

CAPÍTULO OCTAVO

APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO CIVIL

Dado que no es posible aplicar las reglas especiales de responsabilidad del juez y el amparo a la responsabilidad del árbitro, tenemos que enfocarnos en las herramientas que nos propone el derecho civil mexicano y, de ser necesario, adaptarlas a la situación específica del árbitro.

Como señala Gregorini Clusellas,²⁹⁸ para determinar la responsabilidad civil es necesario distinguir los supuestos de revisión de un laudo por apelación cuando ella procede por no haberse renunciado expresamente, y los de nulidad:

La apelación y sus consecuencias no pueden razonablemente generar responsabilidad del árbitro cuyo laudo es revisado. La interpretación de los contratos, de las normas jurídicas y de la prueba producida tanto para los árbitros de derecho como de equidad, son cuestiones subjetivas en que debe primar el criterio arbitral y así se interpreta en general. Por ello no son materias susceptibles en principio de generar responsabilidad.

La nulidad de un laudo por las causales legales o bien la omisión del árbitro de dictarlo implican una “antijuricidad objetiva”. Esta antijuridicidad *per se* no alcanza para fincarle responsabilidad al árbitro. Más bien sólo la presume.²⁹⁹ “Si el laudo es extemporáneo, se omitió su dictado o decidió sobre puntos no comprometidos violando al principio de congruencia, de defensa en juicio, o puede calificarse de arbitrario, la conducta del árbitro excede lo que puede considerarse error de apreciación, pues se habría violado el ordenamiento jurídico”.³⁰⁰ En todos estos casos, quien reclame

²⁹⁸ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *El arbitraje y la responsabilidad de los árbitros*, disponible en: www.ajeuba.campusuniversidad.com.ar, s.f., y http://ajeuba.campusuniversidad.com.ar/courses/ARBITRAJECOMERCIAL10AJE/document/El_arbitraje_y_la_responsabilidad_de_los_%E1rbitros.html?cidReq=ARBITRAJECOMERCIAL10AJE.

²⁹⁹ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

³⁰⁰ *Idem.*

responsabilidad deberá además acreditar el factor subjetivo de imputación, la consistencia y entidad del daño sufrido y la relación de causalidad con el hecho antijurídico del árbitro. Cabe notar que para la concretización de la responsabilidad civil del árbitro se requieren los requisitos de toda responsabilidad civil, contractual o extracontractual:

- a) antijuridicidad;
- b) factor de atribución o imputabilidad;
- c) daño y
- d) causalidad o nexo causal adecuado.

El factor subjetivo de atribución se basa en la culpa o el dolo. Al árbitro le pueden aplicar las responsabilidades propias de la profesión por su mala práctica, sujetas a los controles de ética por el ente colegiado que los agrupa. Asimismo, su actuación puede generar una responsabilidad contractual respecto de las partes, con las cuales generalmente lo vincula un contrato, y otra extracontractual respecto de terceros. Sin embargo, para determinar la responsabilidad civil debe analizarse si la obligación del árbitro de laudar es de medios o de resultados (obligación de hacer).

I. LAUDAR, ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS?

Para poder definir la aplicación de la responsabilidad civil al árbitro es necesario caracterizar su obligación. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito establece que la

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, en su artículo II. 1, define al arbitraje como el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. De lo expuesto, derivan los siguientes elementos del acuerdo de arbitraje: a. Consentimiento por escrito de las partes de obligarse a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias. b. Las diferencias entre las partes provienen de una relación jurídica, contractual o extracontractual; y, c. La controversia sea arbitrable; en este caso, rige el principio de reserva y de cláusula expresa, porque la cláusula arbitral constituye la base del arbitraje y es la que precisa cuáles son las diferencias y relación jurídica que debe resolverse mediante un tercero al que le confieren el poder de resolver la controversia; es el acuerdo expreso el que contiene los límites del arbitraje

que deba desplegarse en el presente o futuro de una relación jurídica, cualquiera que sea su origen, de modo que sólo podrán ser resueltas las diferencias comprendidas en ese acuerdo. Así las cosas, las facultades del árbitro y la materia de su conocimiento derivarán de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley. De lo expuesto, se advierte que la cláusula arbitral contiene para un tercero la obligación de hacer, personalísima e infungible, de resolver una controversia, y para las partes obligaciones complejas de hacer y poner las medidas necesarias para que el arbitraje se lleve a cabo.³⁰¹

De forma similar argumenta González de Cossío cuando dice que la “obligación en la que me deseo concentrar es el deber de emitir un laudo válido y ejecutable. Dicho deber no puede entenderse como una obligación de resultado sino como una obligación de empeñar sus mejores esfuerzos”.³⁰²

