

COMUNICACIÓ
A L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA
PRESENTADA EL DÍA 10 DE MARÇ DE 2015

**XXV Anys del
TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA***

ELIAS CAMPO VILLEGAS
Acadèmic.
Notari.
Ex Vicepresident del TAB

FRANCESC TUSQUETS TRIAS DE BES
Acadèmic.
Professor titular de Dret Mercantil.
Advocat. Vocal del TAB

- I. La Llei 36/1988, de 5 de desembre, d'Arbitratge i l'Arbitratge institucional.
- II. La creació del TAB.
- III. Primers assumptes i primers àrbitres: problemes i solucions.
- IV. La nova jurisprudència sobre l'arbitratge societari.
- V. La Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'Arbitratge.
- VI. La reforma de la Llei 60/2003 per la Llei 11/2011, de 20 de maig.
- VII. Darreres novetats del TAB.
- VIII. La selecció dels àrbitres pel TAB.

* Aquesta comunicació va ser presentada conjuntament pels acadèmics Elias Campo Villegas i Francesc Tusquets Trias de Bes el dia 10 de març de 2015, i s'ha volgut respectar l'idioma que van utilitzar cadascun d'ells a la seva exposició oral: E. Campo epígrafs I-IV i F. Tusquets epígrafs V-VIII.

XXV Anys del TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

I.- LA LEY 35/1988, DE 5 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL.

La promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988 fue saludada por los sectores proarbitralistas como un triunfo para sus criterios liberales.

En esta Ley se advierte el influjo ejercido por ciertos convenios internacionales a los que España estaba adherida: el “Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, firmado en Nueva York el 10 de junio de 1958 (B.O.E. de 11 de julio de 1975), y el “Convenio europeo sobre arbitraje en comercio exterior”, elaborado en Ginebra el 21 de abril de 1961 (B.O.E. de 11 de octubre de 1975):

1.- Las normas de esta Ley sobre ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros cubrieron la vergüenza de nuestro Derecho positivo, carente hasta entonces de cualquier referencia a dichos laudos y a su posible eficacia en España.

2.- La Ley de 1988 eliminó la dicotomía cláusula compromisoria-compromiso.

Es de vida o muerte en el arbitraje que el pacto arbitral, produzca el doble efecto, positivo de conducir al arbitraje, y el negativo de vedar la intervención judicial.

Un lastre para el arbitraje había sido mantener la distinción cláusula compromisoria-compromiso. Únicamente la escritura de compromiso fundaba la competencia de los árbitros. En definitiva, suscrito un pacto y surgida la contienda, si una de las partes no se avenía a otorgar la escritura notarial de compromiso había que acudir al Juez para que éste condenara a la otra parte a que suscribiera el documento notarial, con la consecuencia de que quien había buscado con el pacto arbitral huir de los Tribunales, tenía que acudir a éstos para poder acceder al arbitraje.

Todavía hubo más. Nuestro sistema dañó las relaciones comerciales internacionales: las cláusulas de arbitraje internacional, calificadas desde la perspectiva de la Ley española de 1953, no eran más que meras cláusulas compromisorias que no reunían los requisitos formales del compromiso. Por esta razón la Jurisprudencia consideró en ocasiones nula tal convención y denegó la ejecución en España de los laudos extranjeros dictados en base a ella. Camino erróneo, pues no podía construirse un orden público procesal internacional extrapolando el sistema formal de la Ley de 1953 al arbitraje internacional, cuyos convenios desde su publicación en el B.O.E., formaban parte de nuestro ordenamiento jurídico, como si de una ley interna se tratara.

Y en este aspecto es de elogiar el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, de fecha 15 de julio de 1981, que inició una clarísima distinción entre el arbitraje interno y el internacional, a efectos de diferenciar la eficacia de la cláusula preliminar de arbitraje, diciendo que “frente al ordenamiento español contenido en la Ley de 22 de diciembre de 1953, que distingue entre el acuerdo preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria y el contrato de compromiso, dando diferente alcance a uno y a otro, el propio ordenamiento español, al haber incorporado el Convenio de Nueva York de 1958, en lo que respecta al arbitraje internacional, es decir, a aquél que afecta a partes procedentes de diferentes Estados, admite la plena eficacia del simple acuerdo de arbitraje, no ya incorporado a un contrato, sino incluso el acuerdo que consta en un simple canje de telegramas. En definitiva, pues, la cláusula de arbitraje tiene plena vigencia e impide a los Tribunales, frente a las alegaciones que al efecto efectúe alguno de los contratantes, decidir sobre el fondo del asunto, y, por tanto, el Juzgado debe inhibirse de su conocimiento”. Afortunadamente, en el mismo año 1981 sendos Autos del Tribunal Supremo rectifican la vieja doctrina (11 de febrero y 8 de octubre de 1981), pudiendo leerse en el último, del que fue ponente el Magistrado De Castro García, que “de entender nucleada en el orden público la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 o aplicable el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedarían aquellos convenios convertidos en letra muerta”.

