

Textos legales

La reforma del arbitraje en España y Francia: breve estudio comparativo

Thomas CLAY y Elena SEVILA*

Sumario: I. Introducción. II. El principal punto en común: la intención de modernizar las legislaciones. 1. La transposición de la experiencia práctica de ambos países en los últimos años en materia arbitral: A) La transposición de la “jurisprudencia” arbitral francesa; B) La transposición legislativa de la experiencia práctica española. 2. La simplificación del procedimiento arbitral y el fortalecimiento de la institución arbitral. A) Las reformas relativas al procedimiento arbitral y la institución del arbitraje en la reforma francesa; B) Las reformas relativas al procedimiento arbitral y la institución del arbitraje en la reforma española. III. Las diferencias entre ambas reformas. IV. Conclusión.

RESUMEN: *La reforma del arbitraje en España y Francia: breve estudio comparativo*

El pasado año tanto Francia como España culminaron la reforma de sus respectivas normas reguladoras del arbitraje. Lo que para Francia constituye la consumación de un proceso de reforma muy esperado por la comunidad arbitral francesa, y que ha supuesto la modificación de un cuerpo legislativo de más de 30 años de antigüedad, se presenta en el caso español como una reforma que algunos han calificado de prematura al producirse la misma tan sólo algunos años después de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje española. El objeto de este artículo consiste en el estudio pormenorizado de las principales reformas introducidas en las normativas española y francesa, desde una perspectiva comparativa en la que se analizarán las principales aportaciones de las mismas a la normativa preexistente así como las diferencias más relevantes entre dichas reformas, calificándose a la luz de la experiencia internacional la trascendencia y el posible impacto de cada una de ellas.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – REGLAMENTACIÓN INTERNA – PROCEDIMIENTO ARBITRAL – FRANCIA – ESPAÑA.

* Thomas Clay es Catedrático en Derecho del arbitraje en la Universidad de Versailles y Vicepresidente de la Universidad. Elena Sevilla es abogada en el Departamento de Procesal y Arbitraje del despacho de abogados *Araoz & Rueda* en Madrid. Esta presentación es la versión escrita de la ponencia presentada en Madrid, en el VII Seminario de Derecho Internacional Privado organizado por la Universidad Complutense de Madrid, el día 12 de abril 2013.

ABSTRACT: The Reform of Arbitration in Spain and France: Brief Comparative Study

Last year both France and Spain led the reform of their respective Laws on arbitration. What for France meant the consummation of a reform process long-awaited by the French arbitration community, and has led to the amendment of a legislative body over thirty-years old, in the Spanish case is presented as a reform that some have qualified as premature, since it was done only a few years after the entry into force of the Spanish Arbitration Act. The purpose of this paper is a detailed study of the major reforms in the Spanish and French systems in a comparative perspective. It will analyze the main contributions to the existing regulations as well as the most relevant differences between these reforms, by means of a qualification at the light of international experience of the transcendence and the potential impact of each reform.

KEY WORDS: ARBITRATION – STATE LAW – ARBITRAL PROCEEDINGS – FRANCE – SPAIN.

I. Introducción

La nueva reforma francesa del arbitraje fue promulgada mediante el Decreto 2011–48 de día 13 de enero de 2011 y vino a modificar, treinta años después, los Decretos 80–354 de y 14 de mayo de 1980 y 81–500 de 12 de mayo de 1981¹.

Francia, aún antes de la introducción de su nueva reforma contaba con uno de los Derechos de arbitraje más avanzados del mundo. No en vano la regulación francesa del arbitraje se llevó a cabo antes de la promulgación de