Las obligaciones de hacer o de no hacer están establecidas en el artículo 2027, capítulo VI, del Código Civil Federal. Tal artículo establece que si el obligado a prestar un hecho no lo hiciera, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciera de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se desahogue lo mal hecho. Asimismo, el artículo 2014 del Código Civil Federal establece que el que estuviera obligado a prestar un hecho y dejara de prestarlo o no lo prestara conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuera a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II. Si la obligación no dependiera de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer *pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención* (énfasis añadido). En el primer caso la morosidad equivale a la culpa. De manera más general para las obligaciones sinalagmáticas, el artículo 1949 estipula que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún

³⁰¹ Tesis I.3o.C.937 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, XXXIII, mayo de 2011, p. 1017, Tesis Aislada (Civil), [TA]; ARBITRAJE. CONCEPTO Y ELEMENTOS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II.1 DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS); Amparo en revisión 195/2010, Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra, 7 de octubre de 2010.

³⁰² González de Cossío, Francisco, *El árbitro*, México, Porrúa, 2008, p. 69.

después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultara imposible.

En el caso de incumplimiento de una obligación mutua, el artículo 1949 de Código Civil Federal ofrece por un lado el cumplimiento. Sin embargo, eso se debe rechazar, dado que el árbitro no puede juzgar de nuevo la causa y emitir un nuevo laudo por falta de imparcialidad. El árbitro ya formó su opinión sobre el caso, y no podría empezar de nuevo y de forma neutral. Más bien las partes deberían nombrar nuevos árbitros; pero esto no representaría un cumplimiento en el sentido del artículo, sino una nueva relación jurídica entre las partes y un nuevo árbitro.³⁰³

Como consecuencia del incumplimiento, sólo queda a las partes la acción resolutoria. De acuerdo con ella, las partes revierten la relación jurídica al estado que tenían antes (*ex tunc*), es decir, “...al reintegro del valor de las prestaciones aportadas por razón del contrato (la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses)...”³⁰⁴ con el resarcimiento de daños y perjuicios. En la práctica, el árbitro no sólo devolvería sus honorarios a las partes, sino que las partes lo podrían demandar por daños y perjuicios.

Lo anterior no se refiere todavía, en estricto sentido, a la responsabilidad del árbitro, sino solamente al destino de la relación contractual entre las partes. El incumplimiento del árbitro de sus obligaciones contractuales “...debe permitir la resolución del contrato con las consecuencias mencionadas evitando... injustos enriquecimientos en quien ha incumplido aquello a lo que se había obligado, al no ejecutar «*la obra*» encargada o ejecutarla defectuosamente, de tal forma que sea inservible para la finalidad perseguida”.³⁰⁵

En el evento de que las partes hayan encargado la administración del arbitraje a una institución, no podrían demandar de ella el reembolso del monto pagado por su servicio mientras no hubiera incumplimiento de dicho servicio. Sin embargo, surge la duda de si la institución de arbitraje es solidariamente responsable como garante a las partes por los honorarios de los árbitros. Aunque no es parte de este trabajo definir la responsabilidad de la institución de arbitraje, salvo estipulación contraria en el contrato de servicio entre las partes y la institución de arbitraje, considero que no es responsable por la devolución de los honorarios de los árbitros, porque su posición no es la de un garante frente a las partes.³⁰⁶ Esto se basa en el artículo 1988 del

³⁰³ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 738.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 739.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 740.

Código Civil Federal, de acuerdo con el cual la solidaridad no se presume, sino que resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

II. LIMITACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO MEDIANTE ELEMENTOS SUBJETIVOS DE CULPA O DOLO

Como establecimos, el deber del árbitro es primordialmente una obligación de hacer, es decir, de emitir un laudo. Habrá también obligaciones paralelas incluidas en su trabajo, que son de resultado. Anotamos que el artículo 2014, CCF, establece una responsabilidad objetiva por daños y perjuicios por el simple hecho de contravenir una obligación de hacer. Si esta solución se aplicara directamente al árbitro, quedaría expuesto a un sinnúmero de responsabilidades y demandas por daños y perjuicios.

Hemos estado sosteniendo que la función del árbitro merece una protección especial en vista de sus funciones. Nos preguntamos sobre la forma de obtener esta protección. Considero apropiado que la limitación a la responsabilidad se logre mediante la escala de culpa y dolo. Es decir, independientemente de la acción que haya causado un daño, es importante incluir en la distinción un elemento subjetivo. Mantenerlo objetivo como lo establece el artículo 2014 CCF no haría justicia a la función y situación especial del árbitro.

