

ANUARIOS

2021 Práctica Contenciosa para abogados

Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2020 de los grandes despachos

Albors Galiano Portales • Allen & Overy • Andersen • Baylos • Ceca Magán Abogados • Clifford Chance • CMS Albiñana & Suárez De Lezo • Cuatrecasas • Deloitte Legal • Dikei Abogados • Elzaburu • Eversheds Sutherland • Garrigues • Gómez-Acebo & Pombo • Muñoz Arribas Abogados • Ontier • Ramón C. Pelayo Abogados • RRBS Legal, Romero Rey & Benito Sancho Abogados • Squire Patton Boggs • Uría Menéndez • Valeriano Hernández Abogados • Villar Arregui Abogados

■ LA LEY

RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO POR INFRACCIÓN DEL DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO (SECC. 4ª) núm. 362/2020 DE 24 DE SEPTIEMBRE (LA LEY 148356/2020).

Lucía Montes Saralegui
Covadonga Garralda Cancer

Abogadas
Cuatrecasas

RESUMEN

En su sentencia 362/2020 de 24 de septiembre (LA LEY 148356/2020), La Audiencia Provincial de Oviedo confirma una sentencia de primera instancia que estimaba una reclamación de responsabilidad civil del árbitro *ex art.* 21 de la Ley de Arbitraje, con motivo de la infracción de su deber de independencia e imparcialidad en dos procedimientos arbitrales tramitados en paralelo. La sentencia parte del restringido régimen de responsabilidad del árbitro, solo aplicable en supuestos claros de incumplimiento de su deber con mala fe, temeridad o dolo. No obstante, la gravedad del caso -que ya había provocado la previa anulación de los laudos por parte del TSJ de Asturias- lleva a la Audiencia Provincial a calificar el comportamiento del árbitro como una «*negligencia inexcusable*», «*ajena a una mínima pauta de razonabilidad*», que desencadena la responsabilidad del árbitro. El alcance de los daños resarcibles no solo incluye los honorarios de abogados en los procedimientos arbitrales, sino también los gastos generados en los procedimientos de concurso voluntario de acreedores provocados por el dictado de los laudos.

ABSTRACT

In its ruling No. 362/2020, the Provincial Court of Oviedo confirms a previous first instance judgment that upheld a claim for civil liability of an arbitrator as per art. 21 of the Arbitration Act, on the grounds of breach of his duty of independence and impartiality in two parallel arbitration proceedings. The judgment departs from the restricted liability regime of the arbitrator, only applicable in clear cases of breach of duty in bad faith, temerity or fraud. However, the seriousness of the case -which had already prompted the annulment of the awards by the High Court of Justice of Asturias- led the Provincial Court to qualify the arbitrator's behavior as *«inexcusable negligence»*, *«beyond a minimum standard of reasonableness»*, which triggers the arbitrator's liability. The scope of the damages includes not only the attorneys' fees in the arbitration proceedings, but also the expenses generated in the voluntary insolvency proceedings caused by the rendering of the awards.

I. HECHOS

En el caso objeto de estudio, los demandantes ejercitaron una acción de responsabilidad civil contra el Sr. «A» por su actuación como árbitro en dos procedimientos arbitrales, en los que los ahora demandantes habían sido condenados al pago de una elevada suma de dinero.

Antes de interponer la demanda de responsabilidad contra el árbitro, los demandantes habían obtenido la anulación de los laudos dictados por el Sr. «A» mediante sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 3 de abril de 2018 (LA LEY 50149/2018) y de 12 de abril de 2018 (LA LEY 50150/2018), de idéntico contenido (las **Sentencias de Anulación**). Las Sentencias de Anulación ya fueron objeto de comentario en el Anuario Práctica Contenciosa para Abogados, Wolters Kluwer, 2019, por lo que, en aras de la brevedad, evitaremos reiterar el análisis de su contenido.

Tras la anulación de los laudos, los demandantes interpusieron demanda ante los juzgados de primera instancia de Oviedo, denunciando que, en su actuación como árbitro, el Sr. «A» había infringido el deber de independencia e imparcialidad establecido en el art. 17 de la Ley de Arbitraje (**LA**), incurriendo así en responsabilidad *ex art.* 21 de la LA. En síntesis, los demandantes adujeron que el Sr. «A» había aceptado su nombramiento como árbitro pese a carecer de la necesaria independencia e imparcialidad y había continuado ejerciendo tal labor a pesar de las recusaciones formuladas por los demandantes.