¹ Decreto n° 2011–48 de 13 enero de 2011 relativo a la reforma del arbitraje, *Journal Officiel de la République française*, 14 enero 2011, disponible en www.legifrance.gouv.fr. Ad. Decreto n° 2011–48 del 13 de enero de 2011 sobre la reforma del arbitraje, *JO* 14 enero 2011, p. 777; *D.* 2011.Chron.175, y obs. de E. Gaillard y de P. Lapasse; *Rev. trim. dr. com.* 2011, p. 255 y obs. de E. Loquin; *JCP* 2011, *doctr.*, pp. 322 y 467 y obs. de J. Béguin, J. Ortscheidt y Ch Seraglini; *Rev. arb.* 2011, p. 5 y obs de Ch. Jarrosson y J. Pellerin; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, p. 553 y obs. de S. Bollée; *Cah. du CNB* 2011, p. 14 y obs. de P. Duprey; *Gaz. Pal.* 26–27 enero 2011, p. 9 y obs. de E. Kleiman y J. Spinelli; www.dalloz-actualite.fr, 17 febrero. 2011, y obs. de X. Delpech; *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2011, p. 387 y obs. de L. Bernheim; *D.* 2011.Panor.2439 y obs. de L. d'Avout; *JCP* 2011, act. 67 y obs. de B. Le Bars; *Procédures* 2011.Chron.3 y obs. de C. Nourissat; *PA* 2011, n° 79, p. 3 y obs. de D. Chenu; *Dr. & Patrim.*, mayo 2011, p. 30 y obs. de P. Mayer; *PA* 2011, n° 68, p. 15 y obs. de Y. Broussolle; *Procédures* 2011, Alertes 8; *Rev. arb. et méd.*, vol. 2, n° 1, 2011, p. 3 y obs. de M.E. Ancel; *Riv. dell'arb.*, 2011, p. 525 y obs. de E. Gaillard; *New York L.J.*, 24 enero 2011 y obs. de E. Gaillard; *JCP* 2011, *doctr.* 666 § 10 y obs de Th. Clay; *JCP E* 2011, act. 26 y obs. de G. Notté; *RGDA* 2011, p. 363 y obs. de Ch. Bouckaert y R. Dupeyré.; *Gaz. Pal.*, 22–23 abr. 2011, p. 7 y obs. de G. Bourge; *Rev. arbitragem e mediação*, 2011, vol. 30, p. 27, y obs. de M. Mendes-Costa; *Les Echos* 20 enero 2011, p. 12 y obs. de J-P. Grandjean; *Global Arbitration Review*, 14 enero 2011 y obs. de A. Ross; *Herbert Smith Newsletter*, 19 enero 2011 y obs. de L. Franc-Menget Adde en el número especial de *Cahiers de l'arbitrage. Paris Journal of International Arbitration* 2011, n° 2: E. Gaillard y P. de Lapasse, "Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage", p. 263, Th. Clay, "L'appui du juge à l'arbitrage", p. 331, E. Schwartz, "The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure", p. 349 y Ch. Seraglini, "L'efficacité renforcée des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011–48 du 13 janvier 2011", p. 375; numero especial de la *Spain Arbitration Review*, n° 3, 2011 (en español); y el libro de Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage. Actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso, 2011; E. Sevilla, "Spanish and French Arbitration Reforms: A race towards the same objective at differing speeds", *Young Arbitration Review*, octubre 2011, 3, p. 15.

la Ley Modelo de Uncitral², de la que derivan muchas de las regulaciones arbitrales actuales, entre ellas la de España³. Tanto la Ley Modelo de la Uncitral como las regulaciones inspiradas en dicha ley fueron más conservadoras que la regulación francesa de aquél entonces⁴. De hecho, como afirmaba el propio Ministro de Justicia francés en la presentación de la reforma de 2011, “el Derecho francés del arbitraje se ha impuesto en el ámbito internacional por su originalidad en base a su flexibilidad y a la seguridad jurídica generada”⁵.

Sin embargo, con el objetivo de seguir manteniendo esa posición privilegiada y seguir apostando como lo había hecho treinta años antes por el arbitraje, el Gobierno francés decidió reformar la regulación contando para ello con un selecto grupo de expertos en materia de arbitraje. Según el Ministro de Justicia, el objetivo de la reforma consistía en consolidar una parte de la experiencia jurisprudencial, aportar complementos al texto a fin de mejorar su eficacia y en definitiva integrar las disposiciones inspiradas en algunos Derechos extranjeros⁶.

La consecución de la reforma no fue sin embargo fácil, requirió de casi diez años de gestación y significó un continuo diálogo entre el legislador francés y los profesionales y académicos dedicados al arbitraje pero, finalmente, en el año 2011 la reforma vio la luz⁷.

Por esas fechas España también reformó su Ley de Arbitraje de 2003 mediante la promulgación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje⁸. Fue la segunda modificación⁹ que se operó en menos de dos años sobre la Ley de Arbitraje desde su aprobación el 23 de diciembre de 2003.

Con esta modificación se perseguía, como se afirma en el propio preámbulo de la reforma, “*impulsar el arbitraje*”¹⁰, modificando algunos aspectos que

² Ley Modelo Uncitral, promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil mediante resolución de la Asamblea General, n° 40/72 el día 21 de junio de 1985 y modificada mediante resolución de la Asamblea General, n° 61/33 el día 4 de diciembre de 2006. El texto original se encuentra disponible en la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>.

³ Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, publicada en el *BOE*, 26-XII-2003.