1. Limitación a dolo o inclusión de culpa

La mala fe, temeridad o dolo son principios especiales frente al criterio general de responsabilidad. Perales Viscasillas distingue diversas interpretaciones. Por un lado, la ampliación de la responsabilidad vía interpretación extensiva, es decir, la permisión de la culpa o negligencia. Por otro lado, la restricción de la responsabilidad a la antijuridicidad dañina intencional. La tesis intermedia establece una responsabilidad por dolo (mala fe) o culpa grave (temeridad).

La Sentencia del 22 de junio de 2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español establece que desde

...el punto de vista positivo, la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y

que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. La LA, no aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos, restringe la responsabilidad a los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo (artículo 1 LA), por considerar que sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. La LA 1988, aplicable en el caso, considera responsables a los árbitros que no cumplieran fielmente su encargo “por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa”. Esta expresión debe también interpretarse como restringida a los supuestos de negligencia grave, pues la imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes que constituye la base de esta institución.

De semejante manera, la Corte de Casación francesa establece en su sentencia de 2014 que la responsabilidad civil de los árbitros supone la existencia de un incumplimiento a su obligación de imparcialidad y buena fe, o la comisión de una falta personal similar a dolo o constitutiva de fraude, de una falta grave o negación de justicia.³⁰⁷

La necesidad de distinguir un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye una constante en Derecho comparado y se ofrece como una exigencia derivada de los principios del Derecho comunitario cuando se trata de determinar la responsabilidad del Estado por incumplimiento mediante actuaciones judiciales. No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (la primera tiene su fundamento constitucional en el monopolio de exclusividad de aplicación de las leyes y garantía de los derechos por el poder judicial, mientras que el segundo, según la STC 9/2005, es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento), la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional. Por otra parte, la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan que la

³⁰⁷ Cour de cassation, 1ère chambre civile, 15 janvier 2014, Arrêt n° 2, “La responsabilité civile des arbitres suppose l’existence d’un manquement de ceux-ci à leur obligation d’impartialité et de bonne foi, ou encore la commission d’une faute personnelle équivalente au dol ou constitutive d’une fraude, d’une faute lourde ou d’un déni de justice”.

intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990). 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, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistématico para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los tribunales. Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, 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, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional.³⁰⁸

En la doctrina francesa se han establecido dos definiciones de culpa. Por un lado, Planiol la define como la violación de una norma preexistente.³⁰⁹ Por el otro lado, los hermanos Mazeaud la definen como el comportamiento que no tendría el hombre prudente y perspicaz.³¹⁰ Pero esta definición

³⁰⁸ Sentencia 429/2009 de TS, Sala 1a., de lo Civil, 22 de junio de 2009, disponible en: <http://supremo.vlex.es/vid/-231830214>.

³⁰⁹ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones (segunda parte)*, t. VII, México, Acrópolis, 1998, p. 529.

³¹⁰ Mazeaud, Henri et al., *Essai de classification...*, cit., p. 108.

se contrapone a la definición clásica en la cual la culpa es un hecho ilícito imputable a su autor.³¹¹

Nuestro Código Civil Federal se aparta como principio general de la clasificación gradatoria entre grave, leve y levísima, y reconoce dolo, culpa, impericia y negligencia. Como consecuencia, toda naturaleza de culpa bastará para responsabilizar. La distinción sólo cabría en materia de culpa contractual, pues *in lege aquilia et levissima culpa venit*, es decir, en el campo aquiliano, se responde siempre por toda falta. Cabe consignar que prevalece definitivamente la unidad de la culpa, sea como fuente de responsabilidad contractual o extracontractual, que la identifica con la imprudencia o negligencia en el obrar o con la especie agravada del dolo del artículo 2106 del Código Civil Federal. Sobre su modo de apreciación, la evaluación de la conducta debe ser en concreto, ponderada con relación al sujeto de que se trate frente a las circunstancias del caso. Dicha evaluación resultará de comparar, siguiendo un criterio subjetivo-objetivo, la conducta razonablemente esperada para un árbitro de la condición del sujeto analizado, ante las circunstancias particulares y la actuación realizada en la ocasión.

