

LA LEY 11/2011 DE REFORMA DEL ARBITRAJE: UNA PRIMERA Y FAVORABLE APROXIMACION

Fernando Goñi (Goñi & Co Abogados)

El pasado 21 de mayo, se publicó en el Boletín Oficial de Estado la 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.

En la misma fecha se publicó en el B.O.E. la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria de la anterior, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se modifican parcialmente, el Art. 73,1; el Art 85,5; el Art. 86, 1, 4º) y el Art. 86, 3, todos ellos de la LOPJ.

Con la nueva reforma, como se indica en su preámbulo, se persigue avanzar cualitativamente en la regulación del arbitraje nacional e internacional, tomando como referencia la Ley Modelo elaborada por la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), en un proceso de actualización, armonización y puesta al día de la regulación del arbitraje, que como veremos y analizaremos a continuación, entendemos que ha cumplido esencialmente sus objetivos.

Avanzamos que el nuestro intenta ser un ejercicio sereno y crítico de aproximación inicial y de positiva valoración de las modificaciones operadas que sin duda serán objeto de análisis más profundos, rigurosos y lúcidos.

NUEVAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE ARBITRAJE DE LAS SALAS DE LO CIVIL Y PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS; ACCION DE ANULACIÓN DEL LAUDOS; NOMBRAMIENTO Y REMOCION DE ARBITROS.

Con la modificación introducida por la Ley 11/2011 de Reforma del Arbitraje el reconocimiento (exequatur) de **los laudos arbitrales extranjeros será competencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma** “del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o “del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos” (entendemos que ha habido error en la redacción que es ciertamente incomprensible y debiera corregirse o eliminarse) o, subsidiariamente, la “del lugar de ejecución o donde

aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos” (Artículo único, modificando la redacción del Art. 8, 6 de la Ley 60/2003)

Hasta la entrada en vigor de la reforma el reconocimiento (exequátur) de los laudos arbitrales extranjeros era competencia de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil.

La Ley 11/2011, establece que serán también **competencia de la Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, para el conocimiento de la acción de la anulación del laudo, y para el nombramiento y remoción judicial de árbitros.** (Artículo único: nueva redacción del Art 8, 1 y 5 respectivamente, de la Ley 60/2003).

SE MANTIENE LA COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y SE SUPRIMEN LAS COMPETENCIAS DE LOS DE LOS DE LO MERCANTIL.

Tras la reforma, **los Juzgados de Primera Instancia mantienen su competencia en materia de ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales tanto nacionales como extranjeras.**

Par la ejecución de los laudos extranjeros los criterios de competencia territorial son los mismos que los previstos en esta Ley para su reconocimiento (art. 8, 6). Para la ejecución de los laudos nacionales son competentes los juzgados el del lugar dónde se haya dictado el laudo (art. 8, 4).

Sin embargo y hay que destacarlo especialmente, **se suprimen las competencias de los Juzgados de lo Mercantil para la ejecución de los laudos arbitrales**, al derogarse, por la Ley Orgánica 5/2011, la letra g) del apartado 2 del art. 86 ter de la LOPJ. También mediante esta derogación tanto la **asistencia judicial en la práctica de pruebas como la adopción de medidas cautelares**, como funciones de apoyo del arbitraje, volverán a ser competencia de los Juzgados de Primera Instancia y perderán su actual competencia los Juzgados de lo Mercantil.

La reasignación de las funciones judiciales en relación con el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros atribuida, tras esta última reforma, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, es una solución razonable mediante la cual se pretende dar más uniformidad al sistema mediante la elevación de determinadas funciones, como se indica en el preámbulo de la ley. Hay que recordar, no obstante, que esta reforma no estaba inicialmente prevista y que se incluyó, con alguna duda, como propuesta alternativa.

Sin embargo mucho nos tememos que en su puesta en funcionamiento las reformas introducidas en relación con el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, van a provocar mayores dilaciones y retrasos en su tramitación a sumar a los ya existentes. Estas más que previsibles demoras adicionales se verán incrementados por el fraccionamiento competencial de las fases de reconocimiento y ejecución (reconocimiento en el Tribunal

Superior de Justicia, ejecución forzosa en el Juzgado) provocándose así y muy probablemente una excesiva dilación en la ejecución de los mismos.

