

LA REFORMA DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA Y FRANCIA: DOS REFORMAS, UN MISMO OBJETIVO

*Por Elena Sevilla,
Asociada Departamento Procesal/Arbitraje
Araoz & Rueda*

Mientras España tramita la reforma de la Ley de Arbitraje, Francia acaba de culminar la modificación de las disposiciones reguladoras de esta fórmula de resolución de conflictos en su código de enjuiciamiento civil.

El pasado día 14 de enero se publicó en Francia la tan esperada reforma de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil francés, reguladoras del Procedimiento Arbitral francés. Mediante Decreto Legislativo¹, nuestros vecinos culminaron un proceso de reforma muy esperado entre la Comunidad Arbitral francesa e internacional, que pretendía modernizar un cuerpo legislativo de más de treinta años de antigüedad.

Al tiempo, en España se tramita parlamentariamente un Proyecto de reforma de la Ley de Arbitraje² del año 2003, que entró en vigor hace escasamente ocho años.

¿Qué impulsa un procedimiento de reforma legislativo?, ¿qué objetivo persiguen las reformas francesa y española de las normas reguladoras del arbitraje?, ¿en qué medida resultan ambas reformas idóneas para alcanzar dicho objetivo?, son algunas de las preguntas que aborda y a las que trata de responder el presente artículo.

En este sentido, si bien ambas reformas de las normas reguladoras del procedimiento arbitral son perfectibles, resulta evidente que la experiencia atesorada por los franceses en materia de arbitraje y cristalizada en su proceso de reforma puede ser una fuente de inspiración para el procedimiento de reforma de la Ley de Arbitraje española que garantice el éxito de esta última.

La lucha por ser Sede de Arbitraje Internacional.

La reforma operada en Francia se corresponde, según la versión oficial dada por el propio Primer Ministro Francés³, con la voluntad del Gobierno de mantener a la legislación francesa como referente en el mundo del arbitraje internacional.

Para ello, dicha reforma consolida -según aquél- una parte del desarrollo jurisprudencial de las disposiciones reguladoras del arbitraje, complementa determinadas normas e integra varios preceptos inspirados en el derecho extranjero que han resultado de utilidad en la práctica del arbitraje.

¹ Journal Officiel de la République Française, Ministère de la Justice et des Libertés, numéro 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, 14 janvier 2011.

² Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Texto accesible desde el sitio web http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680133525&pagename=Portal_del_ciudadano%2FDocumento%2FTempDocumento

³ Journal Officiel de la République Française, Ministère de la Justice et des Libertés, Rapport du Premier Ministre relatif au Décret numéro 2011-48 du 13 janvier portant réforme de l'arbitrage, 14 janvier 2011, page 8.

ARAOZ & RUEDA

La versión oficiosa⁴, sin embargo, asume que la reforma intervenida el pasado día 13 de enero no es más que una forma de “retener” a la institución de la Cámara de Comercio Internacional, cuya sede central radica en París desde hace más de ocho décadas y que últimamente parecía estar buscando nuevos horizontes, entre ellos, Ginebra (Suiza).

Por su parte, la reforma de la Ley española de arbitraje busca todavía más, si cabe, “impulsar el arbitraje” en nuestro país⁵. Esto viene a añadirse al propio propósito de la Ley del año 2003 que pretendía facilitar «el pacto de convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje»⁶.

Este afán por propiciar y fomentar el arbitraje, y sobre todo, por constituirse como sede de arbitrajes internacionales se explica, en parte, por los grandes beneficios económicos que entraña la sustanciación de este tipo de procesos. En efecto, el arbitraje no solamente constituye un mecanismo altamente atractivo para la comunidad jurídica y empresarial internacional como medio de resolución de conflictos sino que además es una fuente de negocio para el país en el que se desarrolla.

No puede tampoco obviarse la imagen que un país sede de arbitrajes internacionales proyecta. Ser sede arbitral lleva aparejado, sin lugar a dudas, una cierta estabilidad política y neutralidad.

Lo anterior justifica en gran medida las reformas de la legislación arbitral francesa y española a las que nos referíamos. Ambas, son el reflejo de la competición iniciada por los distintos Gobiernos occidentales para promulgar la Ley “más favorable” al arbitraje, que posicione a su país como la sede arbitral idónea.

Sin embargo, tal y como veremos a continuación, a pesar de la publicidad que pueda conllevar la reforma de las normas reguladoras del arbitraje en un país, dicha reforma no será suficiente para posicionar al referido país como sede de arbitraje, si no es capaz de propiciar una mayor accesibilidad, eficiencia y seguridad jurídica del procedimiento arbitral en dicho país.