La Ley de Arbitraje de 1988 terminó con el problema, reconociendo al convenio arbitral, sin requisito de forma alguna, el doble efecto, positivo y negativo, reconciliándonos así con el orden jurídico supranacional.

3.- Además, la Ley de 1988 permitió deferir a un tercero la designación de árbitros (art. 9.2) (antes prohibida) y en particular la previsión de arbitrajes gestionados por entes especializados (art. 10), lo que nos adentró en el complejo mundo del arbitraje institucionalizado del que habían sido protagonistas hasta

entonces únicamente prestigiosos centros expertos extranjeros, y que a partir de la nueva Ley fueron surgiendo en España.

Hasta la Ley de 1988 nuestro comercio internacional había tropezado con la inexistencia de servicios de arbitraje administrados en España, vacío especialmente sensible en las relaciones con el área iberoamericana, que debió suplirse acudiendo a instituciones arbitrales de distinto corte cultural e idiomático.

Al amparo de la nueva Ley surgieron en España los centros arbitrales.

II.- LA CREACIÓN DEL TAB.

1.- Constitución y composición.

En la primavera de 1987 el Ministerio de Justicia elaboró un borrador de Anteproyecto para una Ley de Arbitraje. A instancia de la Junta de Decanos, en el Colegio Notarial de Barcelona se acometió su estudio que desembocó en un amplio informe remitido al Ministerio.

Promulgada la Ley de 5 de diciembre de 1988, y permitidos por ella los centros arbitrales, se decidió la creación de una asociación cuyo objeto consistiera en la gestión de arbitrajes y nombramiento de árbitros. Se pretendió procurar que la Abogacía tuviera el máximo protagonismo y por ello fueron fundadores del nuevo centro arbitral el Colegio de Abogados de Barcelona y la Asociación del Consell de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña. Las otras dos entidades fueron La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona y el Colegio Notarial de Cataluña. A los dos meses de promulgada la Ley, quedó constituida la Asociación Catalana para el Arbitraje. En el seno de esta Asociación existe un órgano técnico, una comisión integrada en su origen, cinco miembros, cuya misión consiste en ejercer de hecho la función propia de la Asociación: administrar los arbitrajes y nombrar árbitros para quienes se hayan sometido a este arbitraje institucional: es el denominado Tribunal Arbitral de Barcelona, cuyo primer Presidente fue nuestro querido y llorado Académico Antonio Escura.

2.- Denominación y ámbito territorial.

La denominación de la Asociación implicó un respeto de tributo para Cataluña; la que corresponde a la comisión técnica, recogió el nombre de

Barcelona por su domicilio social; pero en modo alguno ello implicó acotamiento territorial en el desarrollo de la función arbitral. La sumisión a este centro arbitral, al igual que a otros, puede venir desde cualquier lugar sin límites de países ni fronteras. Nuestra Asociación y Tribunal Arbitral nacieron con vocación internacional. Son frecuentes los convenios arbitrales en que existen conexiones con diferentes legislaciones extranjeras. Los arbitrajes podrán ser tramitados en el lugar que prevea el convenio arbitral o decidan las partes. Sólo a falta de esta previsión el T.A.B. decidirá teniendo en cuenta las circunstancias del tema discutido.

3.- Funciones del T.A.B.

Por razones de tiempo destacaremos dos:

-Una función, que se nos permitirá denominar de tipo JURISDICCIONAL, para decidir sobre su propia competencia, e indirectamente de los Tribunales.

-Otra, de carácter INTEGRADOR del convenio arbitral.

A.- La función tipo jurisdiccional.

La aceptación, o en su caso el rechazo del encargo deferido, constituye una decisión meditada sobre la base de un conocimiento previo de los términos de la litis, que se tendrá con los escritos introductorios de las partes en la fase prearbitral.

