral. Por tanto, habrá que estar a lo establecido en la LEC; esto es, a la determinación del procedimiento, ordinario o verbal, dependiendo de la cuantía (arts. 249 y 250 LEC). Y en lo concerniente a la competencia, habrá de conocer del asunto el juez del domicilio del árbitro y/o institución arbitral, si bien en el caso de que los árbitros sean profesionales podrán ser demandados en el lugar donde desarrollen dicha actividad, sin perjuicio de una posible sumisión tácita.

B) En lo referente a la legitimación pasiva, cuando se trate de un arbitraje con varios árbitros (art. 15 LA) parece que la obligación de cumplir el encargo es indivisible y mancomunada, ya que los árbitros sólo pueden liberarse si llevan a cabo la prestación conjuntamente (de hecho, cuando no lo hacen así, se entiende que se viola el principio de colegialidad, y que se les puede exigir responsabilidad civil, como vimos ocurrió en la ya citada STS (Civil) 15 febrero 2017 (RAJ 2017/400).

El hecho de que todos los árbitros deban participar en el procedimiento arbitral y en la elaboración del laudo, provoca que, en el ámbito de la legitimación pasiva, se entienda que su responsabilidad no es solidaria frente al perjudicado (porque la solidaridad nunca se presume ex art. 1137 CC), sino mancomunada, con lo que todos ellos habrán de ser demandados. Sin embargo, hay que tener en cuenta que debe quedar exento de responsabilidad civil el árbitro que haya hecho constar expresamente su disconformidad con el laudo por la causa que, en último extremo, haya generado el perjuicio reclamado y declarado resarcible.

C) En lo concerniente al plazo, como ya expliqué *supra*, al acuñarla de responsabilidad civil contractual, hay que aplicar el de 5 años del art. 1964 CC;

plazo que empezará a contarse desde el día en que pudo ejercitarse la acción (art. 1969 CC).

D) Especial referencia merece el hecho de que se exija el agotamiento de todos los "recursos" frente al laudo arbitral: Conforme a la LA de 1988, la doctrina mayoritaria exigía que, antes de iniciar una demanda de responsabilidad civil contra un árbitro y/o institución arbitral se hubiera interpuesto el único recurso admisible contra el arbitraje: la anulación del laudo, que, como es sabido, hoy ya no es un recurso sino una acción. La razón que se alegaba es que al anular el laudo podrían llegar a evitarse los daños que se reclamaban.

Se hace así una traslación del algún presupuesto procesal exigido en el régimen jurídico –ahora ya derogado- de la responsabilidad civil judicial. Me refiero a la interposición de todos los recursos y a la firmeza de la resolución, que se exigían cuando todavía era posible demandar a un juez por los daños irrogados en el ejercicio de sus funciones, antes de la reforma de 2015. Así, decía el derogado art. 403.2 LEC que "no se admitirán las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por los daños y perjuicios que por dolo, culpa o ignorancia inexcusable irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio (...)". Además, el segundo inciso del art. 403 LEC exigía que se hubieran agotado todos los recursos o reclamaciones posibles: "Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios". Y en términos similares se pronunciaba el derogado art. 413 L.O.P.J. de 1985. La doctrina mayoritaria consideraba lógica la exigencia de esos requisitos: el ordenamiento jurídico tiene previsto un complejo sistema de recursos, pensado, precisamente, para subsanar los posibles defectos de las sentencias judiciales. Era, por tanto, posible que al apreciar cualquiera de ellos el daño desapareciera, (y, con él, la responsabilidad civil del juez, puesto que no hay responsabilidad sin daño).

En la actualidad, la Ley Orgánica de 21 de julio de 2015, de reforma de la LOPJ, ha eliminado los arts. 411 a 413 LOPJ, y con ello la responsabilidad civil directa de los jueces frente a los ciudadanos, que ya no pueden dirigirse contra el juez, sino que ha de reclamar al el Estado, que después puede accionar contra el juez o magistrado que ha actuado con dolo o culpa grave (art. 296 LOPJ).

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, hay una evidente diferencia –en lo que a recursos se refiere- entre la actividad jurisdiccional y la actividad arbitral. Mientras que en el primer caso es perfectamente posible que el daño producido se pueda corregir o reducir al sustituir la sentencia por otra que sea ajustada a Derecho, en el arbitraje, interpuesta la acción de anulación –que es el único remedio impugnatorio posible- se deja abierta la vía para acudir a un

nuevo arbitraje o a la vía judicial, pero el daño causado no desaparece sólo con su estimación. Es más, como es sabido, la acción de anulación no puede entablarse por la actividad “in iudicando” de los árbitros (esto es, como se vio *supra*, por cuestiones de fondo). Por ese motivo, la doctrina propugna que cuando el daño haya sido debido a una conducta temeraria o dolosa del árbitro que tiene que ver con el fondo del asunto, aun cuando no quepa acción de anulación alguna, sí sea posible exigir la correspondiente responsabilidad civil conforme al art. 21.I LA (piénsese, por ejemplo, en el caso de que un laudo aplique, para la resolución de una controversia, una norma derogada años atrás. Parece defendible que aun cuando no quepa entablar la acción de anulación, si será posible obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados). Incluso, en algunos casos en que la conducta gravemente negligente o dolosa del árbitro es “in procedendo” también es discutible que quepa exigir entablar la acción de nulidad; así, por ejemplo, cuando se deje sin dictar el laudo (aunque sí parece que podría defenderse cuando éste se haya dictado fuera de plazo, haciendo una interpretación extensiva del art. 37.2 LA).

