

Recibido: 29 mayo 2018
Aceptado: 1 junio 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 17-53

Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)

Silvia BARONA VILAR *

“Si dejamos morir lo gratuito, si escuchamos únicamente el mortífero canto de sirenas que nos impele a perseguir el beneficio, sólo seremos capaces de producir una colectividad enferma y sin memoria que, extraviada, acabará por perder sentido de sí misma y de la vida”
(Nucio Ordine).

Sumario: I. Globalización y su incidencia en el arbitraje. 1. Multiplicación de las modalidades arbitrales. La profusa sectorialización del arbitraje y la aparición de nuevos protagonistas. 2. Incremento del número de árbitros. 3. Reformas de los reglamentos de las instituciones arbitrales en busca de la celeridad. II. A la búsqueda de la eficiencia en el arbitraje. 1. Justificación. 2. De la sublimación de la eficiencia a una irrefrenable búsqueda de la celeridad: A) Un primer punto de partida: Guías y directrices para una mayor eficiencia en el arbitraje; B) Medidas que garanticen la eficiencia en el arbitraje III. Celeridad en el arbitraje, instrumento de la eficiencia. 1. La incorporación de los procedimientos abreviados (*fast-track*). 2. Los árbitros de urgencia: A) Incidencia de la actividad de la CNUDMI en la tutela cautelar arbitral; B) Tutela cautelar arbitral *ante causam*. La figura del árbitro de urgencia. IV. Eficiencia y Cuarta Revolución Industrial (4.0.). V. Conclusión. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho Procesal, Universitat València, Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación CámaraValencia, y Directora Grupo de Investigación MedArb–Valencia. Se realiza este trabajo en el marco del Proyecto de investigación DER 2016–74945–R (Ministerio), del que es IP.

Resumen: Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)

La globalización ha supuesto una transformación en el ámbito económico, generando un cambio de calidad y de cantidad en el tráfico económico, pero también en la posible conflictividad que puede provocarse. Esta situación ha incidido en el crecimiento de arbitrajes, apareciendo e impulsándose arbitrajes sectoriales, con protagonistas nuevos, con participación incluso del Estado en algunos arbitrajes. Todo ello ha favorecido cambios en las legislaciones nacionales arbitrales, en los reglamentos de las instituciones arbitrales, y en el *modus operandi* de operadores sociales, económicos y jurídicos. Eficiencia y celeridad se presentan como dos valores que inspiran estos cambios, surgiendo procedimientos abreviados que se tornan preferentes sobre el ordinario arbitral y adquiriendo un protagonismo los árbitros de urgencia. Ahora bien, los cambios continúan, crecen y vienen inspirados por la aparición de la inteligencia artificial, que está transformando no solo la visión del mundo y su gestión, sino también la resolución de conflictos. Un camino hacia la robotización arbitral parece haberse iniciado y se muestra imparable.

Palabras claves: EFICIENCIA ARBITRAL — CELERIDAD - PROCEDIMIENTO ABREVIADOS ARBITRALES - INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Abstract: Maximization of efficiency and search for celerity in arbitration: between myth, sublimation and the fourth industrial revolution (4.0.)

Globalization has led to relevant economic changes. It has also influenced, both in amount and quality, economic and commercial relationships, also favoring an increase in the number of commercial disputes. All these factors have directly led to the expansion of arbitration as one the typical mechanisms used to solve international commercial disputes. As well as has fostered important changes in some of its main features: new arbitration legislation has been developed, new institutions have been created and their regulations reformed, new protagonists –including in some cases the State- are nowadays involved and the modus operandi of arbitration, of the arbitration community and stakeholders has also varied. All these changes have led to a certain feeling of change, even of crisis. Efficiency and celerity are two principles/goals that underline some of these changes undergone by arbitration. They are projected in the growing recourse to summary proceedings that, in some cases, become the general rule, and the generalization of emergency arbitrators. Changes in the field of arbitration remain and will probably increase in the near future. Also the reality of artificial intelligence has a role to play in the area of dispute resolution and, in relation to arbitration, too. A path towards the use of robots and AI in the field of arbitration seems to have started and the future will state whether, or not, it becomes unstoppable.