El rechazo del encargo arbitral, la adoptará el T.A.B., aparte otros, por los siguientes motivos:

-Por defectos en el convenio arbitral: inexistencia, nulidad o caducidad del mismo.

-En atención a que la relación jurídica discutida no es arbitrable, por no ser de libre disposición, lo que ocasionará la incompetencia del T.A.B.

-O bien porque, puesta en relación la litis con el convenio, aquélla no estuviera comprendida en el marco de éste.

La no aceptación producirá el cierre de la vía arbitral, quedando libres las partes para plantear la cuestión ante los Tribunales ordinarios. De otro lado, la

admisión, en su caso, del encargo no prejuzgará la decisión que pudiera adoptar en su día el árbitro sobre tales extremos, terminando con un laudo puramente formal, sin entrar en el fondo del asunto con absolución en la instancia.

B.- La integración del convenio arbitral.

El T.A.B. debe resolver sobre todos los elementos y requisitos que las partes no hayan previsto en el convenio arbitral y básicamente designar a los árbitros.

C.- El control de calidad de los laudos.

Se ejerce en una doble instancia, anterior y posterior a su emisión:

1.- Antes de protocolizar el laudo, el árbitro debe hacer llegar al Ponente del T.A.B. su proyecto de laudo. No para control de la decisión sustantiva, pero sí para que se cumpla el plazo y además para examinar posibles errores de forma, omisiones, incongruencias, etc. En ocasiones el sistema ha demostrado su utilidad.

2.- Con independencia de ello se estableció el examen de los laudos ya emitidos mediante su análisis por una tercera persona distinta del Ponente, siguiendo un protocolo establecido, y con respeto en todo caso a la decisión sobre el fondo del asunto.

III.- PRIMEROS ASUNTOS Y PRIMEROS ÁRBITROS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES.

El inicio de las funciones del T.A.B. se realizó bajo el auspicio del inmejorable apoyo que tuvo de sus fundadores no sólo económico sino material hasta en su ubicación. Se pudieron realizar publicaciones, actos, reuniones y conferencias con relevantes figuras internacionales del arbitraje. Nuestro centro arbitral pronto fue conocido no sólo en el ámbito interior, sino fuera de él. En los nuevos estatutos de las sociedades mercantiles se hizo frecuente la cláusula de sumisión al T.A.B. Con el tiempo hubo que nombrar árbitros para resolver los litigios surgidos entre quienes habían pactado un convenio arbitral con sumisión al T.A.B. En la búsqueda de juristas se fijó la atención básicamente en la Abogacía, pero pronto se tuvieron en cuenta a Profesores y Catedráticos

universitarios y al mismo tiempo a prestigiosos Magistrados y algún Notario tras su jubilación.

Pero los problemas no podían faltar. La nueva Ley con su sistema arbitral, la falta de doctrina consolidada y las corrientes antiarbitralistas que consideraban el arbitraje como una Justicia de vía estrecha que privaba a los litigantes de su Juez natural sustituido por aficionados, dio lugar a que florecieran criterios jurídicos dispares, de los que algunos de ellos afectaron seriamente al T.A.B.: la no inscripción en el Registro Mercantil de la cláusula estatutaria de sumisión al T.A.B.; y ciertas sentencias de una sección de la Audiencia Provincial anulando laudos dictados por árbitros designados por el T.A.B.

1.- En el Registro Mercantil de Barcelona, excepto uno, todos los Registradores admitían la inscripción de las cláusulas estatutarias de las sociedades mercantiles.

Las calificaciones denegatorias de aquel Registrador se basaban, entre otras, en los siguientes razonamientos:

-Que dicha cláusula sólo podía obligar a quienes la suscribieron pero no a los accionistas posteriores que no la consienten explícitamente, por lo que dicha cláusula, al no afectar a terceros, carecía de eficacia real y por lo tanto no inscribible. Se olvidaba en este razonamiento que los socios fundadores ya prestaron explícitamente su consentimiento en la constitución de la compañía, y que quién adquiere una acción subentra íntegramente en la situación jurídica del accionista anterior, siendo así su sucesor.

-Que la impugnación de los acuerdos sociales no puede someterse a arbitraje por estar regulada por normas imperativas.