Los árbitros podrían estar sujetos a las mismas reglas que otros proveedores de servicios. El artículo 2106 CCF claramente establece que no se puede excluir la responsabilidad contractual por dolo. No hay necesidad de extender la protección del árbitro a actos cometidos por negligencia grave, dado que la distinción entre ambos es tan fina que sería muy difícil explicarle a una parte ofendida que el daño causado por negligencia grave no podrá ser resarcido, pero el de dolo sí. Puede resultar tentador limitar la responsabilidad del árbitro a dolo y excluir la culpa de forma completa, como lo sugiere Born en su obra sobre el arbitraje comercial internacional.³¹² Esto podría proporcionar claridad y certeza jurídica al sistema de responsabilidad del árbitro, pues no se haría a la difícil distinción entre negligencia grave y leve. Se ha argumentado igualmente que la admisión de ambas formas de negligencia amenazaría la independencia del árbitro.³¹³ Obviamente, la diferencia entre negligencia grave o leve es un tema de debate y criterio, que no está sujeto a una definición clara.³¹⁴ Sin embargo, en el caso Azran, la Corte de Apelación de París explícitamente establece que

³¹¹ Chabas, François, “La noción de culpa en el derecho francés”, conferencia sustentada en la Universidad Iberoamericana el 13 de marzo de 1989, 1989, p. 407.

³¹² Gary Bryan, *op. cit.*, pp. 1598 y 1600.

³¹³ *Ibidem*, p. 1659.

³¹⁴ No se entrará en este trabajo a la conocida discusión de teorías de negligencia; véase, en vez de mucha discusión de la negligencia en el derecho inglés, Armitage v. Nurse [1997] EWCA Civ 1279.

los árbitros serán responsables por negligencia grave, así como por fraude y negación de justicia.³¹⁵ La diferenciación entre las graduaciones de negligencia o culpa es subjetiva, de difícil valoración y difícil de evidenciar en un juicio. Por ejemplo, la imparcialidad del árbitro constituye una cualidad esencial, pero resulta difícil de comprobar. Se requiere de situaciones de hecho objetivas; por ejemplo, vínculos de dependencia con una parte. Esto ha sido comprobado en el sonado caso *Tapie*, en el cual la Cour de Cassation de París concluyó que hubo un vínculo por lo menos entre uno de los árbitros y el abogado que representaba los intereses del señor Tapie, o quizás hasta con el señor Tapie directamente.³¹⁶ La Cour de cassation de París³¹⁷ habló de fraude y anuló el laudo que le otorgaba al señor Tapie la razón y condenaba a la contraparte. Como vemos, las consecuencias son mayores, y la problemática no es meramente teórica. A causa del fraude, una parte iba a obtener un considerable pago, causándole a la parte perdedora un gran daño. De no haber sido porque el sistema legal francés permitiera el recurso de responsabilidad, no se habría evitado el daño y la injusticia.

Podría argumentarse que en sistemas jurídicos menos avanzados, en los que algunos abogados abusan del sistema legal y de las leyes, debería optarse por la protección del árbitro mediante certeza jurídica respecto al término jurídico de la negligencia ambiguo. Los litigantes lo podrían utilizar para demandar al árbitro como un recurso adicional en caso de perder la disputa. Sin embargo, las dificultades de una definición legal y la práctica jurídica deficiente de algunos abogados no justifican que de forma general se excluya una diferenciación jurídica necesaria y razonable. Igualmente complicado es diferenciar entre la culpa consciente y el dolo eventual. El problema de términos jurídicos ambiguos y de diferenciaciones complicadas está presente en casi cada ley o reglamento; forma parte esencial de cada sistema jurídico, porque sólo así se pueden incluir la mayor cantidad de hechos y situaciones en una norma jurídica.

Pocos temas en la teoría del lenguaje se relacionan tan estrechamente con la interpretación legal como la indeterminación lingüística asociada con la ambigüedad y la vaguedad. Partes importantes del sistema legal institucional, en especial los tribunales a nivel de apelación y cortes supremas, se ocupan la mayoría del tiempo de la indeterminación de la ley, y no a descifrar los hechos de los casos. De forma coloquial, tanto el término vaguedad

³¹⁵ Corte de Apelación de Paris, *Azran v. Schiret, Leclercq, Nahum and the company SAS Consultaudit*, sentencia del 10. de marzo de 2011, núm. 09/22701.

³¹⁶ Cour de cassation, 1ère chambre civile. 30 juin 2016. Pourvoi n° 15-13.755. Arrêt 932.

³¹⁷ *Idem*.

como ambigüedad son utilizados de forma genérica para hacer referencia a la indeterminación. Este es el sentido en el cual la vaguedad se entiende en la doctrina “*void for vagueness*”, de acuerdo con la cual una norma es considerada nula cuando haya sido enmarcada en términos tan indeterminados que su sentido sólo puede ser adivinado. La vaguedad puede relacionarse con la individualización o clasificación. Por lo menos existen cuatro puntos de vista desde los cuales se pueden analizar los problemas causados por la vaguedad: lógica, ontología, epistemología, y semántica.³¹⁸ Es deber de los tribunales y de la ciencia jurídica definir esos términos. La ambigüedad de términos jurídicos aplica a muchas situaciones jurídicas, y sin embargo no se han excluido términos ambiguos del sistema jurídico dejando espacio para la discusión y el criterio. El sistema de responsabilidad contractual forma parte fundamental del sistema de contratos base de la relación del árbitro con las partes. Excluir la responsabilidad contractual al máximo permitido por ley (artículo 2106, Código Civil Federal) sería cerrar los ojos ante la necesidad e importancia del sistema de sanciones contractuales. Los árbitros deben ser responsables cuando dañen los derechos de las partes por negligencia o dolo.