Keywords: ARBITRAL EFFICIENCY — CELERITY - PROCEDURAL ABBREVIATION- ARTIFICIAL INTELLIGENCE.

I. Globalización y su incidencia en el arbitraje

Las últimas décadas del Siglo XX y los años transcurridos en el Siglo XXI han ido conformando una nueva era; una etapa resultado de la consolidación agresiva del capitalismo, de los avances tecnológicos y de la necesidad de expansión del flujo comercial mundial. Esa nueva etapa es la era de la globalización.

La globalización no es un fenómeno estanco, que surge sin justificación y que tiene unos efectos en un área y momento determinado, sino que es consecuencia de un pasado en el que se fue gestando, con dimensiones individuales y sociales que no encuentran parangón en un momento anterior de la historia de la humanidad, y que permiten dar respuestas a un escenario presente. No es un fenómeno económico solo, sino que, aun nucleado sobre la economía, insufla la vida de las personas, los medios, la sociedad, los valores, la política y también el Derecho. Un nuevo modelo que ha reubicado a los protagonistas, incluido el propio Estado, quien asume un rol residual y minimalista en el marco de las políticas económicas y también jurídicas, siendo absorbida su capacidad decisora en muchos casos por políticas supranacionales e internacionales, que presentan un mundo cambiado y cambiante. Ese mundo es resultado indiscutible de la globalización, vista ésta como un conjunto multidimensional de procesos sociales que crea, multiplica, despliega e intensifica intercambios e interdependencias sociales en el nivel mundial, a la vez que crea en las personas una conciencia de conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante¹.

Insistimos, la globalización no solo ha sido un fenómeno económico, sino también jurídico; hemos asistido a una interpretación y a un comportamiento economicista, colado en la hoja de ruta de los políticos, y se ha instalado en las decisiones de política legislativa, inspirando comportamientos de los operadores jurídicos. En ciertos ámbitos, especialmente referidos al sector económico y privado, la globalización jurídica ha favorecido los flujos económicos, las inversiones, las relaciones jurídico-económicas comerciales y de consumo, ha generado una suerte de parámetros jurídicos globales que han venido a favorecer la aparición de las *soft law*, con una enorme aceptación en la mayor parte de los países. Nuevos protagonistas emergen en ese mundo del Derecho económico, en el que el mercado, y por ende las

¹ M.B. Steger, *Globalization: A very Short Introduction*, Oxford University Press, 2003, p. 13.

grandes compañías internacionales, los lobbies económicos y los holdings financieros y bancarios ponen de relieve que en el Derecho y en la Justicia en general la economía ha engullido a la política (Estado). Todo ello unido a una evolutiva interconexión global debido esencialmente a los avances de las telecomunicaciones y a las innovaciones informáticas, que han asumido un rol esencial en la construcción de un nuevo mundo globalizado y un nuevo pensamiento. Aparece una frenética actividad económica que ha propiciado una transformación no solo de las relaciones jurídico-económicas, sino también de sus actores, públicos y privados, y de la manera en que aquellas relaciones se vienen materializando.

A partir de aquí, en la parte del Derecho que se refiere a la regulación de las relaciones económico-financieras, hemos asistido, y aun lo estamos haciendo, a una profusa transformación integral de los sistemas jurídicos, que han venido integrándose en un proceso de armonización jurídica global, que arrastra una pérdida, en ciertos casos, de su propia identidad, amén de generar un re-pensamiento de los principios y fundamentos dogmáticos que permitieron en su momento conformar su propio Derecho y su propia visión de la Justicia. Y es en esa visión nueva de la Justicia donde debemos situar el arbitraje – porque es una pieza más de la misma-, una institución con una larga historia jurídica, empero con una profusa proyección práctica en las últimas décadas, fruto de ese imparable activo que ha sido la economía en el mundo global, una economía que inspira, decide, maneja y envuelve no solo al sector empresarial, al comercio, sino que abriga las actuaciones del Estado.