-También se denegó la inscripción de la cláusula estatutaria en la que se sometían a arbitraje TODAS las controversias que surgieran, por su vaguedad e imprecisión y por entender que en el TODAS sin excepcionar las no arbitrales, quedaban incluidas además las no arbitrales. Pero esta manera de argumentar es insostenible por contrariar a la voluntad de las partes, porque todo negocio tiene limitada ex lege su eficacia a lo permitido sin necesidad de que lo exprese el texto, porque la norma de hermenéutica del artículo 1284 del Código civil conduce al mismo resultado de salvar la cláusula; y a la misma conclusión se llegaría con la doctrina de la nulidad parcial del negocio jurídico. Si se considera que la cláusula de sumisión arbitral configurada con aquella

amplitud acota no sólo las cuestiones arbitrales sino también a las que no lo son, resulta más conforme con la voluntad de las partes aceptar el principio de conservación del negocio y la conclusión de que lo inválido (sumisión en lo no arbitrable) no puede viciar lo válido (someterse en las cuestiones arbitrales). Siendo la regla *utile per inutile non vitiantur* perfectamente aplicable en nuestro caso.

Aquellas denegaciones de inscripción motivaron que creciera entre los Abogados la decisión de no insertar la cláusula en los estatutos sociales.

Se rechazó aquella mala doctrina en el recurso que interpuso la que fue Decana del Colegio de Abogados de Terrassa, que dio lugar a la importante y trascendental Resolución de la Dirección General de Notarios y Registradores de 19 de febrero de 1998, en la que el Centro Directivo afirmó que “la amplitud del texto de la cláusula estatutaria no ocasiona indeterminación, considerando excesiva la concreción pretendida por el Registrador “pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuales excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas”.

2.- Por otra parte, dos sentencias de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona anularon sendos laudos por considerar nulos los convenios arbitrales que no expresaban la obligación de las partes de cumplir la decisión arbitral (Ss 31.12.1996 y 27.02.1997). Criterio rigorista que no había compartido la Sección 14 en sentencia de 28 de septiembre de 1994, ni tampoco la doctrina científica, prácticamente unánime, entre la que no podemos omitir a nuestro querido académico Ramón Mullerat. En sentencia de 1 de julio de 1999 del Tribunal Supremo, se acoge el criterio contrario antiformalista proclamando que la frase del artículo 5 de la Ley de Arbitraje relativa a “la obligación de cumplir aquella obligación”, no es una frase sacramental, sino una simple redundancia, implícita en la voluntad de las partes y que integra el consentimiento contractual.

La misma Sección 15, en sentencia de 13 de marzo de 1998 anuló otro laudo por considerar no arbitrable, al ser imperativa, la materia relativa a la impugnación de acuerdos sociales. Criterio que se mantuvo a pesar de la reciente Resolución de la D.G.R.M. de 19 de febrero de 1998, que la sentencia expresamente citó y rechazó.

Al año siguiente, la misma Sección 15, en sentencia de 17 de febrero de 1999, anuló otro laudo procedente del T.A.B.; todo ello aún recordando la trascendental sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, de la que luego hablaremos, que, a su entender, no encajaba en las circunstancias debatidas.

3.- Afortunadamente, poco tiempo después, en 2003 (17 de octubre y 9 de diciembre) y en 2005 (10 de abril), la misma Sección 15 nos sorprendió agradablemente con una doctrina progresiva ante arbitrajes fraudulentos, al decretar la no ejecución de laudos firmes, y aún su nulidad de pleno derecho e inexistencia, por estar viciado de fraude el originario convenio arbitral en que dos instituciones arbitrales, carentes de imparcialidad, habían asesorado a una de las partes, designando árbitro. Eran la **“Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad”** y **“Asociación Española de Arbitraje Tecnológico”**.

Fueron Ponentes en estas resoluciones judiciales quienes presidieron a la sazón la Sección 15, y posteriormente enriquecieron esta Academia con su ingreso en ella.

IV.- LA NUEVA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARBITRAJE SOCIETARIO.

Resulta paradójico que la materia societaria fuera al tiempo de publicarse la Ley de Arbitraje de 1988 la más discutida en el ámbito arbitral, cuando precisamente el arbitraje societario contaba con una seria tradición histórica hasta el punto de que el arbitraje forzoso lo hallamos ya en el Código de Comercio de 1829, siguiendo a las Ordenanzas de Bilbao; pero posteriormente esta cuestión dividió a la Jurisprudencia y a la doctrina.

