

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA LEY DE ARBITRAJE**Javier Juste Mencía**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

1. Introducción

La ley 11/2011 de 20 de mayo ha introducido algunas reformas en la ley de arbitraje. Dejando de lado los aspectos internacionales de la regulación, y la previsión de un procedimiento arbitral especial para las controversias jurídicas entre la Administración General del estado y sus organismos públicos (DA Única) las principales novedades guardan relación con la reforma de los órganos judiciales que pueden ser llamados a intervenir en el proceso arbitral. Desde el punto de vista de la materia arbitrable, llama la atención la confirmación definitiva de aquella línea jurisprudencial favorable a la admisión del arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales, acompañada de ciertas reglas que pretenden despejar las dudas surgidas en su aplicación (reserva del arbitraje institucional, mayorías necesarias para la introducción de la cláusula arbitral en los estatutos) Se introducen también algunas novedades relativas al proceso de arbitraje propiamente dicho. Junto con lo anterior, se modifica también la ley concursal, levantando algunas restricciones legales presentes en este sector del ordenamiento.

2. Órganos judiciales relacionados con el proceso arbitral

Una primera reforma se produce en la norma dedicada al apoyo y control judicial del arbitraje (art. 8 LC).

Se atribuye competencia judicial a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia del lugar donde tenga lugar el arbitraje, para el nombramiento judicial de árbitros. Si aquel lugar no está todavía determinado, lo será la del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos lo tiene, la Sala correspondiente al domicilio habitual del actor. Si éste tampoco la tuviera, podrá solicitarlo ante el TSJ de su elección. Conforme a la regulación anterior, el nombramiento correspondía al Juzgado de Primera instancia de los lugares indicados.

Mayor relevancia adquiere el llamamiento del mismo órgano judicial para conocer la acción de anulación del laudo, que hasta ahora era materia reservada a las audiencias provinciales. En un procedimiento carente de segunda instancia, el recurso de anulación –muy restringido en la ley, como resulta conocido– es utilizado con frecuencia por la parte que considera que el contenido del laudo le perjudica. En este campo, el procedimiento se regula más detalladamente y, en la medida de lo posible, se simplifica, al no ser necesaria en todos los casos la celebración de vista.

En ambos casos, la reforma obedece a lo que la exposición de motivos denomina “elevación” de determinadas funciones judiciales. El legislador espera obtener mayor uniformidad en el tratamiento de estas cuestiones. Especialmente, un tratamiento

homogéneo de la mencionada en segundo lugar resulta deseable, por obvias razones de seguridad jurídica.

3. Medidas cautelares y formulación de excepción mediante declinatoria

La solicitud de medidas cautelares se regula en el art. 722 LEC, que hasta ahora exigía de quien las interponía el acreditar ser parte en un proceso, o haber pedido la formalización judicial del arbitraje o haber presentado, en caso del institucional, la solicitud o encargo de acuerdo con el Reglamento de la institución correspondiente.

A los anteriores supuestos se añade ahora el de quien, sin ser parte aún en un concreto procedimiento, lo es de un convenio arbitral, con anterioridad al inicio de las actuaciones del proceso.

De esta manera, la nueva ley otorga a quienes han decidido dirimir sus controversias al margen de los órganos judiciales, las mismas armas teóricas con que contaría quien litiga ante la jurisdicción ordinaria, facilitando el acceso a la justicia cautelar o preventiva (en particular, las medidas cautelares previas a la interposición de la demanda), que podía verse obstaculizada por el mero hecho de haber decidido optar por el arbitraje para la solución de controversias.

La competencia judicial para la adopción de estas medidas no ha variado, y continúa atribuyéndose, conforme al art. 8, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 LEC.

Durante la tramitación del proyecto de ley, se había levantado cierta polémica doctrinal en torno a la sustitución de la declinatoria de arbitraje, para hacer valer la ale-

gación del demandado ante la jurisdicción ordinaria, invocando el sometimiento de las partes a arbitraje, por una excepción de arbitraje de naturaleza especial. La ley definitiva, sin embargo, sigue indicando que el cauce procesal adecuado es el de la declinatoria, que ha de formularse –según señala ahora la ley especial– en los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en el juicio ordinario, o en los posteriores a la citación para la vista, si el procedimiento iniciado es el verbal. En este segundo caso se alarga el término previsto por la LEC para presentar declinatoria con carácter general (cinco días)

4. Arbitraje societario

La doctrina especializada venía demandando, desde fecha muy anterior a la promulgación de la ley de 2003, que la legislación se ocupara del arbitraje societario. Como es conocido, la arbitrabilidad de las controversias societarias ha sido una cuestión muy discutida (no sólo en España), particular aunque no exclusivamente respecto de los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que ciertamente pueden presentar dificultades técnicas de difícil solución. En la actualidad, después de una serie de pronunciamientos del TS y de la DGRN, y de las referencias del RRM a cláusulas arbitrales, no cabe duda sobre la arbitrabilidad de todas estas cuestiones societarias, aunque se mantienen algunas incertidumbres.

La ley introduce dos artículos (11 bis y 11 ter), que por fin disciplinan, aunque parcialmente, esta materia.

La primer norma, de carácter general, aclara que las “sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen”

Esta admisión general zanja la discusión sobre la arbitrabilidad de las controversias societarias. Pero no representa un modelo

de precisión técnica, y supone una invitación a redactar cuidadosamente las cláusulas de sometimiento a arbitraje desde el punto de vista subjetivo (socios, administradores) y objetivo (tipo de controversia). En el tráfico se encuentran modelos suficientemente desarrollados sobre este extremo, no exentos de dudas de interpretación.