Es más, como veremos, una reforma a destiempo puede conseguir el efecto inverso al deseado.

En este sentido, del análisis de las reformas francesa y española parece inferirse que, a la hora de acometer una reforma legislativa, treinta años de experiencia constituyen una gran ayuda.

La ventaja de la experiencia.

La reforma francesa de las disposiciones del código civil de procedimiento francés relativas al arbitraje constituye la culminación de un proceso que ha durado más de diez años, impulsado por la propia Comunidad Arbitral francesa, y al que le han puesto el broche de oro cuatro expertos de reconocido prestigio en materia de Arbitraje.

⁴ Les Échos, “La France se dote d’un nouveau droit de l’arbitrage”, Jean-Pierre Grandjean, 20 janvier 2011.

⁵ Como indica la propia exposición de motivos del texto de reforma, vid. supra.

⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Exposición de motivos, accesible desde la página web <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf>

ARAOZ & RUEDA

El resultado ha sido calificado por la Comunidad Arbitral como un texto “innovador”, “pro-arbitraje”, “que marca tendencia”, “elegante” y “claro”⁷.

1. La reforma francesa.

Las reformas llevadas a cabo en Francia consisten, en líneas generales, en la simplificación de los requisitos de forma de los convenios arbitrales, en la introducción de una nueva figura denominada “Juez de apoyo” (juge d’appui), en la transposición de determinados principios básicos en normas de derecho positivo, en la introducción de mecanismos que propicien la eficacia del procedimiento, en la ampliación de los medios de prueba en el procedimiento arbitral y en la limitación del sistema de recursos de un laudo arbitral.

En primer lugar, a partir de la entrada en vigor de la reforma francesa, los convenios arbitrales previstos para los arbitrajes internacionales no estarán sometidos en Francia a ninguna condición de forma. Por lo que, por ejemplo, la falta de designación del método de nombramiento de los árbitros en dicho convenio no podrá constituir un motivo de impugnación de la validez del mismo. Asimismo, se prevé la posibilidad de aplicar a un grupo de contratos el convenio arbitral contenido en uno solo de ellos (siempre y cuando dichos contratos sean complementarios). De este modo, se evitan los problemas derivados de la falta de sumisión a arbitraje de un tercer interviniente ligado a las partes del conflicto por un contrato que no contempla el arbitraje como medio de resolución de controversias.

En segundo lugar, la reforma francesa introduce una nueva figura: el denominado “Juez de apoyo” (juge d’appui) que completa la labor del Tribunal arbitral con el imperium del que éste carece. Se prevee su intervención cuando la sede del Arbitraje esté localizada en Francia y/o cuando exista un riesgo de indefensión (“Denial of Justice”)⁸. El Juez de apoyo podrá acordar la adopción de las medidas cautelares indispensables para asegurar el cumplimiento del laudo que se dicte. Igualmente éste interviene en la designación del Tribunal Arbitral cuando las partes no lo hayan hecho en el plazo de un mes o cuando existan más de dos partes en un arbitraje y las mismas no se pongan de acuerdo para designar al Tribunal.

En tercer lugar, la reforma transpone determinados principios que hasta la fecha regían la práctica arbitral. Así, el principio de confidencialidad, deviene una obligación legal que puede ser exigida por cualquiera de las partes sin necesidad de ser pactada expresamente.

Otro de los principios que recoge la modificación normativa es el conocido principio Kompetenz-Kompetenz, el cual, en su vertiente positiva permite al tribunal arbitral determinar su competencia, a la par que en su vertiente negativa, provoca que el Juez del orden jurisdiccional ordinario decline, de oficio, su competencia para el caso en que entre las partes del proceso rija un convenio arbitral que abarque el objeto de la controversia.

La reforma transpone igualmente el mecanismo anglosajón denominado “Estoppel”, utilizado como medio de defensa frente a la inconsistencia de la conducta de una de las partes (conocido en Derecho Continental como doctrina de los actos propios; “venire contra Factum proprio”). Así, en virtud de la reforma, las partes se encuentran legalmente obligadas por sus conductas anteriores, y no pueden por tanto introducir pretensiones que se contradigan con lo anteriormente reclamado.

⁷ Elie Kleiman, Julie Spinelli, International Law Office, “New Arbitration Law reform: the market’s verdict”, 27 de enero de 2011, disponible en el sitio web: <http://www.internationallawoffice.com/nemwsletters/detail.aspx?g09e0dc7e7-9835-434>.

⁸ Decisión “State of Israel vs NIOC”, publicado en Revue de l’Arbitrage, 2005, pág. 693.