El Tribunal Supremo en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907 admitió la arbitrabilidad de los acuerdos sociales. Sin embargo, a partir de la sentencia de 15 de octubre de 1956, la Jurisprudencia cambió de signo a consecuencia de la influencia de la doctrina encabezada por URÍA al comentar la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en atención a su fuerte imperatividad: (sentencias de 15.10.56, 27.01.68, 21.05.70 y 15.10.71). Criterio que tenía su base en los más amplios principios de que tanto las normas imperativas como el orden público implicaban la no disponibilidad de la materia, cuando ello no es así: la norma imperativa y el orden público no prohíben contratar ni disponer sino lo único que impiden es que sean

infringidos. No se prohíbe pactar el arbitraje ni arbitrar, tan sólo se prohíbe al árbitro que infrinja la norma imperativa.

Donde se centró el problema fue en la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales, amparándose erróneamente la postura negativa en la no disponibilidad del derecho de impugnación. Indisponibilidad que se ha sustentado con argumentos y construcciones jurídicas variadas y enfocadas desde ángulos diversos. Pero la doctrina y jurisprudencia tuvo y tiene otro criterio.

Tal vez la dificultad en admitir la impugnabilidad arbitral de los acuerdos sociales radique en parte en no distinguir entre el derecho de impugnar en abstracto y la facultad de impugnar un determinado acuerdo ya celebrado.

Cuando los socios en la cláusula estatutaria someten a arbitraje el tema de la validez o nulidad de los acuerdos sociales no renuncian a su derecho o facultad de impugnarlos; ni se transige ni se renuncia el derecho o facultad sustantivos de impugnar el acuerdo, tan sólo se dispone de la vía adjetiva procedimental. Ninguna disposición sobre el derecho de impugnación; el convenio arbitral únicamente sustituye el cauce jurisdiccional por la vía arbitral. Ciertamente que para estipular ese convenio se debe tener la disponibilidad del derecho subjetivo en cuestión; pero en nuestro caso es evidente que el socio tiene la disponibilidad del mismo una vez tomado el acuerdo, puesto que le corresponde decidir sobre si impugna el acuerdo o lo ratifica, o sobre si deja transcurrir los breves plazos de caducidad; además esta disponibilidad resulta de la facultad que ostentan los socios de dejar sin efecto el acuerdo o de sustituirlo por otro. Ello no es otra cosa que la mera consecuencia de la naturaleza de los acuerdos sociales en los que campea el dominio de la voluntad de los socios; la esencia de los acuerdos sociales se halla en su carácter negocial. Naturalmente que en toda esta disponibilidad nos estamos refiriendo al derecho de impugnar un concreto acuerdo, en modo alguno al derecho de impugnación en abstracto como derecho básico e intangible del accionista.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 dio un giro total a la jurisprudencia anterior y “estima que en principio, no quedan excluidos del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales”. Doctrina reiterada por la sentencia de 30 de noviembre de 2001, ambas del mismo Ponente, Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz. Jurisprudencia que compartió la misma onda con la nueva doctrina científica.

V.- LA LLEI 60/2003, DE 23 DE DESEMBRE, D'ARBITRATGE.

Com consta a l'Exposició de motius, el criteri inspirador d'aquesta llei és el de basar el règim jurídic espanyol de l'arbitratge en la Llei Model elaborada per la Comissió de les Nacions Unides per el Dret Mercantil Internacional de 21 de juny de 1985 (Llei Model CNUDMI/UNCITRAL).

La pretensió del legislador va ser, sense dubte, afavorir els arbitratges i fomentar a Espanya l'arbitratge internacional, tot facilitant que en convenis arbitral internacionals es pactés Espanya com a seu d'arbitratges.

No crec que, almenys a Catalunya, aquest objectiu s'hagi assolit plenament.

Les principals novetats de la Llei foren, exposades molt breument, les següents:

- El reforçament del criteri antiformalista, al admetre les noves tecnologies en la clàusula arbitral i també en acceptar l'anomenada clàusula arbitral per referència.
- S'estableix amb més precisió que en la llei de 1988 la regla de que són els àrbitres els que gaudeixen de la potestat per decidir la seva competència (*Kompetenz-kompetenz*).
- S'incorpora, i constitueix una de les principals novetats de la llei, la potestat dels àrbitres per adoptar mesures cautelars.
- S'inverteix la regla de preferència, en absència de pacte, en favor de l'arbitratge de dret, que a la llei de 1988 era a favor del d'equitat (art. 34.1). Expressat d'una altra manera, l'arbitratge serà d'equitat només si expressament així ho han pactat les parts. El canvi de criteri s'inspira probablement en la Llei Model UNCITRAL art. 28.3.