2. Limitación a dolo y culpa grave

En mi opinión, se debe excluir la culpa leve. El árbitro debe ser responsable por dolo y culpa grave.³¹⁹ De otra forma, la protección, independencia y autoridad de los árbitros estaría restringida de forma tal que sería incompatible con la tarea de juzgar que le fue conferida.³²⁰ Sería el árbitro responsable por culpa grave, fraude, o colusión con una parte.³²¹ A la misma conclusión llega González de Cossío:

³¹⁸ Para analizar más el tema de la vaguedad en la norma legal: Poscher, Ralf, “Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation”, en Tiersma, Peter y Solan, Lawrence M. (eds.), *Linguistic Issues in Statutory Interpretation, The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012; véase también Solan, Lawrence, M., “Linguistic Issues in Statutory Interpretation”, en Tiersma, Peter y Solan, Lawrence M. (eds.), *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012.

³¹⁹ Así también Huhtala, Jouko, “Arbitrator’s Liability Explained”, *Newsletter del ILO International Law Office*, 25 de mayo 25 de 2000.

³²⁰ TGI Reims, 27 de septiembre de 1978, Florange v. Brissart et Corgié, núm. 482/77, no publicado.

³²¹ Poudret, Jean-Francois y Besson, Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*. 2a. ed., London, Sweet & Maxwell, 2007, para. 446, citando TGI Paris Bompard, *Rev. Arb.* 1996, 476; Gaillard, Emmanuel, y John Savage, *International Commercial Arbitration*, de Fou-

Ello pues el laudo puede ser anulado o no ejecutado por circunstancias que rebasan al árbitro, y considero injusto e inconveniente que cualquier motivo justifique responsabilidad. Es decir, para que una causal de nulidad genere responsabilidad al árbitro que emitió el laudo es necesario que exista dolo o culpa del árbitro. En mi opinión, el árbitro debe ser responsable si por su dolo o culpa el laudo es inejecutable. Las dos hipótesis son distintas, no redundantes. Mientras la primera (dolo) resulta de conducta intencional, la segunda (culpa o negligencia) no lo es; se genera por no realizar el esfuerzo que su misión exige. Pero no solo debe existir culpa —debe ser “grave”. La teoría de la graduación de la culpa es aplicable pues la relación que une a las partes y al árbitro es contractual. El motivo por el que considero que no cualquier tipo de culpa puede ser suficiente es porque abriría la posibilidad de cuestionamientos o reevaluación por un juez de las medidas que adopte un árbitro, mismas que fácilmente pueden ser sacadas de contexto por una de las partes —particularmente si el árbitro no es parte en el procedimiento. Dado que la culpa consiste en no esforzarse lo suficiente, si el árbitro tomó medidas para incrementar la posibilidad de que el laudo sea válido, debe estar exento de culpa. Ello pues no existe dolo cuando el (supuesto) culpable prevea los resultados como posibles y deseé que no se produzcan adoptando precauciones.³²²

En el derecho español, el régimen de responsabilidad configurado por la Ley de Arbitraje (LA) es de carácter genérico, aplicándose a cualquier incumplimiento del cargo, tanto para personas físicas como jurídicas, excluyéndose sin embargo la responsabilidad por simple negligencia.³²³ De este modo, la responsabilidad del árbitro se aparta del régimen de responsabilidad civil previsto en el artículo 411 LOPJ, para jueces y magistrados. En general, el artículo 21, LA, prevé un régimen de responsabilidad contractual (artículo 1001, CC), sin perjuicio de que ésta pueda concurrir con la extracontractual (artículos 1902 y siguientes).³²⁴ En los artículos 422 (cohecho) y 439 (negociaciones prohibidas), el Código Penal español específicamente se refiere a los árbitros, teniendo en cuenta la función pública que ejercen, lo que justifica la consideración del arbitraje como una institución que sobrepasa el ámbito contractual para adentrarse en la esfera procesal.

chard, Gaillard, Goldman (eds.), *The Hague et al.*, Kluwer Law International, 1999, para. 1082; Weigand, Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, para. 6.203.

³²² González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 70.

³²³ Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, pp. 415 y 416.