Por otra parte la situación actual de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y su inexperiencia en materia de exequátur, pueden provocar disfunciones y conflictos iniciales. Si no se arbitran y se prevén a tiempo soluciones urgentes y los medios adecuados para evitarlo, estableciéndose los cauces y soluciones precisos para el desplazamiento del acervo y experiencias adquiridas durante años a estos órganos, nuestra imagen exterior y el prestigio de nuestro país en el ámbito del arbitraje internacional pueden verse seriamente afectados.

EXCEPCION DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE MEDIANTE DECLINATORIA: PLAZOS

Se mantiene la declinatoria como cauce para excepcionar en el procedimiento judicial el sometimiento a arbitraje, obligando a las partes, si así se solicita a instancia de la parte interesada, a cumplir con lo estipulado en el convenio arbitral, impidiendo a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje (art 11,1).

La declinatoria deberá ser propuesta dentro de los **diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, en los juicios ordinarios, y en los diez primeros días posteriores a la citación para la vista, en los verbales**. Nos parece que la brevedad del plazo para la proposición de la declinatoria es quizá excesiva teniendo en cuenta la frecuente internacionalidad de estas cuestiones; hubiera sido deseable mantener el criterio previo sobre el plazo (antes o con la contestación a la demanda).

Esta ha sido una de las cuestiones que han resultado más polémicas en el proceso de gestación de la reforma. Sin embargo y a nuestro juicio el mantenimiento de la declinatoria parece la solución más adecuada (dejando a salvo la excesiva brevedad del plazo para proponerla), frente a la alternativa planteada en el Proyecto inicial de sustituir la declinatoria por la “excepción de arbitraje”. Entendemos que la creación de una excepción de arbitraje y de un nuevo procedimiento, la modificación de los trámites procesales, la implantación de un sistema de indagación judicial limitada y la presunción prima facie de validez del convenio arbitral (en los términos que se habían planteado en su redacción) no hubiera aportado ningún beneficio sustancial y probablemente hubiera provocado, en la práctica, no poca confusión y más y mayores conflictos que soluciones.

ARBITRAJE ESTATUTARIO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La reforma incluye la previsión expresa de que las sociedades mercantiles puedan someter a arbitraje los conflictos societarios (art 11, bis).

Se establece **que se requerirán los votos de al menos dos tercios de las acciones o participaciones para la inclusión en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a**

arbitraje. Se suprime así la inicial exigencia de unanimidad y de este modo, con algún inconveniente derivado y en potencial perjuicio de los intereses de las minorías, se facilita y posibilita el arbitraje societario. La solución parece evidentemente más adecuada, en todo caso y desde la perspectiva de la potenciación del arbitraje, aunque podría haberse mejorado quizá con la inclusión de alguna alternativa para los socios disconformes (derecho de separación, por ejemplo).

Los estatutos podrán establecer que la impugnación de los acuerdos por los socios o administradores quede sometida a arbitraje, así como el número de árbitros y su designación.

El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible deberá ser inscrito en el Registro Mercantil, y ello determinará la **cancelación de la inscripción** del acuerdo impugnado por el laudo y la de los asientos posteriores que resultaran contradictorios con tal declaración.

Hay que destacar que, aparentemente y como modificación sustancial, la reforma establece e impone el arbitraje institucional para los arbitrajes estatutarios de las sociedades mercantiles excluyéndose, en consecuencia, el arbitraje ad hoc. Aparentemente, decimos, porque esta imposición se formula de forma y con redacción ciertamente confusa, en el párrafo final del apartado 3 del nuevo artículo 11,bis.

El apartado 3 se refiere, como hemos visto, a la posibilidad de que en los estatutos sociales se prevea que la impugnación de los acuerdos sociales quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros (párrafo primero) y cabría de su lectura interpretar **que solo en tal caso (y no con carácter general)** la administración del arbitraje y la designación de los árbitros debe encomendarse forzosamente a una institución arbitral (párrafo segundo y último del apartado).