1. Multiplicación de las modalidades arbitrales. La profusa sectorialización del arbitraje y la aparición de nuevos protagonistas

Si la institución arbitral en sus orígenes nació mono-sistema, existiendo una única forma de arbitraje, la compleja evolución de la sociedad y los efectos desencadenantes de la globalización han venido a beneficiar la sectorialización del arbitraje; una sectorialización que ha acompañado la complejidad de las relaciones jurídicas, la diversidad de sus protagonistas y la interesante presentación en el marco de la solución de los conflictos del arbitraje como verdadera alternativa a los tribunales de justicia y al proceso judicial.

Es por ello que hablar de arbitraje en la actualidad implica hablar de variadas modalidades de arbitraje, siendo que en unos casos es la autonomía de la voluntad la que va a mover el modelo arbitral, como

sucede con el arbitraje privado o arbitraje comercial, empero en otro, la participación estatal supera esa visión que ha acompañado al arbitraje a lo largo de los siglos, para presentar un modelo arbitral diverso, fruto de la profusa actividad inversora que lleva a los mismos Estados a auto-restringirse, a limitarse y a ceder su poder judicial en aras de su compromiso adquirido en un tratado de inversiones, en virtud del cual el Estado que recibe las inversiones extranjeras se compromete a someterse a esta modalidad arbitral si el inversor demanda al Estado receptor por el incumplimiento de los compromisos adquiridos.

Es un escenario en el que se ofrece un entrópico movimiento browniano que parece favorecer en unos casos, y difuminar en otros, el arbitraje. De ahí que asistamos a varios fenómenos:

i) Por un lado, ese pensamiento económico que inspira las relaciones jurídicas actuales, que las reinterpreta, que las rediseña, ha favorecido, siquiera sea por razones economicistas, una impronta del arbitraje doméstico sectorial en el escenario jurídico de numerosos países. Baste pensar en el arbitraje de consumo, arbitraje en materia de propiedad industrial e intelectual, arbitraje en materia de arrendamientos, arbitraje en materia de transportes, etc., que han venido a generar una cierta cultura arbitral en el sector, incorporando en el marco de las relaciones jurídicas gestadas en el mismo el acceso al arbitraje como cauce más apropiado de resolución de estos conflictos.

Esta sectorialización del arbitraje es fruto de un pensamiento global que ha favorecido la multiplicación de las normas, la sectorialización del ordenamiento, la especialización. Esa frenética actividad legislativa ha incorporado una suerte de tráfico económico más activo, más energético, más intenso y también más complejo. En estas relaciones jurídicas se hace palmaria una realidad: a más relaciones, más posibilidades de conflictos y diferencias. Los modelos arbitrales sectoriales favorecen una vía más adecuada, adaptada y amoldada a estas nuevas realidades. Soluciones adecuadas que buscan garantía y eficiencia para quienes se hallan inmersos en ellas.

ii) Por otro, es indudable que hemos asistido a un impulso del comercio internacional y con él, del *cross-border arbitration*. Los centros de arbitraje más conocidos en el panorama internacional han venido adaptando sus reglamentos para favorecer un mayor acercamiento empresarial al sistema arbitral; todo y que a ello se ha unido la aparición de nuevos centros de arbitraje que han lanzado campañas

agresivas de atracción de arbitrajes internacionales que en épocas anteriores venían conociéndose exclusivamente por los más afamados centros de arbitraje.

En consecuencia, una clara atomización de centros de arbitraje ha jugado en un doble sentido: por un lado, en la descentralización de los arbitrajes internacionales en unas pocas y renombradas cortes, apareciendo nuevas y competitivas instituciones arbitrales que van paulatinamente asumiendo un rol en los arbitrajes y, por otro, en la expansión del modelo arbitral a áreas que anteriormente no resultaban favorables al arbitraje.

iii) Todo ello sin olvidar la presencia, sin parangón hasta el momento, del arbitraje en materia de inversiones; un sistema arbitral diseñado en el Convenio de Washington e incorporado a un entramado de Convenios bilaterales y multilaterales, si bien permaneció durante décadas durmiente. El apogeo de las inversiones extranjeras fruto de la globalización y de la activación del mercado vino acompañado, paralelamente, de diferencias y disputas, que activaron enormemente este arbitraje en materia de inversiones. Ahora bien, las críticas que ha venido generando, así como las negativas consecuencias que ha tenido en algunos países, han motivado una contaminación del arbitraje comercial internacional por parte de aquél, o si se quiere, una creciente desconfianza hacia los arbitrajes de inversiones en algunos lugares del planeta, especialmente en Iberoamérica, todo y que la influencia no solo se presenta desde una mirada negativa, sino que debe presentarse desde una visión polimorfa, positiva y negativamente hablando.