La falta de independencia e imparcialidad del Sr. «A» venía provocada por un conjunto de circunstancias, entre las que destacaban dos cuestiones nucleares.

Por un lado, el Sr. «A» había mantenido una prolongada relación profesional como abogado con todas las partes de los arbitrajes. Los procedimientos arbitrales traían causa de unos acuerdos de sindicación en los que el Sr. «A» había sido nombrado árbitro, y que habían sido suscritos entre cuatro socios (los dos miembros de la **Familia A**, demandados en los arbitrajes y ahora demandantes, y dos miembros de la **Familia B**, demandantes en los arbitrajes). El objetivo perseguido con la firma de los acuerdos sindicales era el control conjunto de dos sociedades, excluyendo a un tercer socio. La Familia B inició los arbitrajes contra los aquí demandantes por el supuesto incumplimiento de los acuerdos de sindicación. Sin embargo, el Sr. «A» había mantenido hasta ese momento una clara relación con las partes de los arbitrajes, relación que le habría impedido aceptar su nombramiento como árbitro. El Sr. «A» había prestado servicios recurrentes a las citadas sociedades, defendiéndolas en procedimientos judiciales iniciados por el tercer socio y relacionados con el control social pretendido por las Familias A y B, y prestándoles asesoramiento mercantil continuado.

Por otro lado, los demandantes alegaron que el árbitro tenía un interés económico en la resolución de la disputa objeto de los arbitrajes. Antes de los arbitrajes, el árbitro había sido cesado como abogado externo de las sociedades, con el voto a favor de la Familia A y el voto en contra de la Familia B. Por lo tanto, resultaba previsible que un eventual laudo favorable a los intereses de la Familia B determinara que ésta adquiriese el control de las sociedades, garantizando así la continuación de sus servicios profesionales.

Ambos extremos determinaban, en opinión de los demandantes, no solo la manifiesta falta de independencia e imparcialidad del Sr. «A» en su actuación como árbitro – que había provocado la anulación de los laudos por parte del Tribunal Superior de Justicia de Anulación -, sino también la mala fe y temeridad del árbitro, que desencadenaban su responsabilidad por los daños causados de acuerdo con el art. 21 de la LA.

Los demandantes alegaron haber sufrido importantes daños como consecuencia de la actuación del Sr. «A»: por un lado, el pago de los honorarios asociados a la defensa letrada durante los procedimientos arbitrales; y, por otro lado, el pago de los gastos asociados a la solicitud de concurso de acreedores a la que se vieron abocados tras el dictado de los laudos por parte del Sr. «A». En este sentido, procede destacar que los laudos condenaban a los demandantes, como personas físicas, al pago de un total de 24 millones de euros, provocando así desde su dictado una inmediata situación de insolvencia.

Por su parte, el Sr. «A» defendió la corrección de su actuación, alegando, entre otras cuestiones, que había prestado asesoramiento profesional a las sociedades, y no a las partes de los arbitrajes – los miembros de la Familia A y de la Familia B. Asimismo, el Sr. «A» sostuvo que, en cualquier caso, su conducta no reunía los requisitos exigibles para desencadenar la responsabilidad del árbitro *ex art.* 21 de la LA, al no haber actuado en ningún caso con temeridad, mala fe o dolo.

Subsidiariamente, el Sr. «A» impugnó la existencia y la cuantía de los daños reclamados por los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo estimó parcialmente la demanda, apreciando la responsabilidad del árbitro y concediendo daños correspondientes a las dos categorías reclamadas por los demandantes: los honorarios de la defensa letrada durante los procedimientos arbitrales (si bien reduciendo la cantidad reclamada) y la totalidad de los daños asociados a la declaración de concurso de acreedores de los demandantes. El Sr. «A» interpuso recurso de apelación, interesando la revocación íntegra de la sentencia de primera instancia. Los demandantes no interpusieron recurso de apelación ni impugnaron la sentencia con ocasión de la apelación interpuesta por el Sr. «A», si bien se opusieron a la misma.

Tras el dictado de la sentencia de apelación que es objeto del presente comentario, el Sr. «A» interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación frente a la misma. Ambos recursos se encuentran pendientes de admisión por parte del Tribunal Supremo.