Mucho nos tememos que de esta deficiente formulación, técnicamente mejorable, van a derivarse conflictos interpretativos.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Por otra parte y en relación con el arbitraje institucional se mantiene la posibilidad de que las partes encomienden la administración y el nombramiento de árbitros a favor de las **Corporaciones de Derecho Público y las Entidades públicas** siempre que puedan desempeñar tales funciones arbitrales según sus normas reguladoras. Solo resaltar al respecto que se añaden genéricamente y como potenciales instituciones arbitrales las “Entidades públicas” cuyas normas reguladoras así lo prevean y permitan y también que, por motivos obvios, se elimina la mención en el texto anterior al desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 14,a, en su nueva redacción).

Se mantiene por lo demás la anterior redacción que prevé que asimismo puedan asumir la administración institucional del arbitraje y el nombramiento de árbitros **“las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro”** cuyos estatutos prevean funciones arbitrales.

En el texto reformado se destaca especialmente (art. 14, 3) el papel y función de las instituciones arbitrales como encargadas de velar por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación. Es preciso resaltar que en la redacción del texto sobre este punto se eludió con especial celo la inclusión del verbo “garantizar” y se sustituyó por el de “velar” como verbo y función.

A nuestro juicio la independencia y capacidad de los árbitros y la transparencia en su elección, son los principios y condiciones esenciales sobre los que se fundamenta la propia existencia y futuro del arbitraje. Su adecuada y rigurosa regulación y control por parte de las instituciones arbitrales es absolutamente esencial para el desarrollo e implantación del arbitraje como sistema alternativo al judicial y como cauce realmente eficaz para la solución de conflictos, y para el futuro de los arbitraje e instituciones arbitrales supranacionales en España, como sede natural y con enorme futuro potencial del arbitraje hispanoamericano.

Siempre hemos pensado que éste es un aspecto esencial en es que es urgente hacer avances sustanciales y encontrar soluciones. Las instituciones arbitrales tienen margen suficiente para proponer respuestas y procedimientos eficaces que posibiliten que su actual función “ope legis” de “velar” por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación, pase a ser la de garantizarlas plenamente (transformándose de meros veladores en garantes). Con ello se dará un paso definitivo hacia el futuro de nuestro arbitraje.

CAPACIDAD PARA SER ÁRBITRO - CONDICION DE JURISTA

La nueva Ley no modifica el art. 13 de la Ley de Arbitraje, en relación con la capacidad de los árbitros y los requisitos generales para ostentar tal condición.

Sin embargo sí se modifica el 15,1 del texto anterior y **se requiere ahora la “condición de jurista” del árbitro que actúe como tal, en los arbitrajes que se resuelvan por un árbitro único y que no se decidan en equidad, y que al menos uno de los árbitros ostente tal “condición de jurista” en aquellos otros arbitrajes que deban ser resueltos por tres o más árbitros.**

Obviando los argumentos de defensa de intereses corporativos y resaltando también la notable indeterminación, ambigüedad y alcance difuso del concepto de jurista (indefinición que probablemente haya sido voluntariamente perseguida), parece acertado que se haya optado por la supresión del requisito de ostentar la condición de “abogado”, que se incluía en el texto anterior modificado y que fue nuevamente objeto de debate y polémica en el proceso de elaboración y discusión de la reforma.

Efectivamente parece más conveniente como solución el orillar en lo posible toda tentación de limitación formal de la autonomía de la voluntad de las partes y de sus prevalentes criterios sobre la elección, capacidad y condiciones precisas de los árbitros que consideren más adecuados para resolver sus controversias.

EXIGENCIA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Se establece expresamente la exigencia de contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que se determine, para los árbitros e instituciones arbitrales, exceptuándose de la contratación a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas (art. 21,1 . Si bien la cobertura del seguro siempre es aconsejable, su establecimiento obligatorio en la ley suscitará sin duda la inconveniente tentación de la reclamación judicial contra los árbitros tan difícil de coronar con éxito en la generalidad de los casos.

INCOMPATIBILIDAD INICIAL EN LA NOMINACION DE MEDIADOR Y ÁRBITRO EN EL CONFLICTO

El árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Como podrá observarse de la lectura del propio texto reformado de los apartados 1 y 7 del art. 15, no se trata tanto de una rigurosa incompatibilidad cuanto de una mera recomendación, en la medida en que **se prevé la posibilidad del acuerdo en contrario de las partes**, esto es, que las partes convengan que el mediador pueda actuar también como árbitro en el mismo conflicto. No solo nos parece acertada la solución sino que además, resulta obvio que en ocasiones puede ser recomendable que el mediador termine tramitando y resolviendo el conflicto como árbitro.