⁴ E. Gaillard y P. De Lapasse, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *loc. cit.*

⁵ Informe del Primer Ministro relativo al decreto n° 2011-48 de 13 enero 2011 relativo a la reforma del arbitraje, *Journal Officiel de la République française*, 14 enero 2011, disponible en www.legifrance.gouv.fr. (la traducción es libre).

⁶ *Ibid.*

⁷ L. Degos, “L’histoire du nouveau décret, 10 ans de gestation”, en Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l’arbitrage*, *op. cit.*, p. 25.

⁸ Ley 11/2011, de 20 de mayo, 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, accesible en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>

⁹ La primera reforma tuvo lugar con ocasión de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

¹⁰ Preámbulo, Ley 11/2011, de 20 de mayo, 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. *Vid. supra* nota n° 8.

el legislador consideraba “mejorables” y que convenía adaptar en una fase de “modernización” de la justicia¹¹.

Cuando dos países importantes en materia de arbitraje internacional y además vecinos reforman casi al mismo tiempo sus respectivas regulaciones de arbitraje, comparar las reformas operadas en cada uno de ellos se convierte en una cuestión ineludible.

Como en toda comparación, existen entre ambas reformas puntos comunes (II) y divergencias (III) que constituyen el objeto de este breve estudio.

II. El principal punto en común: la intención de modernizar las legislaciones

Quizás la mayor similitud (por no decir la única) que existe entre ambas reformas es la intención que subyace a las mismas.

En este sentido el propósito tanto de la reforma española como de la francesa ha consistido en modernizar sus respectivas legislaciones, introduciendo su experiencia práctica de los últimos años (1) y simplificando (e introduciendo nuevas disposiciones en) la regulación existente (2).

1. La transposición de la experiencia práctica de ambos países en los últimos años en materia arbitral

A) La transposición de la “jurisprudencia” arbitral francesa

El decreto de día 13 de enero de 2011 que reforma la regulación francesa en materia de arbitraje tiene por objetivo “consolidar una parte de la experiencia adquirida por la jurisprudencia desarrollada sobre esta base e integrar disposiciones inspiradas en determinadas legislaciones extranjeras cuya utilidad ha sido probada en la práctica”¹², lo que debería traducirse en una Ley más accesible¹³.

Son muchas las modificaciones tendentes a conseguir este objetivo. A continuación se detallan algunas de las más relevantes.

En primer lugar el nuevo decreto introduce el famoso principio de autonomía de la convención de arbitraje. En este sentido, el art. 1447 del Código Procesal Civil (CPC) dispone que “el convenio arbitral es independiente del contrato al que se refiere. No se ve afectado por la ineficacia del mismo” (la traducción es libre). La noción de ineficacia se interpreta de forma amplia por las autoridades judiciales y cubre no solamente los casos de nulidad del contrato principal sino también los casos en que dicho contrato ha expirado, ha sido rescindido o ha caducado¹⁴.

¹¹ *Ibid.*

¹² Informe del Primer Ministro relativo al decreto n° 2011-48 de 13 enero 2011 relativo a la reforma del arbitraje, *Journal Officiel de la République française*, 14 enero 2011, disponible en www.legifrance.gouv.fr.

¹³ E. Gaillard, “France Adopts New Law on Arbitration”, *New York L.J.*, vol. 245, n° 15.

¹⁴ M. De Boissésou, “La nouvelle convention d’arbitrage”, Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l’arbitrage*, *op. cit.*, p. 85 s.

Igualmente, con la introducción de la reforma arbitral se consagra la extensión de la cláusula compromisoria de un contrato a todos los contratos complementarios de éste. En este sentido, el nuevo Derecho prevé que “la cláusula compromisoria es el convenio por el que las partes de uno o más contratos se comprometen a someter a arbitraje las disputas que pudieran surgir en relación a dicho o dichos contratos” (la traducción es libre) (art. 1442.2º CPC).

Asimismo, se favorece con la reforma la posibilidad de que las partes acudan a la jurisdicción ordinaria para solicitar medidas cautelares o de aseguramiento hasta que el Tribunal Arbitral esté constituido¹⁵ (art. 1449 CPC). En este contexto, el Juez estatal puede, a petición de los árbitros, ordenar la producción de documentos que obren en poder de terceros e intervenir frente a los mismos para obtener documentos o evitar la evasión de activos al extranjero así como impedir que se provoquen situaciones de insolvencia¹⁶.