II. RESOLUCIÓN JURÍDICA

La Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Oviedo aborda de forma separada las tres cuestiones principales objeto de debate: (i) si el árbitro infringió el deber de independencia e imparcialidad que le imponía el art. 17 de la LA; (ii) si, de ser así, incurrió en la responsabilidad prevista en el art. 21 de la LA; y (iii) si, en tal caso, la actuación del árbitro causó daños a los demandantes, y en qué medida. Se expone a continuación la decisión de la Sala sobre estas tres cuestiones.

1. Infracción del deber de independencia e imparcialidad: el efecto de cosa juzgada de las Sentencias de Anulación

La primera cuestión resuelta en la sentencia objeto de este comentario es la existencia de una infracción por parte del Sr. «A» de su deber de independencia e imparcialidad *ex art.* 17 de la LA. Para ello, la Sala – como ya lo hiciera el juzgador de instancia - se atiene a lo ya decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en las Sentencias de Anulación, en las que se concluyó que existían dudas justificadas, casi certezas, sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro.

En este sentido, las Sentencias de Anulación producen efecto de cosa juzgada *ex art.* 222 de la LEC (al menos en su vertiente positiva), en tanto que los laudos del Sr. «A» se anularon, precisamente, por la existencia de dudas justificadas, casi certezas, sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro. A juicio de la Sala, la declaración – firme- de nulidad de los laudos no puede desligarse de la causa que la motiva y, si se concluyera en este procedimiento que no existían dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, se estaría ante sentencias contradictorias sobre una misma cuestión (que es lo que pretende evitar el principio de cosa juzgada). De este modo, la sentencia sigue la misma línea jurisprudencial establecida por resoluciones anteriores, como la sentencia núm. 449/2014, de 27 de octubre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) (LA LEY 260055/2014).

Resulta relevante el hecho de que el efecto de cosa juzgada es apreciado por la Sala a pesar de que el árbitro no había sido parte ni había intervenido en el procedimiento de anulación de los laudos. La Sala no considera impositiva esta circunstancia, por los motivos que acabamos de exponer.

En consecuencia, la Sala limita su análisis a las cuestiones que no fueron tratadas en las Sentencias de Anulación; esto es, la valoración de la actuación del árbitro a los efectos de determinar si es generadora de responsabilidad, y la determinación de los daños que dicha actuación pudiera haber causado a los demandantes.

2. Valoración del proceder del árbitro y concurrencia de responsabilidad *ex art. 21 de la LA*

La sentencia analiza en segundo lugar si la infracción del deber de independencia e imparcialidad por parte del árbitro tuvo la entidad necesaria como para generar responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 de la LA, según el cual el árbitro incurre en responsabilidad únicamente por los daños y perjuicios que causare por mala fe, temeridad o dolo.

Para ello, la Sala - como ya lo hiciera también el juzgador de instancia - afirma que el régimen de responsabilidad previsto para los árbitros en el art. 21 de la LA es más estricto que el régimen de responsabilidad común, con expresa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo 22 de junio de 2009 (LA LEY 184094/2009), 15 de febrero de 2017 (LA LEY 3208/2017) y 14 de septiembre de 2018 (LA LEY 116345/2018), en virtud de las cuales la responsabilidad de los árbitros se restringe a los daños causados intencionadamente o mediando grave negligencia, que excede de los límites de los inevitables márgenes de error. Resulta relevante destacar que la naturaleza más estricta del régimen de responsabilidad del árbitro, por oposición al régimen de responsabilidad común, era una cuestión ajena al debate jurídico entre las partes, ya que había sido expresamente reconocido por los demandantes tanto en su escrito de demanda como en su oposición a la apelación, y corroborado por la juzgadora de instancia.

Partiendo de este riguroso régimen, la sentencia aprecia la responsabilidad del Sr. «A» como árbitro sobre la base de los dos factores aducidos por los demandantes para justificar la falta de independencia e imparcialidad del árbitro, que la Sala califica como *«hechos objetivos»*.

Por un lado, la sentencia se refiere a la relación que mantenía el Sr. «A», desde hacía varios años, con las partes de los arbitrajes. La Sala constata que el árbitro

había actuado como representante de los demandantes en el seno de las sociedades, había prestado servicios de asesoramiento legal a las sociedades - facturando sus servicios incluso una vez iniciados los arbitrajes - y había reconocido expresamente que *«el interés realmente defendido»* con ese asesoramiento era *«el control de la sociedad»*, es decir, el control que buscaban las partes de los arbitrajes con los acuerdos de sindicación.