Aquesta nova llei va ser, en general, ben rebuda tant per la doctrina com pel món arbitral, i el TAB va adaptar el seu Reglament a la nova normativa.

VI.- LA REFORMA DE LA LLEI 60/2003 PER LA LLEI 11/2011, DE 20 DE MAIG.

Pocs anys després i sense que ho reclamés especialment ni el sector de l'arbitratge ni la doctrina especialitzada, en data 16 de juliol de 2010 el Ministeri de Justícia va aprovar un Projecte de Llei de reforma de la Llei 60/2003.

I una de les principals novetats que introduïa el Projecte era ni més ni menys que la supressió dels arbitratges d'equitat en els arbitratges interns.

Efectivament, el Projecte proposava la següent redacció per l'art. 34.1:

“Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratara de un arbitraje internacional”.

L'Exposició de Motius del Projecte justificava la supressió de l'arbitratge d'equitat en que quedava substituït per la mediació.

D'aquesta forma el Ministeri de Justícia pretenia potenciar la institució més novedosa de la mediació, en detriment de la figura més arrelada en la nostra cultura jurídica de l'equitat.

Aquesta proposta del Projecte va provocar una forta oposició entre les institucions arbitrals, i molt especialment en el TAB, que va treballar amb diversos grups parlamentaris en la presentació d'esmenes.

Finalment es va imposar el seny i es va mantenir l'arbitratge d'equitat.

No vull amagar la satisfacció que vàrem tenir al TAB quan el President de la Comissió de Justícia del Congrés dels Diputats va agrair públicament al TAB la seva tasca i les seves aportacions en la redacció definitiva de la nova llei.

Finalitzat l'iter parlamentari, s'aprovà la Llei 11/2011, de 20 de maig, de reforma de la Llei 60/2003.

Les principals novetats de la reforma són, segons el meu parer, la regulació de l'arbitratge societari, la condició de jurista de l'àrbitre en dret, i les noves competències del TSJ en matèria d'arbitratge.

A) L'arbitratge societari.

La reforma introdueix per primer cop una regulació de caràcter legal i general sobre l'arbitratge societari.

(Tant el RRM arts. 114.2.c) i 175.2.c) introduïts a la reforma del Reglament de 2007 ja ho reconeixien i en un àmbit més específic també ho feia la Llei de Societats Professionals).

El legislador a la rúbrica del precepte (art. 11 bis) utilitza l'expressió "*arbitratge estatutari*", per referir-se a l'arbitratge societari amb una clàusula de submissió a arbitratge inclosa en els estatuts de la societat.

Això no impedeix que puguin existir arbitratges societaris amb clàusules inserides en altres documents, com per exemple els pactes parasocials.

En efecte, l'art. 11 bis conté en l'apartat 1 una declaració de principis: "*Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ella se planteen*".

L'apartat 2 de l'art. 11 bis estableix que la introducció de la clàusula arbitral als estatuts requereix una majoria de dos terços dels vots corresponents a les accions o participacions en que es divideix el capital social.

Per tant, i en aplicació del principi majoritari d'adopció d'acords en les societats de capital, els socis dissidents també quedaran vinculats per l'acord.

Aquest punt ha generat una controvèrsia doctrinal, entre els partidaris de que la inclusió de la clàusula de submissió a arbitratge s'ha d'aprovar per majoria d'acord amb el principi majoritari configurador de les societats de capital; i d'altra banda, als autors que consideren que hauria de ser per unanimitat, en aplicació del consentiment individual propi de l'arbitratge.

El legislador ha seguit el sistema italià i ha optat per una solució intermèdia exigint una majoria reforçada de 2/3 dels vots.

Es clar que si la finalitat de la reforma de la llei és la de fomentar i potenciar l'arbitratge, l'exigència d'unanimitat per introduir la clàusula no era la millor solució.

El principi general ja esmentat de l'art. 11 bis.1 estableix de forma clara i indubitada que tots els conflictes que poden sorgir en el sí d'una societat són arbitrables.

I l'apartat 3 de l'esmentat precepte legal estableix, com a especialitat, que el conflicte consistent en la impugnació dels acords socials necessàriament ha de ser administrat per una institució arbitral, a la qual se li encomana també la designació de l'àrbitre.