Por un lado, las negativas experiencias padecidas por algunos países en el ámbito del arbitraje de inversiones han favorecido una contaminación del arbitraje comercial internacional por parte de éste, extendiéndose a ambos la desconfianza en algunos lugares del planeta; desconfianza que se extiende no solo al modelo, sino también a los protagonistas, alcanzando ámbitos hasta el momento impensables como las querellas por responsabilidad penal que se han presentado a algunos árbitros. Y no se sabe si como causa o como efecto, en el marco de la crítica creciente a la legitimidad del arbitraje de inversiones hemos asistido a una búsqueda de un nuevo modelo institucional de arbitraje de inversiones. En tal sentido parece inclinarse la Unión Europea, dado que desde la Comisión Europea se viene proponiendo un sistema de arbitraje de protección de inversiones con tribunales

permanentes, lo que supondría una transformación drástica en la concepción de este modelo.

Por otro lado, cierto es que también como causa o como efecto el arbitraje de inversiones ha favorecido más arbitraje comercial internacional y ha llevado a éste, e incluso se han hecho sentir en algunos arbitrajes domésticos, nuevas realidades como el *Third-party funding*², o la extensión de los convenios arbitrales a terceros (*amicus curiae*), entre otros. Nuevos protagonistas, nuevos retos.

2. Incremento del número de árbitros

Y un efecto-consecuencia de todo lo anterior ha sido la proliferación de árbitros. Si durante siglos el arbitraje importaba poco a operadores jurídicos y económicos, cierto es que esta realidad ha cambiado. La multiplicación de centros de arbitraje ha generado una población arbitral mayor. Un número de árbitros que viene exponencialmente creciendo, consecuencia de la cada vez mayor presencia de un modelo arbitral que en ciertos casos solo se vive como negocio.

No podemos sino considerar que el arbitraje, que es o puede ser negocio, no puede presentarse en sociedad como un mero activo financiero. Puede serlo, pero sería reduccionista verlo así solo. El arbitraje es mucho más que eso, y puede actuar de enorme catalizador de la reducción de la conflictividad, de soporte a las posibles negociaciones o acuerdos que entre abogados o con ayuda de terceros (mediadores) pueda complementar la enorme tarea a la que se enfrentan los árbitros, y hasta reequilibrar el peso que en las sociedades occidentales se vino asumiendo por el Poder Judicial en relación con la profusa expansión de la conflictividad.

La dignísima función arbitral vista tan solo desde parámetros de negocio está mostrando una serie de consecuencias negativas en la realidad actual: por un lado, la proliferación de acciones de anulación y, peor, la estimación de muchas de ellas justificadas en la concurrencia de algunos de los motivos de anulación, lo que supone un verdadero fracaso para el arbitraje, siquiera lo sea desde el punto de vista del

² Un sistema que permite que quienes no cuentan con recursos necesarios para afrontar los costos iniciales de un arbitraje puedan seguir por este medio, aun cuando puede presentar un efecto negativo, consistente en favorecer el incremento de la litigiosidad, alimentando en ciertos casos pretensiones infundadas y pudiendo convertir el arbitraje en una suerte de mercadeo de terceros alterando el significado de acceso al arbitraje como vía de solución de conflictos. Un análisis de las ventajas e inconvenientes de esta financiación por terceros puede verse en R.J. Caivano, "Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global", *Revista Argentina de Arbitraje*, n° 2, mayo 2018.

renombre de la institución; por otro, el aumento exponencial de número de recusaciones y, lo que es más preocupante, de su estimación.

Estas, entre otras, realidades están influenciando en las instituciones arbitrales y han favorecido la aprobación de Códigos de buenas prácticas, referidos a los árbitros, a las instituciones arbitrales y a los abogados de los procesos arbitrales, como una necesidad de mostrar una ética en el comportamiento de quienes hacen posible el sistema arbitral.