En este sentido, la sentencia rechaza que el árbitro pudiera *«escudarse»* en haber prestado su asesoramiento a terceras personas (las sociedades), y no a las partes de los arbitrajes. Para la Sala, la relación del árbitro con las partes de los arbitrajes comprende también la relación mantenida cuando éstas actuaban como socios de las sociedades. Y ello teniendo en cuenta las circunstancias que concurrían en este caso, esto es, el pacto existente entre las partes de los arbitrajes para el control de las sociedades y los conflictos que habían surgido con el tercer socio, *«que conducía a un vínculo más estrecho y personal con los socios que luego propiciaron el arbitraje»*.

Por otro lado, la sentencia se apoya en el *«significativo interés económico personal»* del Sr. «A», como consecuencia de la postura mantenida por las partes de los arbitrajes en torno a su cese como asesor de las sociedades (cese propiciado por los aquí demandantes y obstaculizado por la Familia B). A juicio de la Sala, el Sr. «A» era *«pleno conocedor»* de esta circunstancia y *«no le pudo ser indiferente»*. Asimismo, la sentencia destaca que el argumento del árbitro de haber tenido relación con terceras personas (las sociedades) y no con las partes de los arbitrajes *«decae definitivamente»* si se atiende a este segundo factor, en el que *«nada hay»* de terceras personas.

Para la sentencia, cualquier persona con buen juicio y con conocimiento de lo sucedido habría considerado que estos hechos objetivos - y no discutidos por el árbitro - daban lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. El árbitro, siendo perfectamente conocedor de estas

circunstancias, alegadas expresamente por los miembros de la Familia A en los arbitrajes tanto en su recusación del árbitro como en su posterior solicitud de recusación, se negó a apartarse del arbitraje, con manifiesta infracción del art. 17 LA.

En palabras de la propia sentencia, se trata, cuando menos, de una *«negligencia inexcusable (...), carente de justificación por parte de quien conoce su oficio y sus obligaciones como árbitro, y ajena a una mínima pauta de razonabilidad»*; una infracción *«muy caracterizada de sus deberes como árbitro, referida a un tema que resultaba patente, más aún para un profesional del Derecho»*, que no podía ser calificada como un error de juicio o una cuestión dudosa o susceptible de interpretación.

3. Daños provocados por la actuación del árbitro: gastos asumidos en los arbitrajes anulados y solicitud de concurso de los demandantes

Por último, la sentencia confirma la relación de causalidad existente entre la actuación del árbitro y los dos conceptos de daños reclamados por los demandantes, que ya habían sido reconocidos en primera instancia. En palabras de la Sala, la relación de causalidad no *«plantea mayores dudas»*.

Así, los daños generados por la actuación del Sr. «A» comprenden, por un lado, los honorarios de la defensa letrada en los procedimientos arbitrales, ya que la grave negligencia del árbitro condujo a la anulación de los laudos y esos gastos resultaron inútiles, por causa imputable únicamente al árbitro. Estos honorarios fueron objeto de reducción en la sentencia de instancia y dicha reducción no fue impugnada por los demandantes en apelación.

Por otro lado, los daños provocados por el Sr. «A» abarcan igualmente los gastos asociados a la solicitud de concurso voluntario de acreedores por parte de los demandantes tras el dictado de los laudos.

La sentencia hace referencia a la declaración testifical de los administradores concursales de los demandantes, quienes avalaron la situación de insolvencia en la que quedaron estos últimos como consecuencia de la multimillonaria condena pecuniaria contenida en los laudos, que *«obligaba a solicitar la declaración de concurso»*.

En relación con esta cuestión, el árbitro alegó que los demandantes podrían haber acudido a otras alternativas antes de solicitar su concurso voluntario, pero la Sala rechaza expresamente este argumento. La oposición a la ejecución de los laudos habría exigido la constitución de una caución *«inviable»* dada la situación económica de los demandantes, y la solicitud del denominado “pre concurso” (ex art. 5 bis de la Ley Concursal) o la suscripción de un acuerdo extrajudicial de pagos habrían presentado obstáculos similares, a la luz del *«cuantioso pasivo al que se enfrentaban»* los demandantes.

III. COMENTARIO

La sentencia estudiada es una de las pocas resoluciones de la jurisprudencia española que aprecia la responsabilidad de un árbitro por infracción de sus deberes. Tan es así que, salvo error por nuestra parte, constituye el primer supuesto en el que nuestros tribunales estiman una demanda de responsabilidad de árbitro como consecuencia de la infracción de su deber de independencia e imparcialidad. Por lo tanto, el interés de este caso para el desarrollo del derecho arbitral en nuestro país es evidente, y resulta igualmente entendible que haya sido objeto de numerosos comentarios en el ámbito nacional e internacional (véase, por ejemplo, J.F. Merino Merchán, *«A propósito de la responsabilidad civil del árbitro: STSJ Asturias de 3 abril 2018 y SAP Oviedo de 24 septiembre 2020»*, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 5, enero-marzo 2021, Nº 5, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España).