És a dir, un cop superades les objeccions doctrinals i jurisprudencials d'impugnar els acords socials per mitjà de procediments arbitrals, després de la famosa (i comentada ja per Elías Campo) STS de 18 d'abril de 1998, el nou art. 11 bis de la Llei d'Arbitratge, després de reconèixer expressament l'arbitrabilitat de tots els conflictes societaris, estableix la regla especial d'arbitratge institucional per la impugnació d'acords socials.

Aquesta és la interpretació dominant d'un precepte no gaire clar.

B) La condició de jurista de l'àrbitre en dret.

Una altra modificació substancial de la Llei 11/2011 és la que estableix la condició de jurista de l'àrbitre en dret.

Efectivament, abans de la reforma, l'art. 15.1 de la Llei exigia que l'àrbitre en dret havia de ser advocat en exercici.

La reforma dóna nova redacció a aquest precepte i requereix que en els arbitratges en dret, quan hi hagi àrbitre únic haurà de tenir la condició de jurista, i quan siguin 3 o més àrbitres, almenys un 'ells haurà de ser jurista.

Val a dir que aquesta modificació va sortir d'una proposta del TAB, en la Junta Directiva del qual hi ha, a més d'advocats, notaris i registradors.

Tot i que en aquesta mateixa Sala (en sessió oberta de l'Acadèmia) un jurista de reconegut prestigi va criticar aquest punt de la reforma per l'ambigüitat del terme "*jurista*", jo intentaré defensar-ho.

Segons el DRAE, la veu jurista té dues accepcions:

"La persona que ejerce una profesión jurídica".

“La persona dedicada al estudio, interpretación y aplicación del derecho”.

I el Diccionari de la Llengua Catalana de l’IEC té també dues accepcions molt semblants.

Si abans s’exigia a l’àrbitre en dret ser advocat en exercici, la reforma obre la porta a que ho puguin ésser també altres professionals del dret.

Ara bé, no n’hi ha prou amb tenir coneixements jurídics, per exemple llicenciatura a grau de Dret; s’exigeix un plus consistent en el desenvolupament d’una activitat en la qual s’hagin d’aplicar coneixements jurídics.

Expressat d’una altra manera, no és suficient la situació estàtica de tenir coneixements jurídics, es requereix una aplicació dinàmica que els coneixements s’exerciten en l’aplicació del dret.

No hi ha dubte que són professions jurídiques, en el sentit que ara ens ocupa, la d’advocat, procurador, notari i registrador.

Per contra, tot i gaudir de la condició de professió jurídica, no poden ser àrbitres en dret els jutges, fiscals i secretaris judicials perquè els hi ho impedeix la seva normativa específica.

També podran ser àrbitres en dret, en aplicació de la segona accepció del DRAE (*persona dedicada al estudio, interpretación y aplicación del derecho*) i del Diccionari del IEC “*tractadista del dret*”, els professors universitaris de disciplines jurídiques.

I en aquesta Sala no puc deixar de pensar que un dels juristes catalans més importants del segle XX, l’acadèmic Puig Brutau, era advocat sense exercici i estudiós del dret però format fora de les càtedres universitàries.

I al TAB podem constatar que hi ha notaris, registradors i professors que són magnífics àrbitres que han dictat laudes impecables.

C) Les noves competències del TSJ en matèria d’arbitratge.

La reforma de la llei afectà també als Tribunals competents per a les funcions de suport i control de l’arbitratge, encomanant als TSJ (Sales Civil i Penal) funcions que fins aleshores corresponien bé al Jutjat de 1era. Instància o bé a les Audiències Provincials.

L'Exposició de Motius de la Llei 11/2011 es refereix a "*la elevación*" de determinades funcions, que la doctrina ha considerat coherent amb la pretensió de la nova llei de potenciar l'arbitratge i afavorir els arbitratges internacionals.

En concret les noves funcions que s'atribueixen als TSJ són:

- El nomenament i la remoció dels àrbitres (competències que fins llavors tenien atribuïdes els jutjats de 1era. Instància de la seu del arbitratge).
- L'acció d'anul·lació judicial dels laudes (competència que tenien abans les Audiències Provincials).
- L'Exequatur de laudes arbitrals estrangers.