Por otro lado, se definen con la promulgación del nuevo decreto, conceptos y principios que hasta ahora no figuraban expresamente en la Ley, en este sentido, se codifican principios fuertemente arraigados en la jurisprudencia, como son la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro (art. 1456). Este último tiene, entre otras, la obligación de revelar, en el momento de su designación y después de haber aceptado el mandato, todo hecho susceptible de comprometer su independencia e imparcialidad¹⁷. Por su parte, se dispone expresamente en el art. 1466 CPC que “aquella parte que con conocimiento de causa y sin motivo legítimo, se abstenga de desvelar en tiempo útil una irregularidad ante el tribunal arbitral se entenderá que ha renunciado a prevalerse de la misma” (la traducción es libre).

Por último, a fin de garantizar su efectiva aplicación, se introducen en la legislación francesa con la entrada en vigor de la reforma determinados principios fundamentales como son los principios de lealtad, celeridad¹⁸ y –salvo pacto expreso de las partes en contrario– de confidencialidad (art. 1464 CPC).

El deber de lealtad del árbitro se traduce en “el deber del árbitro de ejecutar su contrato de buena fe, estar disponible y no imponer a las partes exigencias egoístas”¹⁹, que la buena administración de justicia no justifique. Por su parte, el deber de lealtad de las partes engloba lo que se ha venido a determinar como el principio del *estoppel* que impone de manera general la

¹⁵ El Juez estatal seguirá siendo competente una vez nombrado el Tribunal Arbitral para ordenar embargos preventivos y anotaciones de embargo por corresponder en estos supuestos la competencia, de manera exclusiva, a la jurisdicción estatal (art. 1468).

¹⁶ *Ibid.*, p. 87.

¹⁷ J.B. Racine, “Le nouvel arbitre”, en Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, op. cit., p. 123.

¹⁸ De los tres principios establecidos por el artículo 1464 solo los principios de lealtad y celeridad son aplicables en materia de arbitraje internacional de conformidad con lo dispuesto por el art. 1506.

¹⁹ Y. Derains y S. Adell, “Los nuevos principios de lealtad, celeridad y confidencialidad del Código de Procedimiento Civil Francés”, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 11, 2011, p. 28.

prohibición de contradecirse a expensas de la contraparte²⁰ así como la obligación de las partes de “hacer conocer sus solicitudes lo más pronto posible (...) con el fin de evitar que una solicitud que hubiera podido y debido ser puesta de relieve, no lo sea posteriormente con un fin dilatorio o por simple negligencia”²¹. Entraña asimismo el principio del *estoppel* la prohibición hecha a los Estados de prevalerse de disposiciones de su Derecho nacional para negarse a someterse al arbitraje²².

La introducción del deber de celeridad de los intervinientes en el procedimiento arbitral –si bien constituye un deber que se presta a una valoración subjetiva que varía en función del caso concreto– persigue, en líneas generales, atajar la tendencia surgida en estos últimos tiempos consistente en cuestionar la celeridad en el arbitraje²³. Ello va en consonancia con las nuevas medidas adoptadas por determinadas instituciones que tienden a favorecer y a facilitar la celeridad en el procedimiento arbitral²⁴.

En relación al último de los principios enunciados, se clarifica con la reforma la incertidumbre que existía antes de la misma en relación a la confidencialidad del arbitraje: el arbitraje interno será confidencial salvo acuerdo en contrario de las partes mientras que el arbitraje internacional no será confidencial salvo acuerdo en contrario de las partes.

A lo anterior hay que añadir que con la reforma se implementan determinados principios directores del proceso, por ejemplo, se recoge expresamente la facultad de los árbitros para redefinir los términos del debate –siempre dentro de los límites establecidos por las partes– (art. 12.2º y 3º CPC)²⁵.

En el ámbito del arbitraje internacional la reforma garantiza expresamente la igualdad y el principio de contradicción entre las partes del arbitraje, “sea cual sea el procedimiento elegido, el Tribunal arbitral garantizará la

²⁰ E. Gaillard, “La prohibición de contradecirse en perjuicio de un tercero como principio general del Derecho del comercio internacional (el principio del *estoppel* en algunas sentencias arbitrales recientes)” en su versión original “*L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l’estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)*”, *Rev. arb.*, 1985, p. 24.

²¹ Decisión de la *Cour d’appel* de París, 18 de noviembre de 2004 (*Thales Air Défense v. GIE Euroromissile*), *rép. gén.* n° 02/19606; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, p. 104 y nota de S. Bollée; *JCP* 2005.II.10039 y nota de G. Chabot; *Rev. Lamy de la concurrence* 2005, n° 2, p. 68 y nota de E. Barbier de La Serre y V. Nourissat; *Journ. dr. int.*, 2005, p. 357, nota A. Mourre; *D. 2005.Panor.*3058 y 3059, obs. Th. Clay; *JCP* 2005.I, p. 134 § 8 y obs. Chs. Seraglini; *Gaz. Pal.* 21–22 de octubre 2005, p. 5 y obs. de Chs. Seraglini; *Rev. trim. dr. com.* 2005, p. 263 y obs. de E. Loquin; *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, 2005, n° 1, p. 1 y obs. de Cl. Lucas de Leyssac; *Rev. arb.* 2005, p. 751, obs. p. 529 de Radicati di Brozolo L.G.; *Journ. Int’l Arb.*, vol. 22 n° 3, 2005, p. 239 y nota de D. Bensaude; *SIAR* 2005, vol. 2, p. 209 y nota de D. Groot.