ARAOZ & RUEDA

En cuarto lugar, la reforma introduce cambios que hacen más eficaz el procedimiento arbitral. Por ejemplo, con la reforma se permite al árbitro suspender el procedimiento arbitral -hasta la fecha no existía ninguna disposición que contemplara esta posibilidad-, incluso en supuestos que eran anteriormente causa de terminación de dicho procedimiento (como el fallecimiento, indisposición, allanamiento, renuncia de una de las partes; o en caso de recusación del árbitro). Igualmente, el procedimiento arbitral deviene más eficaz al atribuir al árbitro la posibilidad de decretar que el laudo arbitral sea inmediatamente ejecutable.

En quinto lugar, la reforma francesa obliga a terceros ajenos al procedimiento (no sometidos al convenio arbitral) a producir prueba e incluso testificar en el transcurso del arbitraje, lo que, sin lugar a dudas resulta de gran utilidad.

Finalmente, la reforma se pone a la vanguardia de la regulación del procedimiento arbitral internacional, al ser la única legislación de arbitraje que contempla la posibilidad de renunciar al derecho de apelar un Laudo⁹. En el plano del arbitraje nacional se modifica también el sistema de recursos, invirtiendo el sentido de la norma vigente hasta la fecha: no cabrá apelar un laudo arbitral a no ser que las partes expresamente lo prevean.

Es importante apuntar que la interposición de un recurso de anulación frente a un laudo arbitral no podrá en ningún caso suponer la suspensión de la ejecución.

2. La reforma española.

Por su parte, el proyecto de reforma de la Ley de arbitraje española ha sido criticado, al intervenir tan solo ocho años después de la entrada en vigor de la Ley. En este sentido, según los críticos, una modificación tan temprana puede provocar el efecto inverso al propósito que perseguía la reforma, al arrojar dudas sobre la seguridad jurídica del ordenamiento en el que se integra dicha Ley.

Pero es que además una reforma de Ley que estaba destinada a “contribuir al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos, y en especial, del arbitraje”¹⁰ establece mecanismos que podrían ser perjudiciales para el arbitraje o, cuanto menos ineficaces.

Así es. La reforma de la Ley española de Arbitraje parece reflejar la desconfianza que una mala utilización del procedimiento arbitral ha ido generando a lo largo de estos últimos ocho años en España. De este modo, los mecanismos que dicha reforma adopta parecen más “cortafuegos” frente a determinados abusos que verdaderos instrumentos que propicien el recurso al arbitraje.

Y es que solamente esta desconfianza puede llevar al pre-legislador a confundir, por un lado, dos instituciones tan dispares como son el arbitraje de equidad y la mediación¹¹ -que refunde en el mismo sistema- y, por otro lado, a prohibir el arbitraje de equidad interno en nuestro país (y no el arbitraje de equidad internacional).

De este modo, no solamente se legisla en contra de la autonomía de la voluntad de las partes – limitando los medios de solución de controversias a los que podrán someterse las partes en conflicto- sino que además se rompe con el espíritu monista de la Ley española de arbitraje, inspirada en la vanguardista Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Por

⁹ Suiza, limita el referido derecho de renuncia a los casos en que las partes del arbitraje sean extranjeras.

¹⁰ Exposición de motivos del propio anteproyecto de Ley. Vid. Supra nota 2.

¹¹ Exposición de motivos apartado II del Proyecto. Ídem.

ARAOZ & RUEDA

lo que la reforma aleja a la Ley española de arbitraje de los estándares internacionales que propiciaron su enorme salto cualitativo y del resto de regulaciones pro-arbitraje.

Otro claro desacierto de la reforma de la Ley de Arbitraje española es la restricción sin parangón del arbitraje societario en nuestro ordenamiento jurídico. Así, tras años de evolución doctrinal y jurisprudencial (véase a Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998) se regula en el Proyecto de reforma por primera vez esta institución y se hace de forma restrictiva y coactiva, al prohibir sin motivo aparente el arbitraje ad hoc en materia societaria.

La reforma de la Ley de Arbitraje española introduce además una serie de medidas que si bien no pueden considerarse como negativas para el arbitraje en España tampoco son significativas. Así, mediante la reforma se crea un mecanismo denominado “excepción” de arbitraje que impide que un juez conozca de una determinada controversia cuando rija entre las partes de la misma un convenio arbitral. La mencionada “excepción”, no dista mucho del mecanismo de la declinatoria utilizado hasta ahora; tiene el mismo sistema de recursos con la única particularidad que la excepción podrá interponerse hasta el momento de contestación a la demanda y que las partes podrán solicitar que se celebre una vista respecto de la misma.