3. Reformas de los reglamentos de las instituciones arbitrales en busca de la celeridad

La profusa actividad reformadora de los reglamentos de los centros arbitrales en los últimos lustros ha mostrado un interés exponencial por limitar, restringir y abreviar los procedimientos arbitrales, incorporando la posología de la celeridad como tratamiento más adecuado para reforzar los arbitrajes, en unos casos, o bien para ofrecer un modelo procedimental inspirado en el gran disvalor de la sociedad global: la eficiencia.

Las reformas han venido acompañadas de una batería de medidas con un objetivo finalista: incorporar los procedimientos abreviados en los arbitrajes administrados por los centros o instituciones arbitrales, y favorecer políticas de urgencia en ciertos supuestos, especialmente favoreciéndose las figuras de los árbitros de urgencia para adoptar medidas cautelares *ante causam*.

Estas modificaciones son el fruto de la armonización de los sistemas jurídicos, motivada en gran medida por las decisiones adoptadas en el mundo global (el más favorecido) tendentes a garantizar, por un lado, el flujo económico y, por otro, la seguridad jurídica para favorecerlo. La actividad económica fluye y lo hace con mayor intensidad si se dan las coordenadas de seguridad jurídica que la impulsen, siendo una de esas coordenadas la que permite establecer la vía más adecuada para resolver las contiendas derivadas de esas relaciones económicas. En ese contexto emerge con fuerza el arbitraje, porque permite presentarse como el medio más armónicamente conformado en las legislaciones del planeta, otorgando una suerte de credibilidad mayor, más seguridad, a la actividad, relación o inversión que se realice. Es por ello que armonizar las normas arbitrales e incorporar cuantas medidas ofrezcan una presencia eficiente del sistema arbitral es una preocupación latente en los últimos tiempos.

II. A la búsqueda de la eficiencia en el arbitraje

Es incuestionable que vivimos una nueva era, diseñada desde la globalización como movimiento e impregnada de una visión economicista que presenta una palmaria sublimación de la eficiencia como eje sobre el que el mundo se mueve. Todo se mide desde parámetros económicos de eficacia y eficiencia, criterios desde los que se ha venido construyendo no solo la sociedad actual, sino también el *modus operandi* de la misma, en todas las facetas imaginables, alcanzando igualmente al pensamiento jurídico y, por ende, a la Justicia y a cuantos caminos conducen a alcanzarla.

En las últimas décadas hemos venido asistiendo a una reforma de las legislaciones procesales nacionales, tendentes a favorecer los procedimientos abreviados, a restringir trámites, a limitar plazos, a favorecer la celeridad en el procedimiento. Unas reformas que han sido debidamente alentadas y aplaudidas en el seno de la Unión Europea, para favorecer modelos procesales más eficientes. Y paralelamente, en sede arbitral hemos asistido a una búsqueda de la eficiencia, que ha tratado de favorecer la abreviación procedimental, la reducción de plazos o su concentración, la minimización de algunas actuaciones, la limitación de medios de prueba, la restricción o limitación de recursos, y un largo etcétera que han encontrado un perfecto acomodo en esa nueva tendencia reformista de los reglamentos institucionales.

1. Justificación

En esta tendencia de búsqueda proustiana desesperada de la eficiencia en el arbitraje han incidido numerosos factores, exógenos y endógenos a la institución arbitral, si bien los resultados alcanzados no han ido caminando por igual, e incluso ni tan siquiera la incorporación de nuevas normas supuso, siquiera inicialmente, el efecto pretendido en todos los supuestos. Se quiere más arbitrajes y se entiende que una de las políticas posibles para favorecer el arbitraje es incorporar los medios para que los procedimientos se simplifiquen, sean más breves y se resuelvan con celeridad y a menor coste.

Las reformas se han ido multiplicando, alterando los criterios de determinación del procedimiento adecuado, favoreciendo la abreviación y celeridad, y desde ellas, inspirando un modelo arbitral que está cambiando, transformándose, asimilando una manera de actuar em-

presarial, lo que, si bien puede presentarse como beneficioso para determinados arbitrajes, puede *sensu contrario* propiciar la muerte de otros.