³²⁴ *Idem*. La responsabilidad del árbitro no sólo se proyecta en el ámbito civil, sino también en la esfera penal; en relación con los tipos previstos en el título XIX del Código Penal.

3. Actuar cuasijurisdiccional y no jurisdiccional

Una vez establecido que el árbitro sólo es responsable por errores cometidos por culpa grave o dolo, pero no por culpa leve, resultaría interesante analizar si este esquema de protección aplica a todas las acciones del árbitro o sólo a algunas de ellas; es decir, si aplica únicamente a la actuación jurisdiccional del árbitro. La limitación de responsabilidad o protección del árbitro podría aplicar a errores cometidos en el proceso de toma de decisión (ámbito cuasijurisdiccional). En contraste, el régimen general de responsabilidad previsto en el Código Civil podría aplicar a las acciones no jurisdiccionales del árbitro. Nos preguntamos sobre las acciones que incluyen la toma de decisión y las que las excluyen. Debería incluir, por ejemplo, la toma de evidencia, el establecimiento de los hechos relevantes, la aplicación de la ley, o cualquier otra acción dentro del procedimiento arbitral que se encuentre estrechamente ligada a la toma de la decisión.³²⁵ Errores cometidos fuera de ese proceso de toma de decisiones estarían sujetos a la responsabilidad contractual normal.³²⁶ Por ejemplo, cuando el árbitro no revele hechos o circunstancias que pongan en duda su independencia e imparcialidad,³²⁷ faltas a la confidencialidad, a la obligación de entregar un laudo formalmente correcto³²⁸ o de cumplir el mandato encargado.³²⁹ En este caso el árbitro sería total y personalmente responsable.

Comenta Gómez Jene respecto al derecho español, que al

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

³²⁵ Musielak, Hans-Joachim, *op. cit.*, § 1035 para. 25; Münch, Joachim, *op. cit.*, comentarios antes de los §§1034 ss., para. 30.

³²⁶ Gaillard, Emmanuel y Savage, John, *International Commercial Arbitration...*, *cit.*, para. 1090 y ss.

³²⁷ CA París, 2 de julio de 1992, Raoul Duval v. Merkuria Sucden, 1996, *Rev. Arb.*, 411.

³²⁸ Münch, Joachim, *op. cit.*, comentarios antes de los §§1034 ss., para. 30: La Suprema Corte alemana siguió limitando la responsabilidad de los jueces con base en la garantía constitucional de la independencia de la judicatura por acciones que no estén dentro del parámetro del §839(2)1 BGB a casos donde la conducta del juez debe ser considerada totalmente injustificable, decisión de la Suprema Corte del 4 de noviembre de 2011, III ZR 32/10, Beck RS 2010, 29173.

³²⁹ Musielak, Hans-Joachim, *op. cit.*, § 1035 para. 25.

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

Por otro lado, podría adoptarse una perspectiva amplísima de la toma de decisiones que incluya cualquier acción, como el envío de correspondencia, que es una tarea administrativa. Esto conllevaría a que la protección del árbitro contra errores cometidos por culpa leve aplique casi de forma general.

Así, se hace patente el problema para lograr la distinción entre el actuar judicial (adjudicativo) y no judicial (administrativo) del árbitro,³³⁰ que provoca problemas prácticos. La acción judicial de laudar está protegida, pero incluye elementos administrativos y no judiciales que estarían sujetos a responsabilidad. La actuación administrativa está enredada con la judicial, y puede ser difícil distinguir entre ambos. La falta del árbitro para rendir un laudo en cierto tiempo o en tiempo razonable como se establece en diversos reglamentos puede ser causada por simple mala administración o por la complejidad de la materia legal.

Por ende, no es recomendable distinguir entre el atuar cuasijurisdiccional y no jurisdiccional para determinar si un acto del árbitro causa responsabilidad.

III. ANTIJURIDICIDAD

Resulta importante separar la antijuridicidad o transgresión normativa objetiva de los demás supuestos de la obligación resarcitoria. Dicha ilicitud objetiva no es específicamente referida a una norma en particular, sino amplia y considerada con relación al ordenamiento jurídico en su conjunto.³³¹ La obligación

³³⁰ Hebaishi, Hazem, “Should Arbitrator Immunity be Preserved under English Law?”, *The North East Law Review*, Newcastle University, Newcastle upon Tyne, 2, núm. 2, 2014, p. 49.