Finalmente, la reforma introduce determinadas modificaciones de la Ley de Arbitraje que si bien podrían resultar positivas resultan incompletas. Como muestra un botón, con la reforma, el Tribunal Superior de Justicia deviene el órgano competente para conocer del nombramiento judicial de los árbitros, de la acción de anulación planteada frente a un laudo arbitral y del reconocimiento de laudos extranjeros. Esto debería permitir la celeridad en las decisiones relativas al arbitraje a la par que la especialización de los Tribunales españoles en materia arbitral (al conocer únicamente los Tribunales Superiores de Justicia de dicha materia). Ahora bien, dicha redistribución deja fuera de la competencia de dichos Tribunales otras cuestiones igualmente relativas a arbitraje como por ejemplo, el conocimiento de los recursos de apelación planteados contra los Autos estimatorios de la declinatoria o excepción de arbitraje.

No reproducir los errores.

El panorama no es sin embargo tan alentador en Francia ni tan trágico en España.

La reforma francesa operada el pasado 13 de enero también ha sido objeto de crítica por una parte de la Comunidad Arbitral internacional al entender que Francia había perdido la ocasión de llevar a cabo una reforma realmente ambiciosa.

Para ello, en primer lugar, se tendría que haber aprovechado la reforma para “separar” la regulación arbitral francesa del código de procedimiento francés, y crear así un único código legislativo unitario e independiente regulador del arbitraje.

Igualmente han sido muchos los que han criticado que la reforma francesa se haya operado mediante un acto del gobierno (decreto), y no mediante tramitación parlamentaria. Al hacerlo así se ha perdido la oportunidad de abordar modificaciones sustantivas de la regulación arbitral limitándose la reforma a aspectos procedimentales.

Así, no incluye la reforma francesa novedades tan importantes en el campo del arbitraje como son, por ejemplo, la decisión Putrabali/Hilmarton¹². Esta decisión establece que una sentencia arbitral no pertenece a ningún sistema legal y que su validez solamente podrá ser analizada de conformidad con las leyes sobre reconocimiento y ejecución que se apliquen en el país donde se pretenda ejecutar el laudo (lo que permite que el laudo que haya sido anulado en un país pueda ser ejecutado en otro).

Igualmente, nada se dice en la reforma francesa respecto de la validez de un convenio arbitral suscrito por un Estado u organismo estatal cuando la entidad estatal en cuestión haya suscrito un contrato internacional prevaliéndose de su “iuri gestionis”, según los usos y costumbres del tráfico comercial internacional¹³.

Tampoco clarifica la reforma quién ostenta la jurisdicción -si los tribunales civiles o administrativos- para conocer de los recursos de anulación interpuestos frente a laudos emitidos en Francia cuando una de las partes es una entidad de derecho público francesa y la otra extranjera y en la decisión intervienen normas imperativas de derecho administrativo¹⁴.

Los franceses se dejan pues elementos de reforma en el tintero.

Frente a la reforma francesa, la ley española cuenta con la ventaja de ser una reforma de fondo, sometida a tramitación parlamentaria y que puede operar verdaderas modificaciones sustanciales, lo que era motivo de crítica en el caso francés.

Igualmente, no sería justo dejar de mencionar dos aportaciones de la reforma española que resultan muy positivas y denotan un claro afán de mejora. Por un lado, la introducción de un nuevo apartado que preceptúa la obligación de las instituciones arbitrales de velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad e independencia de los árbitros, así como por la transparencia en su designación. Y por otro lado, la obligación imperativa de que los laudos se encuentren motivados, lo que dota al arbitraje de una mayor seguridad jurídica y eficacia.

Hacia una ley que nos sitúe como sede de arbitraje internacional.

Solo cabe esperar que sepamos -en sede de tramitación parlamentaria- aprovechar la experiencia de nuestros vecinos, de sus éxitos y sus fracasos, y al igual que ellos hicieren tener el valor de escuchar a nuestra muy preparada comunidad arbitral a fin de obtener una legislación avanzada en materia de arbitraje.

Y conseguir así un cuerpo legislativo arbitral perfectamente homologado a nivel internacional, que propicie la designación de España como sede internacional de arbitraje, que lo queramos o no, es un objeto esencial de toda reforma de la regulación arbitral.

¹² Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil, 29 de junio de 2007, decisión “Putrabali”, No. 05-18.053 y No. 06-13.293.

¹³ Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil, 2 de mayo de 1966, Decisión “Galakis”, D 1996, p.575.

¹⁴ Tribunal Supremo de Francia, Primera Sección Civil, 17 de mayo de 2010, Decisión “INSERM v. Letten”, D 2010, p. 1359.