En suma, hay que ubicar esta profusa búsqueda desesperada por la eficiencia, hasta su sublimación, en la globalización, como movimiento social, económico, político, científico, cultural, sociológico y jurídico, la mutación del mundo, la transformación del paisaje del Siglo XXI, de lo tangible y de lo intangible, de las estructuras, de los protagonistas y de los sistemas jurídicos mismos. Y es en esa ráfaga de globalización donde emerge con fuerza una institución como el arbitraje, aletargada a lo largo de los siglos, pero permanente en los ordenamientos, una institución que ofrece lo que la justicia estatal no alcanza o lo alcanza tarde o mal, y que permite una permeabilidad y moldeabilidad que la justicia estática, analógica y nacional no permite. ¿Es mejor o peor? ¿Es bondad o perversión? Nada es malo ni bueno hasta que se experimenta.

Ha sido especialmente en las últimas décadas cuando ha comenzado a surgir en algunos países europeos, con cierta intensidad, ese ávido interés por buscar la celeridad y la eficiencia, inspirados, muy probablemente, en la aparición y posterior desarrollo del denominado "Análisis Económico del Derecho" que, si bien se centró inicialmente en ámbitos jurídicos referidos a los monopolios y a la regulación de los servicios públicos, poco a poco fueron apareciendo textos "sobre los aspectos económicos del Derecho Contractual y se empezó a distinguir a grandes rasgos un camino de estudio más maduro del Derecho Procesal Civil y Penal, la propiedad, la protección del consumidor y otras áreas nuevas para los economistas"³. Ciertamente fue forjándose de la mano de los economistas ingleses y americanos⁴, si bien, en la actualidad su expansión ha alcanzado muchos países europeos y ha hecho ya su aparición en las concepciones legislativas de la América Latina. El punto esencial que podría interesar en estos momentos en relación con el Análisis Económico del Derecho es el interés por delimitar cuales son las "consecuencias no deseadas o no deseables" respecto de la eficiencia económica o la distribución del ingreso y la riqueza. Y, obviamente, todo ello con una incidencia en la explicación y análisis del comportamiento de quienes actúan en el campo del Dere-

³ R.A. Posner, "Valores y consecuencias: una introducción al Análisis Económico del Derecho", *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago*, UPC, Lima, noviembre, 2002, pp. 267–268.

⁴ A.T. Kronman, "The Second Driker Forum for Excellence in the Law", *Wayne L. Rev.*, vol. 42, 1965, pp. 115, 160.

cho y de las personas que son reguladas en este⁵. Lógicamente esta visión tiene una enorme proyección en el mundo del arbitraje, campo en el que encuentra un estupendo caldo de cultivo para su expansión en sectores económicos especialmente potentes.

Lo que sí es indudable es que se presenta el arbitraje como una pieza más de una sociedad global, una sociedad que se diseñó bajo los postulados de la Escuela de Chicago, para alcanzar la dinamización económica, con un mercado internacional abierto, sin obstáculos, o con los mínimos, desde el que se favoreciera la comercialización nacional e internacional y, sobre todo, activara el consumo⁶. De ahí que el eje de este pensamiento era la no intervención del Estado en la economía, un Estado con una pírrica fuerza que cede ante el dominio del mercado y ante las instancias supranacionales e internacionales que han ido poco a poco mermando su capacidad decisoria. Ciertamente es que en los orígenes del neoliberalismo la intervención de un Estado fuerte era una realidad, al entender que las nuevas políticas económicas solo eran posible consolidarlas desde el Estado, o dicho de otro modo el Estado sigue siendo pieza central para alcanzar los objetivos de la globalización. Si bien algunos negaron al Estado, la mayoría vino sosteniendo su presencia, convertido eso sí en residual⁷ o en un Estado atópico⁸.

Los vaivenes en torno al papel que el Estado debía asumir en el marco de la economía marcarán la evolución de este pensamiento y arrojarán numerosas discusiones que darán lugar a corrientes de pensamiento neoliberal diversos. En ese entorno se hace visible el arbitraje, tímidamente en las primeras décadas del Siglo XX, pero que ha ido adquiriendo una impronta en algunos sectores, favoreciendo el trasvase de lo público a lo privado, extrapolando la conflictividad económico-empresarial de los tribunales de justicia a los árbitros.