²² Esta obligación se encuentra recogida en determinadas legislaciones de forma autónoma. Es por ejemplo el caso del Derecho español que contempla dicha obligación en su art. 2.2º Ley de 23 de diciembre de 2003.

²³ Y. Derains y S. Adell, *loc. cit.*, p.34.

²⁴ *Vid.*, v.gr., *Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l’arbitrage*, en Publication CCI 843, 2008.

²⁵ Art. 1464 “En todo caso, serán siempre de aplicación los principios rectores del procedimiento, contenido en los artículos 4 a 10, en el párrafo primero del art.11, los párrafos segundo y tercero del art. 12 y en los arts. 13 a 21, 23 y 23.1º” (la traducción es libre).

igualdad de las partes y el respeto al principio de contradicción” (art. 1510 CPC) (la traducción es libre).

B) La transposición legislativa de la experiencia práctica española

Como en el caso de la reforma francesa, en el legislador español también ha tratado, mediante la promulgación de la Ley 11/2011, de introducir el resultado de la experiencia práctica adquirida desde la entrada en vigor de la Ley de 2003.

Siguiendo con el esquema anterior, a continuación se detallan algunas de las modificaciones más destacables en lo que a “transposición de la experiencia práctica” se refiere.

En primer lugar, la reforma española prevé (al igual que lo hace la reforma francesa) el recurso a la jurisdicción ordinaria para solicitar medidas provisionales de forma previa al inicio del procedimiento arbitral²⁶. De este modo “quién acredite ser parte de convenio arbitral podrá pedir al tribunal medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales”²⁷ (disposición final segunda de la reforma que modifica el art. 772 Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil).

Igualmente con la introducción de la reforma se clarifica el recurso al arbitraje societario. El arbitraje en esta materia, y más concretamente en materia de impugnación de acuerdos sociales, había sido admitido bajo la legislación anterior tras la contundente Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998²⁸, seguida de la Sentencia del Tribunal Supremo en una Sentencia de 1998²⁹. Sin embargo, dicha admisión había quedado en cierto modo desvirtuada por una polémica Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2007³⁰ en la que se excluía la aplicación de la cláusula arbitral a los socios que habían votado en contra de la misma. La reforma del art. 11 y la introducción de los arts. 11 bis y 11 ter (LA)³¹ constituyen una clara apuesta por el arbitraje en materia societaria.

²⁶ Dispone el art. 11.3º de la vigente Ley de Arbitraje El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

²⁷ Vid. C. Pérez Conesa, “Reforma de la Ley de Arbitraje introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5, 2011. Accesible en: http://www.westlawinsignis.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1365170803653.

²⁸ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (1998\1118), accesible en <http://www.revistaiuris.com/misc/8618/JU0000318738.txt>.

²⁹ STS 1ª 355/1998, de 18 de abril, que reconoció en su fundamento de Derecho segundo la posibilidad de “incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato (...), pese a que en los últimos tiempos ciertas posiciones doctrinales lo han discutido”.

³⁰ STS 1ª 776/2007, de 9 de julio, que expresamente dispone en relación a la sumisión a arbitrajes en estos supuestos que “comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo”.

³¹ Vid. M.I. Rodríguez Roblero, “El arbitraje societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo 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”, *Revista de Sociedades* num.37/2011, 2, Aranzadi. Accesible en: http://www.westlawinsignis.es/maf/app/delivery/offload/get?_=1365171155471.

Por último, con la reforma desaparece la incoherencia que hasta la fecha existía en materia concursal, para lo cual resultó necesario reformar la norma concursal española³². Dicha reforma consiste en incrementar la protección del convenio arbitral que no se verá afectado por la mera declaración de concurso de alguna de las partes del mismo, aunque si el órgano jurisdiccional entiende que dichos pactos o convenios podrían suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales³³ (disposición final tercera de la reforma). Se trata ésta de una disposición innovadora que no se encuentra expresamente contemplada en Derecho francés.