IDIOMA DEL ARBITRAJE

Como en el texto anterior se establece como criterio prevalente sobre el idioma o idiomas del arbitraje el del **acuerdo de las partes** al respecto (art. 28,1). **Se suprime** sin embargo, como criterio alternativo y a falta de acuerdo, el **de la decisión de los árbitros sobre este punto y se sustituye por el del uso “de cualquiera de las lenguas oficiales del lugar donde se desarrollen las actuaciones”**.

Parece relevante señalar que con la nueva reforma **se garantiza expresamente el derecho de las partes, de testigos, peritos y terceros, a utilizar el idioma propio cuando desconozca el idioma en el que se desarrollen las actuaciones**.

No nos parece muy afortunada, por motivos obvios, la posibilidad de habilitar como intérprete a “cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella”. Habrá que confiar en el buen criterio de las instituciones, árbitros y partes, para elegir en cada caso el intérprete adecuado. La traducción e interpretación rigurosas son cuestiones de mayor transcendencia de la que pudiera parecer, también en los arbitrajes, y debieran haber merecido una solución más procedente.

PLAZOS PARA RESOLVER EL ARBITRAJE – VALIDEZ Y EFICACIA DEL LAUDO DICTADO FUERA DE PLAZO

Se mantienen tras la reforma (art. 37,2) los mismos plazos previstos para dictar el laudo: dentro de los **seis meses** siguientes a la fecha de la presentación de la contestación o de la **fecha de la expiración del plazo para contestar**. Se mantiene también la posible **prórroga de ese plazo por dos meses** más, salvo acuerdo en contrario, mediante decisión motivada de los árbitros.

Hay que destacar, sin embargo, como especialmente relevante y positiva, la modificación y supresión de los dos últimos párrafos del anterior artículo 37,2, que se sustituyen por el párrafo final del actual texto y en el que se dispone expresamente que **la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo, salvo acuerdo en contrario, no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo**, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros como consecuencia de ello.

Esta modificación nos parece clarificadora y positiva en la medida que resuelve también de forma clara y definitiva la polémica y las potenciales situaciones de conflicto derivadas de la interpretación y posible consideración, como motivo de nulidad, de la extemporabilidad de los laudos.

Se corrige así, y a nuestro juicio correctamente, lo dispuesto al respecto en la anterior redacción de la Ley de Arbitraje, que resultaba ciertamente insuficiente, confusa y especialmente desafortunada: el transcurso del plazo determinaba automáticamente la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros, aunque no afectaba a la validez del convenio arbitral.

FORMA Y MOTIVACION DEL LAUDO – MANTENIMIENTO DEL VOTO PARTICULAR

Resulta acertado en nuestra opinión que, a pesar de la polémica y propuestas contrarias a su inclusión, se haya mantenido la posibilidad de dejar constancia en el laudo del voto particular favorable o discrepante, en la nueva redacción del artículo 37,3 de la Ley.

Se mantienen los requisitos de **forma escrita del laudo**, previéndose el soporte electrónico o digital del mismo y el de su firma, siendo suficientes la del Presidente o la de parte de los árbitros siempre y cuando se motive, en su caso, la falta de firma de algún árbitro.

Se mantiene asimismo la exigencia de **motivación del laudo**, con excepción de los “laudos por acuerdo de las partes” regulados en el art. 36 de la LA.

Hay que destacar que la reforma suprime la posibilidad, recogida en la anterior redacción, del acuerdo de las partes para que el laudo no contenga motivación.

RECTIFICACION DE LA EXTRALIMITACION PARCIAL DEL LAUDO

Como modificación especialmente positiva debemos destacar la inclusión en el art 39 de la Ley Arbitraje, tras su reforma, de la **rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas o no susceptibles de arbitraje**. Se trata de una reforma y solución absolutamente necesaria y adecuada para resolver previa y eficazmente situaciones de incongruencia extrapetita que, en otro caso, podrían además haber sido consideradas o interpretadas como motivos de nulidad del laudo.