El comentario del contenido de la sentencia debe partir necesariamente de señalar que la sentencia no suaviza ni flexibiliza, en modo alguno, el riguroso régimen de responsabilidad del árbitro. La Sala afirma en todo momento que el estándar exigible a la responsabilidad de árbitro es más elevado que el aplicable al régimen de responsabilidad común, respetando así los títulos de imputación previstos en el art. 21 de la LA – mala fe, temeridad y dolo -, en consonancia con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Por lo tanto, al estimar la responsabilidad del árbitro en este caso, la Sala razona los motivos por los que las circunstancias del caso reúnen la gravedad suficiente para estimar la responsabilidad del árbitro, manteniendo al mismo tiempo un elevado estándar.

El supuesto estudiado se distingue en gran medida del resto de casos de responsabilidad del árbitro enjuiciados (y mayoritariamente desestimados) en nuestro país. En la mayoría de los casos, las acciones de responsabilidad del árbitro habían sido desestimadas al haber girado en torno a errores de cálculo, descuidos o valoraciones opinables y defendibles del árbitro. Nos referimos, a modo de ejemplo a la ya citada sentencia del Tribunal Supremo núm. 429/2009, de 22 de junio (LA LEY 184094/2009), la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) núm. 409/2014, de 23 de septiembre (LA LEY 177123/2014) o a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) núm. 24/2017, de 18 de enero (LA LEY 59985/2017). En el supuesto analizado, la Sala rechaza expresamente que la actuación del árbitro constituya un mero error de juicio o una cuestión susceptible de interpretación.

La sentencia presenta también notables diferencias con respecto al único caso en el que hasta ahora se había alegado – sin éxito- la infracción del deber de independencia e imparcialidad del árbitro (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, núm. 159/2015 de 8 de mayo, LA LEY 66657/2015). En aquel supuesto, el árbitro no había mantenido una relación directa con las partes y la sentencia de anulación del laudo había afirmado la existencia de dudas en torno a la recusación del árbitro. Además, aquel caso aplicaba una definición de

temeridad - como intencionalidad dañina - que ha sido posteriormente superada por el Tribunal Supremo.

Por otro lado, resulta destacable la claridad con la que la sentencia trata el papel que debe jugar la sentencia de anulación del laudo en el posterior procedimiento de reclamación de responsabilidad frente al árbitro. La anulación de un laudo no determina *per se* la responsabilidad del árbitro; no obstante, sí tiene efectos de cosa juzgada en lo que se refiere a los hechos que motivaron la anulación de los laudos (en el caso que nos ocupa, la existencia de dudas sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro), que pueden ser invocados en la acción de responsabilidad frente al árbitro que eventualmente se ejercite.

Por último, es igualmente reseñable la relación de causalidad que la Sala aprecia con toda claridad entre el dictado de los laudos y los gastos derivados de la solicitud de concurso voluntario por parte de los condenados (ahora demandantes). Se trata de un pronunciamiento novedoso, sobre una cuestión que no había sido tratada en ninguno de los asuntos de responsabilidad del árbitro existentes hasta la fecha. El razonamiento es claro: si no hubiera sido por la actitud negligente del árbitro, el laudo condenatorio nunca habría tenido lugar, y los condenados no tendrían que haber solicitado por tanto su concurso voluntario de acreedores.

IV. CONCLUSIÓN

Con ocasión del comentario de las Sentencias de Anulación, decíamos que las peculiaridades del caso resuelto por el TSJ de Asturias hacían de aquellas sentencias un precedente relevante para la resolución de futuros casos de recusación de árbitros y anulación de laudos arbitrales en supuestos de falta de independencia e imparcialidad del árbitro. Esta afirmación es igualmente predicable de la sentencia que ahora nos ocupa: sin duda, constituirá un precedente relevante en las acciones de responsabilidad *ex art. 21* de la LA, si bien aplicable única y exclusivamente a

casos que reúnan una gravedad comparable, en los que la intervención judicial resulte imprescindible para compensar el daño generado por una actuación manifiestamente temeraria o de mala fe.