A la vista del detalle de las medidas implementadas por ambas reformas se puede afirmar que, ambas han tratado de introducir mecanismos nacidos de la práctica arbitral y de la jurisprudencia asociada, lo que constituye un punto en común importante (aunque, como abordaremos en el punto II del presente artículo, las medidas concretas nacidas de la experiencia práctica resultan muy distintas).

2. La simplificación del procedimiento arbitral y el fortalecimiento de la institución arbitral

Siguiendo con la principal similitud entre ambas reformas —el deseo de modernizar y posicionarse como un ordenamiento jurídico pro-arbitraje— a continuación se abordarán las mejoras que ambas reformas han introducido en relación a la regulación del procedimiento arbitral y de la institución de arbitraje en sí.

A) Las reformas relativas al procedimiento arbitral y la institución del arbitraje en la reforma francesa

En primer lugar, con la reforma francesa se ha tratado de simplificar las reglas de procedimiento y reforzar el papel del árbitro en la instrucción de dicho procedimiento arbitral. Así, se ha definido y nombrado el concepto del “*juge d’appui*” (que recae en el Presidente del *Tribunal de Grande Instance*)³⁴ y de su función en materia de arbitraje nacional e internacional. Se reconoce la jurisdicción del Juez de Apoyo sobre los casos en los que el arbitraje no tiene lugar en Francia ni está sometido a la ley francesa, ni concurre un supuesto específico de jurisdicción de los Tribunales franceses, bastando simplemente con que se pruebe que una parte corre el riesgo de sufrir una denegación de justicia (art. 1505 CPC).

Asimismo, se han simplificado y redefinido las vías de recurso del laudo arbitral en el arbitraje interno (art. 1491 CPC) y se ha consagrado la posibili-

³² Art. 8.4º y 52 Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio.

³³ Vid. L. Mones Saralegui y V. Papineschi Velasco, “Convenio arbitral y concurso de acreedores. Reflexiones sobre el art. 52.1º de la Ley Concursal a la luz de su próxima modificación”, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 7, 2010, pp. 97–98.

³⁴ A. Mourre y B. Amézaga, “La competencia del juez de apoyo francés en particular en caso de denegación de Justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil”, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 11, 2011, p.157.

dad de renunciar en el arbitraje internacional al recurso de nulidad (art. 1522, ap. 1º CPC). El control de la regularidad del laudo se efectúa entonces en el lugar donde la ejecución del laudo es llevada a cabo. Si el laudo es ejecutado en Francia, las partes conservan la posibilidad de apelar la decisión que confiere el exequátur invocando los motivos enunciados para el recurso de nulidad (art. 1522, ap. 2º) CPC. Desde la entrada en vigor de la reforma, el recurso de anulación en materia internacional no tendrá, por otra parte, efectos suspensivos (art. 1526 CPC). De hecho, el plazo para recurrir el mismo comenzará a contar desde la fecha de emisión del laudo –y no desde la fecha del exequátur– (art. 1456 CPC).

La concepción francesa del arbitraje internacional hace que con la reforma se haya perseguido impedir cualquier vinculación entre el Estado de la sede del arbitraje, el procedimiento y el laudo arbitral para que los dos últimos resulten lo más eficaces posibles. La eficacia es la particularidad principal que persigue el arbitraje francés.

En segundo lugar, con la reforma se suprimen lo que hasta ahora constituían causas de nulidad de la cláusula arbitral y de finalización del procedimiento arbitral. En este sentido la falta (o la insuficiencia) de designación de un árbitro (art. 1444 CPC) ya no es motivo de nulidad de una cláusula compromisoria y las recusaciones, revocaciones, impedimentos, ausencia y/o fallecimiento de los árbitros ya no serán causas de finalización del procedimiento sino que únicamente suspenderán el mismo. Las causas de suspensión del procedimiento arbitral también se redefinen en la reforma (art. 1471 CPC).

En cuanto al laudo, con la reforma desaparece en la regulación del arbitraje internacional la prohibición de “imparidad” del número de árbitros salvo que las partes dispongan otra cosa– (art. 1506 CPC) y se introduce la posibilidad del rechazo a firmar el laudo por dos de los tres árbitros (art. 1513 CPC)³⁵.

Todas estas modificaciones tienen por objetivo, como ha sido reseñado, simplificar el procedimiento arbitral y fortalecer la institución del arbitraje para modernizar así el Derecho francés del arbitraje.

B) Las reformas relativas al procedimiento arbitral y la institución del arbitraje en la reforma española

En España, al igual que en Francia, se ha tratado de mejorar y simplificar el procedimiento arbitral. También se han incluido determinadas obligaciones para los árbitros y las instituciones arbitrales que persiguen dotar al laudo de la mayor validez. Con estas medidas se pretende “dotar de mayor seguridad jurídica y confianza jurídica a esta institución”³⁶.