No nos parece técnicamente acertada sin embargo la mención a la aplicación, entendemos que excesivamente genérica y confusa, “de lo dispuesto en el artículo 37” de la Ley de Arbitraje a las resoluciones sobre corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.

PROCEDIMIENTO PARA LA ACCION DE ANULACION

Se mantiene prácticamente idéntico el procedimiento previsto en el art. 42 de la Ley de Arbitraje con respecto a la sustanciación de la acción de anulación del laudo.

Como únicas novedades y modificaciones hay que mencionar la inclusión, como fase o trámite adicional en este procedimiento, del **traslado al actor de la contestación y documentos justificativos de la oposición para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba** (nueva redacción del art 42,1,b) , y **la supresión de trámite de vista cuando su celebración no se haya solicitado expresamente por las partes o cuando la única prueba a valorar sean los documentos aportados y no impugnados** (nueva redacción del art. 42,1,c).

EFFECTOS DE COSA JUZGADA DEL LAUDO – ELIMINACION DE LA MENCION SOBRE LA FIRMEZA DEL LAUDO

Tras la reforma se elimina la confusa dicotomía previa existente en el texto de la Ley de Arbitraje entre laudo “definitivo” (del art. 40) y laudo “firme” (del art. 43), estableciéndose con mucha mayor claridad que **el laudo produce** (siempre y sin necesidad de que sea “firme”) **los efectos de cosa juzgada aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o en su caso, de revisión previstas**.

Se optó finalmente por la **supresión del texto anterior del art. 43 del adjetivo “firme”** (“el laudo firme produce efectos de cosa juzgada”), pese a la oposición de una muy influyente parte de la doctrina, eliminándose y resolviéndose así , entendemos que de forma clara, adecuada y eficaz, la polémica y disquisiciones sobre las diferencias entre el laudo definitivo y el laudo firme y sus distinta naturaleza, características y consecuencias, e incluso entre la firmeza y ejecutabilidad de un laudo, y solventándose y obviándose de este modo las siempre indeseables consecuencias de tal ambigüedad.

RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y SUS ORGANISMOS PUBLICOS

La disposición adicional única de la Ley de Reforma, **regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional, para resolver los conflictos internos que tengan la consideración de “controversias jurídicas relevantes”, entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales**, sin que pueda acudir a la vía administrativa o jurisdiccional para resolver tales controversias.

El procedimiento establecido y regulado será **también de aplicación a las controversias que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal, con su Ministerio de tutela, Dirección General de Patrimonio o los organismos y entidades que ostenten la totalidad de su capital social o dotación** (salvo que se prevean mecanismos internos de resolución).

Se entiendo por **“controversias jurídicas relevantes”**, las **que puedan generar un elevado número de reclamaciones (con independencia de su cuantía), las que tengan una cuantía superior a 300.000 euros, y aquellas que, a juicio de una de las partes, sean de esencial relevancia para el interés público**. No obstante se recogen también, como excepción, la relación, descripción y naturaleza, de aquellas controversias a las que no será de aplicación tal procedimiento de resolución.

Se crea a tales efectos resolutivos una Comisión Delegada, cuya presidencia ostentará el Ministro de la Presidencia e integrarán asimismo, como miembros natos, el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia y cuya secretaría se atribuye al Ministerio de Justicia.

Dejando para los expertos su más riguroso análisis y valoración, no nos parece acertada como solución, por cuanto implica de atribución de competencias resolutivas al Gobierno de conflictos y controversias en un procedimiento que, aunque probablemente bien regulado y eficaz, poco tiene de arbitraje y para cuya resolución se excluye expresamente la vía administrativa o jurisdiccional (y obviamente la arbitral, en sentido estricto) incrementándose el poder del Ejecutivo en detrimento del Judicial.

En todo caso resulta obviamente inadecuada su inclusión en la Ley de Arbitraje y hubiera sido deseable su inclusión en algún otro texto legislativo más adecuado a su ámbito de aplicación y regulación.

SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES CON ANTERIORIDAD AL ARBITRAJE

Se reforma el artículo 722 de la LEC, añadiéndose y estableciéndose expresamente que **podrán solicitarse al Tribunal medidas cautelares, con anterioridad a las actuaciones arbitrales**.