(Per aprofundir en aquesta matèria, podem veure el treball de M^a Eugènia Alegret: "*Las nuevas competencias del Tribunal Superior de Justicia en materia de arbitraje*" en *El arbitraje, nueva regulación y pràctica arbitral*, Tirant lo Blanc, València, 2013.

VII.- DARRERES NOVETATS DEL TAB.

- El TAB ha aprovat i posat en funcionament un procediment abreujat (*Fast-Track*), per assumptes de quantia no superior a 30.000 euros, amb una durada total que no podrà excedir de 60 dies i una bonificació en el cost d'aproximadament el 30%.

S'han tramitat ja i amb èxit alguns procediments abreujats.

- El TAB també ha aprovat, afegint-se en aquest sentit a la tendència seguida per altres institucions arbitrals internacionals de gran prestigi, el Reglament de l'àrbitre d'emergència per a l'adopció de mesures cautelars urgents abans de la constitució del Tribunal Arbitral (o sigui l'àrbitre del procediment).

- Molt recentment el TAB ha aprovat un Reglament per dur a terme també conciliacions i properament també ho farà amb la mediació.

D'aquesta manera, l'Associació Catalana per a l'Arbitratge administrerà arbitratges, conciliacions i mediacions, que són el tres més importants sistemes alternatius de solució de conflictes. (ADR).

– Per contra, el TAB ha decidit no introduir per ara, com sí ho han fet altres institucions arbitrals, una mena de recurs d'apel·lació o segona instància.

Com és ben sabut, els laudes arbitrals produeixen els efectes de cosa jutjada, i contra ells només es possible exercitar l'acció d'anul·lació per les causes determinades establertes a l'art. 41 de la Llei d'arbitratge, però en cap cas és possible una revisió *in integrum* del procediment.

Un dels principals avantatges de l'arbitratge és precisament la celeritat. Per aquesta raó no hi ha una segona instància.

Ara bé, algunes institucions arbitrals han introduït en els últims anys als seus Reglaments, un procediment d'apel·lació davant un àrbitre designat per la pròpia institució, quan les parts així ho han acordat, amb uns tràmits molt senzills i durada molt curta.

Que hi hagi un pacte previ entre les parts, que l'apel·lació es tramiti dins la pròpia institució i que no afecti a la celeritat del sistema, són els tres requisits que demanen els qui defensen la segona instància arbitral.

És, per exemple, el cas de la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE (CIMA), la CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE i el TRIBUNAL ARBITRAL DEL ICAV.

Tot i això, per les informacions de que disposem, no sembla que aquest procediment d'apel·lació hagi tingut gaire èxit.

VIII.- LA SELECCIÓ DELS ÀRBITRES PEL TAB.

La selecció del àrbitres és, segons el meu criteri, una de les més importants qüestions de l'arbitratge.

El que és fonamental per què un arbitratge surti bé és que hi hagi un bon àrbitre.

En aquest sentit el TAB disposa d'un ampli llistat d'àrbitres que han d'acreditar 15 anys d'experiència professional i coneixements específics en algunes de les especialitats reconegudes pel TAB.

Per exemple, en l'àmbit mercantil hi figuren com a especialitats: dret societari, fusions i adquisicions, bancari, mercat de valors, propietat industrial, transport, dret marítim, assegurances, contractes de distribució, etc...

Doncs bé, a manca d'acord entre les parts, el TAB tria per cada procediment l'àrbitre especialitzar que consideri més adient, ateses les circumstàncies que hi concorren.

I en aquest sentit el TAB es diferencia d'altres institucions arbitrals que per designar l'àrbitre segueixen un ordre estricte o fins i tot procedeixen a insacular àrbitres.

S'ha de tenir en compte que l'especialitat de l'àrbitre és un dels avantatges de l'arbitratge.

En aquests anys s'han tramitat gairebé 2.000 procediments arbitrals, amb una quantia mitja d'aproximadament 300.000 euros.

Les matèries que més freqüentment han estat objecte d'arbitratge han estat els problemes d'execució d'obres i qüestions societàries, però durant els anys 2010/2013 varen ser *swaps* i altres productes financers.

Un percentatge molt alt dels laudes s'han complert voluntàriament i només 10 en tota la història del TAB han estat anul·lats per l'Audiència Provincial o pel TSJ de Catalunya.

I no voldria finalitzar la meua intervenció sense recordar al nostre company Antoni Escura que fou President del TAB en els onze primers anys de la Institució.