³⁵ Vid. B. Roca Grau, “Formación y condiciones de forma de los laudos internacionales en Derecho francés”, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 11, 2011, p.157.

³⁶ Preámbulo, Ley 11/2011, de 20 de mayo, 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. Vid. *supra* nota nº 8.

Se enumeran a continuación algunas de las modificaciones tendentes a este fin.

Primero, mediante la reforma de la Ley de Arbitraje, en España se han reorganizado la Jurisdicción de los Tribunales Ordinarios³⁷ atribuyéndose a los 17 Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma determinadas competencias que hasta la fecha correspondían a otros tribunales: reconocimiento de Sentencias extranjeras, designación y remoción de árbitros y acción de anulación³⁸.

Por otro lado, la reforma española introduce una serie de obligaciones nuevas para las instituciones arbitrales y los árbitros. Las primeras deben –a partir de la entrada en vigor de la reforma– de asegurarse de la imparcialidad e independencia de los árbitros (art. 14.3º LA) y éstos tienen que contratar un seguro de responsabilidad civil conforme a lo establecido por la nueva redacción del art. 21.1º LA. Lo anterior, que constituye una originalidad del Derecho español, todavía no se encuentra totalmente definido³⁹. Además la reforma expresamente prohíbe la intervención como árbitro de toda persona que hubiera intervenido previamente como mediador en el conflicto objeto de arbitraje.

En relación con el laudo, la reforma española ha recogido expresamente la posibilidad de uno de los árbitros de firmar un voto en contra (art. 37.3º LA). Igualmente se ha recogido expresamente la obligación de motivar el laudo, en pro de una mayor seguridad jurídica (art. 37.4º LA) y se ha establecido formalmente el efecto de cosa juzgada del mismo (art. 43 LA). Por último, en relación con el laudo se ha introducido con la reforma la posibilidad de “rectificación” del mismo cuando ha habido una extralimitación respecto a lo pedido por los árbitros (lo que hasta ahora era recurrible en anulación) (art. 39 CPC).

Queda por tanto demostrado que ambas reformas han tratado de modificar e introducir nuevas disposiciones tendentes a simplificar y a dotar de mayor eficacia tanto al procedimiento como a la institución arbitral.

En definitiva, tras el análisis de los puntos en común existentes entre ambas reformas, ha quedado acreditado que además de la intención de modernizar y adaptar sus respectivas regulaciones, las reformas francesas y españolas coinciden en reformar determinados preceptos (vías de recurso del laudo, solicitud de medidas cautelares, firma del laudo, las causas de finalización del proceso...).

³⁷ Estos cambios han requerido que se reformulen el art. 8 Ley 60/2003 de Arbitraje, arts. 73, 85 y 86 ter de la LO 6/1985 del Poder Judicial a través de la LO 5/2011 y que se haya modificado el art. 955 LEC/1881 a través de la disposición final primera de la Ley 11/2011.

³⁸ P. Perales Viscasillas, “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 3, 2011, p. 670; A. Fernández Pérez, “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje”, *ibíd.*, vol. V, nº 1, 2012, pp. 149–168.

³⁹ K. Fach Gómez., “El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011”, *Rivista dell'arbitrato* 2/2012. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=2083303>

Sin embargo, una vez dicho lo anterior y a la vista del detalle de las medidas llevado a cabo en este artículo, lo cierto es que son más las diferencias existentes entre ambas reformas que los puntos comunes existentes entre las mismas.

III. Las diferencias entre ambas reformas

Antes de entrar a enumerar las diferencias que arroja el análisis de las modificaciones operadas en cada regulación por su respectiva reforma, es necesario destacar que existe una diferencia inherente y esencial entre ambas regulaciones que no ha sido salvada por las reformas promulgadas: el modelo de sistema de Derecho en el que ambas reformas se inscriben.

El modelo francés ha mantenido, a pesar de la reforma⁴⁰, su sistema dualista, que diferencia, *summa divisio*, entre arbitraje interno y arbitraje internacional (siendo el primero más restrictivo que el segundo). El modelo español, por su parte, perpetúa el sistema monista que adoptó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje y que consagró con la promulgación de la Ley de 2003 que se inscribe en la línea de la Ley Modelo de laUncitral.

Resulta interesante que dos países con las mismas tradiciones jurídicas, importantes en el mundo del arbitraje internacional, no compartan el mismo modelo del Derecho de arbitraje y ello a pesar de que ambos sistemas se reformen casi a la vez.