Por lo demás **se mantiene la facultad de solicitar medidas cautelares por quien acredite ser parte de un proceso arbitral en España**, y en relación con los arbitrajes institucionales, quien haya presentado la debida solicitud o encargo a la institución arbitral.

Se mantiene en todo caso la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, expresamente reconocida y regulada en el art. 23 de la Ley de Arbitraje, que no ha sido objeto de modificación alguna en este sentido.

Una de las modificaciones sustantivas de la última enmienda de 2006 de la Ley Modelo Uncitral, ha sido la regulación de las medidas cautelares. Posiblemente con su continencia en este aspecto, la Ley de Reforma haya perdido una oportunidad de avanzar un poco más en nuestra regulación al respecto. No obstante existen las bases en nuestra Ley de Arbitraje y en nuestras normas procesales para desarrollar las directrices del modelo UNCITRAL en materia tan esencial. Esta ha sido una de las cuestiones que siempre han resultado especialmente polémicas. La eficacia del arbitraje suele depender muy frecuentemente de la posibilidad de que las medidas cautelares puedan prosperar.

ARBITRAJE Y CONCURSO

Se modifica (disposición final tercera) el **art. 8,4 de la Ley Concursal 22/2003** estableciendo la **validez de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado adoptadas por parte de los árbitros en las actuaciones arbitrales**, sin perjuicio de que **el juez competente en la tramitación del concurso pueda acordar la suspensión de las mismas o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación concursal.**

También se modifica el **apartado 1 del art. 52 de la Ley Concursal**, estableciéndose expresamente que **la declaración del concurso no afectará, por si sola, a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, salvo que el órgano jurisdiccional competente entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, en cuyo caso podría acordar la suspensión de sus efectos.**

Con ello se limita la vis atractiva del concurso y se mantiene la validez de los convenios arbitrales y de los pactos de mediación

La reforma se adapta así a las soluciones comunitarias y en particular el Reglamento Europeo (CE) 1346/2000 sobre procedimiento de insolvencia, y elimina y solventa la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52 de la Ley Concursal.

Entre las valoraciones iniciales de esta nueva Ley de Reforma del Arbitraje debemos señalar a la avanzada por algún sector del ámbito arbitral y doctrinal que mantiene que su mayor virtud

es que finalmente reforma poco. Entre esta posición y las de aquellos que suscribirían la lúcida y demoledora frase de Lampedusa (“si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”), existe un término prudente de consenso que se aproxima, si no a la utopía posible, sí a una idea de progreso que a veces parece imposible en estos tiempos de desencuentro.

Es verdad que uno de los grandes méritos de esta Ley es haber resistido los arrebatos lampedusianos y haber seguido un buen criterio para un cierto progreso sostenible: modificar y reformar un poco menos de lo que pareciere preciso pero nunca más, ni mucho más, de lo necesario. La inflación legislativa, literaria, verbal, informativa, económica no ayuda a avanzar: el sueño de la razón engendra monstruos (también jurídicos).

Hemos contemplado varios y buenos ejemplos de esta resistencia y tántrica continencia en la Ley que comentamos, y uno más adicional, que no podemos dejar de citar, ha sido el no innovar, ni tocar, ni suprimir el arbitraje de equidad: dejarlo como está.

En esta línea entendemos que hay que destacar la estupenda labor de quienes han participado en su gestación y el buen trabajo de mediación y arbitraje de la Comisión de Justicia en relación con las siempre complejas demandas y legítimos conflictos planteados por las poliédricas partes de la comunidad arbitral y las soluciones finalmente ofrecidas y recogidas.

Entendemos que las modificaciones de esta nueva Ley de Reforma, que muchas veces parece que se hubieran acometido casi de puntillas y otras mediante soluciones consensuadas con enorme prudencia y paciencia, tienen mucho más calado y transcendencia de lo que pudiera parecer en una primera lectura.

Sobre su transcendencia y eficacia solo el tiempo, el empeño y los medios que se empleen en su desarrollo práctico y ejecución nos permitirán realmente un juicio más riguroso y sin duda más acertado.

Fernando Goñi Etchevers

Goñi & Co Abogados