³³¹ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

de no dañar a otro es un principio general del derecho, carácter que no se modifica cuando la ilicitud resulta de normas específicas, que se induzca de otras o que se extraiga de una deducción sistemática. La transgresión normativa que configure la antijuricidad del obrar de los árbitros resultará tanto respecto de las leyes particulares del caso sometido al arbitraje que las partes impusieron³³² como de las leyes generales aplicables. Si el laudo fuera respecto de una compraventa internacional de mercaderías regida por la Convención de Viena de 1980 (ley 22.765), la antijuricidad podría resultar de la violación del reglamento arbitral, sea éste de fuente legislativa, institucional o convencional, de la ley de fondo aplicable, que sería la Convención, y de la ley local en las materias cuando la Convención o el Reglamento se refieran a ella.

IV. DAÑO

El daño es un elemento del acto ilícito sin el cual no existe responsabilidad civil. No se podrá imponer una sanción resarcitoria sin daño que reparar. Sea la responsabilidad de fuente contractual o extracontractual, el daño a resarcir comprenderá tanto el patrimonial como el perjuicio.

V. CAUSALIDAD

El daño, para ser resarcible, además de ser daño jurídico, debe estar en relación de causalidad adecuada con el hecho de la persona o cosa a los que se les atribuye su producción. La relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el factor de atribución, que puede ser de imputación subjetiva u objetiva. En el caso de los árbitros, hemos afirmado la fuente subjetiva de imputación basada en la culpa grave y el dolo.³³³

Gregorini Clusella considera diversos casos de responsabilidad de los árbitros, y señala dos causales genéricas principales:

a) El árbitro oculta causas de excusación que lo descalifican como tal. Por ejemplo, no hace saber que tiene interés propio involucrado en el pleito o ignora razones por las cuales no debe aceptar su designación y que la buena fe impone debe advertir. Si las partes, conociendo las circunstancias objetables, las aceptan expresamente, se podría validar su actuación. Igual situación se produciría si no fueran ciertas las calificaciones personales te-

³³² Por ejemplo, artículo 1197 del Código Civil argentino.

³³³ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

nidas en consideración al designarlo. Estas causales se refieren a la persona del árbitro.

b) El árbitro acepta su designación, pero no cumple su cometido o lo cumple defectuosamente; es decir, que incurre en incumplimiento. Estas causales se refieren a la tarea del árbitro.

El incumplimiento se presenta por ejemplo si el árbitro deja vencer el plazo sin producir el laudo, en cuyo caso su jurisdicción se habrá extinguido y negándose brindar su *iurisdictio* a quienes lo designaron. Se trata de un incumplimiento si no existió causa justificada y no hubo plazo ampliatorio. Además, el árbitro pronuncia un laudo que contiene causales de nulidad, que lo invalidan cuando es dictado fuera del plazo. La específica jurisdicción arbitral se extingue automáticamente, y a partir de ese momento no se podrán ejercer actos jurisdiccionales. Si el laudo se expide sobre puntos respecto de los cuales las partes no facultaron a los árbitros para pronunciarse, también es causal de nulidad. Sin embargo, si el punto no comprometido es separable del resto sin afectarlo, la nulidad puede ser parcial. Otra causal de nulidad del laudo es si se pronuncia sobre cuestiones no susceptibles de la materia arbitral, sobre las cuales sólo la justicia del Estado puede pronunciarse.³³⁴ El laudo es nulo si omite pronunciarse sobre aspectos comprometidos en el laudo, con lo cual no se decide aquello que se debe resolver. Pero si la omisión versa sobre aspectos secundarios o insustanciales, su consideración puede subsanarse con una aclaratoria. El laudo podría violentar el principio de congruencia exigible en toda resolución jurisdiccional o es manifiestamente arbitrario, y como tal no puede considerarse una derivación razonada del derecho vigente, de acuerdo con las circunstancias probadas de la causa.

En este contexto, Gregorini Clusella distingue entre los árbitros de derecho y los árbitros de equidad, y teniendo en cuenta que estos últimos deciden según convicción y leal saber y entender. No están sometidos a la ley, y las partes conocen al designarlos que se someten a tal particularidad. Finalmente, si el proceso arbitral omite el debido proceso legal provocando que las partes no pudieron ejercer adecuadamente su derecho a defensa, construiría un caso de vicio *in procedendo*, que hace procedente la nulidad, a diferencia de los errores *in iudicando*, que en principio no la hacen posible.

³³⁴ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

VI. CARGA DE LA PRUEBA

Quien invoca culpa del árbitro siguiendo el principio general del *onus probandi* deberá acreditarla, como también la existencia de los otros supuestos de responsabilidad. Como es de práctica, quien pretende algo debe probar los hechos que fundamentan su pretensión, y quien contradice la pretensión deberá acreditar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas que la contrarrestan. En términos generales, los hechos ilícitos deberán acreditar la concurrencia de sus componentes, verificando la antijuridicidad, la imputación subjetiva, la consistencia del daño y la relación de causalidad con el hecho ilícito para configurar la responsabilidad.