Otra diferencia destacable es la forma en que se operan ambas reformas y por consiguiente el alcance de las mismas. Mientras que la reforma francesa se centra en la modificación del código procedimental, la reforma española articulada mediante Ley podría haber incluido reformas no sólo de Derecho procesal sino igualmente de Derecho material.

El procedimiento y el tiempo invertido en la reforma de las regulaciones arbitrales francesa y española es otra gran diferencia entre ambas. Mientras que Francia ha necesitado de casi treinta años para consolidar el texto de su reforma, la Ley española de arbitraje ha sido reformada hasta en dos ocasiones⁴¹ en apenas 10 años. Por otro lado, en la reforma del arbitraje francés han intervenido grandes especialistas y profesionales del mundo del arbitraje⁴² mientras que la intervención de la mayoría de los expertos españoles en arbitraje en el proceso de reforma sólo se produce (y de forma limitada) tras la alarma que causa entre la comunidad arbitral el Anteproyecto de Ley⁴³.

Distinta es por tanto también la acogida que han tenido ambas reformas entre las comunidades arbitrales francesas y españolas. Mientras para la comunidad arbitral francesa la reforma constituye la consagración de un

⁴⁰ Vid. A.C. Cremades, "El dualismo del nuevo Derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y la deslocalización", *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 11, 2011, p. 43.

⁴¹ Vid. *supra*, nota 10.

⁴² Vid. L. Degos, *op. cit.*, p.25.

⁴³ Vid. P. Perales Viscasillas, *op. cit.*, p. 8.

resultado durante tiempo esperado, “*un nouveau né qui a une belle allure*”⁴⁴, para al menos una parte de la comunidad arbitral española la reforma no cumple con las expectativas depositadas en la misma⁴⁵.

En cuanto al contenido de ambas reformas, del análisis de las disposiciones objeto de reforma también se infieren numerosas diferencias. Aunque, como ha sido puesto de manifiesto ambas reformas persiguen un objetivo común (la modernización del arbitraje) y coinciden en la modificación de determinadas disposiciones (medidas cautelares, recursos, firma del laudo...) lo cierto es que el contenido de dichas reformas es en general muy distinto.

En este sentido, España no aprovecha la experiencia francesa para introducir en su reforma una regulación específica del “*juge d’appui*” o de la asistencia de los Tribunales ordinarios para la obtención de determinada prueba o de los principios aplicables al procedimiento (celeridad, lealtad, confidencialidad) y/o fundamentales (contradicción e igualdad de las partes).

Por su parte, tampoco la reforma francesa se ha hecho eco de los trabajos preparatorios de la reforma española que contenían propuestas como la introducción de la obligación de las instituciones arbitrales de garantizar la imparcialidad e independencia e los árbitros, o el recurso de rectificación de un laudo arbitral.

IV. Conclusión

Resulta paradójico que dos reformas operadas casi al mismo tiempo, en dos países tan cercanos y con culturas jurídicas tan similares como son Francia y España tengan como resultado dos regulaciones del arbitraje tan dispares.

El breve análisis comparativo que se ha intentado llevar a cabo en el presente artículo ha revelado que, a excepción del objetivo común de ambos países de modernizar e impulsar sus respectivas regulaciones de arbitraje, las reformas operadas en Francia y en España no comparten prácticamente nada: ni el sistema de Derecho en el que se llevan a cabo, ni los procedimientos para su consecución, ni el alcance de las mismas, ni el grado de participación de la comunidad arbitral en su elaboración, ni –por supuesto– su contenido, dando lugar a dos regulaciones en materia de arbitraje con pocas semejanzas.

En el mundo globalizado en el que vivimos y cuando se trata de una materia a vocación internacional como es el arbitraje ha de tenderse más bien a la armonización no sólo de las regulaciones arbitrales sino igualmente de los procedimientos para su consecución.

⁴⁴ Th. Clay, “Avant Propos” (“L’histoire du nouveau décret, 10 ans de gestation”), en Th. Clay, (dir.), *Le nouveau droit français de l’arbitrage*, op. cit., p. 8.

⁴⁵ “Una reforma tan profunda como la realizada por la Ley 60/2003, se emborrona con medidas “ortopédicas”, parches o brochazos que desentonan del conjunto armónico inspirado en el “modelo” de Uncitral en M. Olivencia Ruiz, “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4/2012.

Francia y España, el Derecho francés y el español, son demasiado cercanos como para no caminar unidos hacia un único Derecho, que en un universo armonizado y competitivo, podría constituir el modelo de un Derecho mundial uniforme, lo que constituye el objetivo último de todo Derecho transnacional, pero también de toda tarea comparativa como la que se ha intentado con la presente contribución.