En segundo lugar, la nueva LC establece una mayoría reforzada para la introducción de la cláusula arbitral en los estatutos, equivalente al voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social. La fórmula está ideada para resultar compatible con la regulación de las sociedades limitadas (donde la potencia de voto no necesariamente es proporcional al capital social), pero puede aplicarse también a las sociedades anónimas. Esta disposición dulcifica el rigor que la última jurisprudencia había tratado el tema, al haber exigido la unanimidad, aún con argumentos discutibles.

En tercer término, para la impugnación de acuerdos, se permite expresamente que los estatutos sometan la cuestión a arbitraje institucional. Se excluye así la referencia estatutaria a un arbitraje *ad hoc*. La regla permite la acumulación de impugnaciones, y no distingue entre sociedades cotizadas (donde la condición de inversor del accionista ha llevado, en otros ordenamientos, a excluir el arbitraje) y no cotizadas. La impugnación arbitrable es la iniciada por socios o administradores y no, por los límites de eficacia del convenio, aún introducido en los estatutos, por terceros (legitimados que rara vez, ciertamente, inician un procedimiento de esta naturaleza). Hay que suponer que la impugnación de un acuerdo por parte de un tercero, dado el riesgo evidente de resoluciones contradictorias, debería dar lugar al conocimiento exclusivo por parte de la jurisdicción ordinaria.

Por último, se prevé la inscripción del laudo que estime la impugnación de un acuerdo inscribible en el Registro mercantil. Si el acuerdo hubiera sido inscrito, se ordenará la cancelación del asiento, y la de todos los posteriores que resulten contradictorios con él.

5. Novedades en el proceso arbitral: requisitos subjetivos de los árbitros, introducción del recurso de extralimitación del laudo ante el propio tribunal arbitral.

Hasta ahora, y salvo el caso de arbitraje de equidad, los árbitros debían tener la condición de abogados en ejercicio, salvo acuerdo de las partes en contrario.

Con la entrada en vigor de la ley reformada, esta norma se altera en el siguiente sentido:

- a) En los arbitrajes de Derecho, si el árbitro es único, basta con que tenga la condición de "jurista". Término éste que no goza de la necesaria precisión técnica, y que suponemos habrá de identificarse con la condición de licenciado o graduado en Derecho.
- b) En los mismos arbitrajes, si los árbitros son más de tres, se requiere idéntica condición en al menos uno de ellos.

Salvo que las partes lo autoricen, no puede ser árbitro quien haya actuado previamente como mediador entre aquellas respecto del mismo conflicto.

Por cierto, y como se acaba de comprobar, el legislador ha decidido mantener el arbitraje de equidad, cuya pervivencia se puso en duda con ocasión del inicio de la tramitación de la norma que comentamos.

Merece la pena indicar, finalmente, que el laudo emitido fuera de plazo no afecta a la validez del convenio arbitral ni supone

la anulación del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los árbitros. La ley exige, no sólo en relación con este incumplimiento, lógicamente, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, en las cuantías que reglamentariamente se determine.

Dejando de lado otras cuestiones –como la relativa al idioma del arbitraje y el propio de quienes en su seno intervengan– debe ser subrayado la introducción de un nuevo recurso que las partes pueden plantear ante el tribunal arbitral. Hasta ahora, cabía la solicitud de la corrección de errores de cálculo, copia, tipográficos o similares, la aclaración y el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él. Dado que no existe segunda instancia en el arbitraje, se comprende que sea muy frecuente el uso de estos instrumentos por la parte que se crea perjudicada por el contenido del laudo.

Sin alterar el principio de única instancia, se introduce un nuevo recurso ante los árbitros, sometido a los mismos plazos de interposición que los mencionados.

El recurso de “extralimitación del laudo” contiene una pretensión contraria a la de complemento. En éste, se solicita la respuesta arbitral a cuestiones planteadas pero no resueltas. En aquel, se pide la extracción del laudo de decisiones sobre las que el tribunal arbitral se haya extralimitado.

En cierto sentido, el nuevo recurso supone, con mayor intensidad, una re-consideración de la decisión arbitral, puesto que puede llevar, si es admitido, a una alteración de lo decidido, lo que va más allá de la adición de lo no resuelto, como hasta ahora.

6. Arbitraje y concurso de acreedores

La nueva ley de arbitraje modifica la ley concursal en dos aspectos:

- a) Salvo otra decisión del juez del concurso (suspensión o levantamiento cuando puedan perjudicar al concurso), se mantienen las medidas cautelares que se hayan adoptado en un proceso arbitral en curso
- b) Se suprime la declaración automática de ineficacia del convenio arbitral con la declaración de concurso, salvo que el juez entienda que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del procedimiento, por lo que podrá suspender sus efectos. Según indica la exposición de motivos, con ello se mantiene la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, aún teniendo trascendencia patrimonial sobre el deudor, podrían haberse planteado con independencia de la declaración de concurso. La disposición ha de relacionarse con la norma que impone la atracción de competencia a favor del juez del concurso (cfr. art. 8 LC, y art. 50.1 LC sobre el régimen aplicable a los procesos ordinarios. No son escasamente relevantes los ejemplos que muestra la exposición de motivos: acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, cobros de deudas a favor del deudor, reivindicaciones sobre bienes de un tercero en posesión del deudor y los “litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura”.