Cuestión distinta y también controvertida es el caso en que las partes no impugnen un determinado defecto en el plazo establecido para ello. El art. 6 LA, en este supuesto, establece que “si una parte conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no lo denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”. Parece que la LA, en este caso, sanciona a las partes impidiéndoles que puedan entablar la correspondiente acción de anulación. Sin embargo, es dudoso que ello implique también la imposibilidad de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios mediante una acción de responsabilidad civil contra el árbitro y/o institución arbitral, siempre que su conducta haya sido gravemente negligente o dolosa.

E) En lo concerniente a la legitimación activa, no hay duda de que cualquiera de las partes, siempre que haya sufrido un daño resarcible, estará legitimada para exigir la correspondiente responsabilidad arbitral. Mayores problemas plantean los terceros que no han sido parte del arbitraje y que han sufrido un daño a consecuencia del mismo. Tal y como está redactado el art. 21.I LA, parece que no cabe incluir en el precepto los daños ocasionados a terceros interviniendo culpa o negligencia en el desempeño de la actividad arbitral. Por ese motivo, algunos autores han defendido la posibilidad de aplicar el art. 1.902 CC en este supuesto.

F) Por último, hay que tener en cuenta que la sentencia que se dicte en el juicio de responsabilidad civil contra el árbitro y/o institución arbitral no afectará a la eficacia vinculante del laudo dictado (algo similar a lo que sucedía en el caso

de la responsabilidad civil judicial, donde la firmeza de la resolución recaída en el proceso en que se hubiera causado el agravio no se veía alterada en ningún caso por la pronunciada en el juicio sobre responsabilidad civil del juez (véase el derogado art. 413.2 L.O.P.J.).

II. PARTE SEGUNDA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR Y DE LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

I. Consideraciones generales

La responsabilidad civil del mediador se contempla en el art. 14 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), que señala: “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

Además, el art. 11.3 LM introduce la obligación del mediador de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Al igual que sucede en el arbitraje, cabe distinguir entre la responsabilidad del mediador y la de la institución de mediación.

2. La responsabilidad civil del mediador

La actual LM ha introducido un cambio importante en la regulación de la responsabilidad civil del mediador por cuanto ha eliminado la limitación del criterio de imputación, que anteriormente se basaba en los daños y perjuicio causados por “mala fe, temeridad o dolo”. De ese modo, coincidía plenamente con los motivos que originan, conforme al art. 21 LA, la responsabilidad civil del árbitro.

En la actualidad, ex art. 14 LM, los mediadores responden de los daños y perjuicios que causan, y, como nada se dice acerca del criterio de imputación, lo harán conforme a cualquier grado de culpa o negligencia (tal y como previenen los arts. 1101 y 1902 CC).

Centrándonos en la responsabilidad civil contenida en el art. 14 LM, lo primero que hay que destacar es que se origina por los daños derivados del incumplimiento del “encargo” que se encomienda al mediador. Por ello, (al igual que vimos sucede

con el art. 21.I LA), el art. 14 LM delimita en el tiempo la responsabilidad del mediador, ya que se originará sólo a partir del momento de la aceptación. Este hecho es un indicativo más de la naturaleza contractual de la misma. Además, es lugar común admitir que cuando las partes acuerdan someter a mediación cualquier conflicto o controversia que pueda surgir entre ellas, y el mediador acepta cumplir fielmente el encargo, surge una relación jurídica que genera derechos y obligaciones para ambas partes –mediadores y partes- un tipo de contrato en cuya virtud el mediador, a cambio normalmente de un precio, se compromete a colaborar con las partes para que alcancen un acuerdo que les permita solucionar su conflicto.

El hecho de que la responsabilidad contemplada en el art. 14 LM sea contractual no es obstáculo para que el mediador también responda civilmente de los daños derivados de sus delitos o faltas, así como extracontractualmente, frente a terceros, conforme al art. 1902 CC.

La naturaleza contractual de la responsabilidad civil conforme al art. 14 LM permite aplicar el plazo de cinco contemplado en el art. 1964 CC, para la prescripción de la acción.

3. La responsabilidad civil de la institución de mediación

El art. 14 LM también regula la responsabilidad de la institución de mediación. Y lo hace en dos supuestos distintos: a) de un lado, en los casos en que el mediador haya causado un daño, al permitir al perjudicado que se dirija contra la propia institución, que después podrá entablar la pertinente acción de regreso. b) de otro lado, también responderá la institución de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben. Como puede verse, el primer caso da lugar a una responsabilidad por hecho ajeno, y el segundo a una responsabilidad por hecho propio.

Cuando de la responsabilidad civil por hecho ajeno se trata, la institución responde de forma objetiva (no hace falta culpa en su actuación) y por hecho ajeno: basta con que el mediador haya causado un daño con culpa o negligencia para que se origine la responsabilidad de la institución, que, después, no obstante, podrá repetir por vía de regreso la totalidad de lo satisfecho. Así las cosas, en este caso, la víctima puede elegir entre reclamar al mediador o a la institución, o bien a ambos.

En el segundo supuesto, la responsabilidad de la institución es por hecho propio y su negligencia puede tener dos contenidos diversos: a) una incorrecta designación del mediador (culpa in eligendo); así, por ejemplo, cuando se designa un mediador que no cumple las condiciones establecidas; b) el incumplimiento de

las obligaciones que incumben a la institución (por exigir más provisión de fondos a una parte que a la otra, por falta de regulación de unas reglas claras de actuación, etc.).