VII. RESPONSABILIDAD DELICTIVA

Gregorini Clusella establece que la responsabilidad del árbitro comienza en el momento del acuerdo respecto a su contratación, y se extiende hasta el periodo posterior a la emisión del laudo, con el que específicamente se concluye la relación contractual. Dado que en un principio no existe un contrato, y al concluir el encargo deja de existir, no aplicaría la responsabilidad contractual, sino la delictiva del artículo 1910 del Código Civil Federal, por actos ilícitos o contra las buenas costumbres. Esta responsabilidad es amplia, e incluye la culpa como requisito subjetivo (acto, culpa, causalidad, daño). De acuerdo con esta norma, la única manera de excusarse sería demostrar que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la contraparte. La mayoría de las faltas que evocan la responsabilidad delictiva no son difíciles de distinguir, como la instauración del tribunal arbitral, o la publicación del árbitro cuando no haya estipulaciones por parte de las partes.³³⁵ En general, la definición de una falta del árbitro que comprende una responsabilidad contractual o delictiva depende del momento en el cual se cometió.³³⁶ Existen por ende obligaciones que pueden crear ambas responsabilidades, dependiendo del momento en que se den dentro del arbitraje. Esto es, por ejemplo, el caso para la obligación de información del árbitro, que será delictiva o contractual, o, dicho de otra forma, cuando la responsabilidad no es contractual, será delictiva.³³⁷ Esto revela la dificultad para definir las obligaciones que deben atender los árbitros. Igualmente, la responsabili-

³³⁵ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 124.

³³⁶ *Ibidem*, p. 124.

³³⁷ *Ibidem*, p. 225.

dad delictiva del árbitro juega un papel respecto a terceros y las obligaciones que escapan a la responsabilidad contractual. Esta condición puede presentarse igualmente en un tribunal arbitral cuando un árbitro cause un daño a otro árbitro. A falta de una relación contractual con los coárbitros, implicaría una responsabilidad delictiva, siempre y cuando no exista un acta de misión firmada por todos. El acta de misión no sólo obliga a los árbitros frente a las partes, sino también entre ellos.

La responsabilidad delictiva requiere de un acto ilícito o contra las buenas costumbres, causalidad y daño. La palabra “ilícito” implica dolo o culpa. La culpa incluye tanto la leve como la grave. Surge la duda acerca de si el árbitro debe estar protegido por actos cometidos con culpa leve. Por un lado, podría argumentarse que como no se ha firmado un contrato, y por ende no se le encargó la función de árbitro, no debería gozar de mayor protección que cualquier otra persona que establece a una negociación contractual y comete un daño a la contraparte o a terceros. Es decir, la protección antes detallada estaría sujeta a que el árbitro se encuentre establecido en sus funciones. Pero este punto de vista no toma en cuenta su función especial de cuasijuez. Por tanto, el árbitro requiere de cierta protección en materia de responsabilidad delictiva. Es decir, el árbitro no es responsable frente a las partes por daño cometido por actos cometidos con culpa leve. Esta aseveración debe ser precisada: la limitación del árbitro en materia de responsabilidad delictiva a la culpa grave y dolo únicamente es aplicable frente a las partes y en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.³³⁸ El mismo argumento del ejercicio de una función de cuasijuez lo requiere así. El árbitro ejerce dicha función sólo frente a las partes y no frente a terceros y sus colegas en un tribunal arbitral con más de un árbitro. Es decir, dado que el árbitro no ejerce una función de juez frente a terceros o sus colegas, no sería necesario extenderle la limitación de responsabilidad. Así, en caso de que el árbitro cause daño a terceros o a sus coárbitros, sería responsable en materia delictiva por cualquier acto ilícito, es decir, por culpa y dolo.

VIII. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL ÁRBITRO

Como establece Montesinos García, los árbitros no incurren propiamente en responsabilidad disciplinaria, aunque lo harán con ciertos matices, y reservada a los supuestos en los que sean funcionarios y profesionales colegiados cuando

³³⁸ Así, Sorrente, “Ceux-ci doivent être protégés dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, mais uniquement pour cela”, en Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 232.

de conformidad con las pautas de comportamiento, vigiladas y sancionadas, incumplan determinadas conductas o exigencias con respecto al colegio profesional o institución a la que pertenecen. Los árbitros están en cierto modo exentos de responsabilidad disciplinaria en sentido estricto. El carácter no funcionarial del árbitro tiene en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una “responsabilidad paradisciplinaria” en relación con el arbitraje institucional, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad.³³⁹

³³⁹ Montesinos García, Ana, “Los árbitros en el sistema español”, *Lima Arbitration*, núm. 2, 2007, pp. 215 y 230.