⁵ R. A. Posner, *op. cit.*, pp. 268–269.

⁶ R. Plant, "Friedrich August von Hayek: Der (neo-)liberale Staat und das Ideal des Rechtsstaats", *Staatsverständnisse* (Th. Biebricher, ed.), Baden–Baden, Nomos, 2016, pp. 75–98.

⁷ Th. Biebricher, "Neoliberalismus und Staat—ziemlich beste Feinde", *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9.

⁸ Sobre el concepto de "atopia" aplicado a la consideración de sociedad atópica puede verse H. Wilke, *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft* (2000), quien construye el concepto desde su consideración de la "deconstrucción de la utopía", pp. 7–62. El sentido y significado de Estado atópico a nuestro parecer puede casar muy bien con lo expuesto sobre el Estado minimizado, residual pero Estado a la postre que no desaparece pero que queda claramente "deubicado" o "deslocalizado" (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia*.

Ello no significa un desentendimiento por parte de los Estados de la institución y de su funcionamiento. Antes al contrario, el Estado regula el sistema arbitral o los plurales modelos arbitrales, determina la primacía de la autonomía de la voluntad en el arbitraje en aquello que no es incontrolable por las partes, pero establece el juego de la complicidad entre árbitros y jueces o si se quiere entre el arbitraje y la jurisdicción, permitiendo la colaboración de los jueces en el arbitraje en unos casos (nombramiento de árbitros, auxilio probatorio, medidas cautelares), y la exigencia de intervención judicial en otros (anulación, ejecución del laudo, reconocimiento y ejecución). Probablemente en este modelo colaborativo que se ha ido gestando en la sociedad global hay mucha influencia del pensamiento ordoliberal alemán y de Walter Eucken⁹, que vino a asumir la necesidad del principio de subsidiariedad del Estado, o lo que es lo mismo, la participación del Estado como válvula necesaria para el despegue y evolución de la economía. Esa cooperación es la que encontramos también en las leyes de arbitraje.

En las últimas décadas el Estado, allende la conformación de la legislación arbitral, ha transformado su *modus operandi*. En muchos ámbitos de su intervención se viene acercando por imperativo externo a muchos casos a la empresa privada, o lo que es lo mismo, viene en busca de una clara maximización y optimización de beneficios¹⁰, y lo hace mediante su propio apartamiento de la toma de decisiones en la regulación del mercado, y en el comercio exterior y en la regulación de los mercados financieros, dado que garantiza la distribución de recursos desde el principio de la libertad de movimiento de capital. Todo ello refleja una merma en la capacidad de decisión de los gobiernos nacionales, que tiene un reflejo palmario en la dejación en manos privadas de servicios como correos, policía, prisiones, y ciertos ámbitos de la Justicia. Este pensamiento ha motivado en gran medida el interés estatal por el arbitraje y por favorecer cuanto esté en su mano para que el sistema arbitral funcione y lo haga eficientemente. Y lo hacen en tanto en cuanto igualmente son impulsados por organizaciones internacionales y organismos interregionales, que operan en diversos ámbitos y con instituciones con capacidad decisoria supranacional (léase Banco Mundial, FMI, OCDE, OMC, etc). Ahora bien, no se trata de afirmar que el Estado no interviene; si lo hace, pero para garantizar el sistema en el que las reglas del juego (políticas, ju-

⁹ W. Eucken, *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960, p. 303. Padre del Ordoliberalismo defendía la *Interdependenz der Ordnungen*, es decir, la interdependencia entre el Estado y el orden económico.

¹⁰ E.J.E. Hobsbawm, *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Barcelona, ed. Crítica, 2007, p. 134.

rídicas, sociales, estructurales) sean las más adecuadas al modelo productivo.

Todo cuanto se ha expuesto converge en una hoja de ruta que se dirige hacia los cambios legislativos que diseñen el marco jurídico adecuado, muy flexible, muy dinámico, que ofrezca, por un lado, la capacidad de modulación y adaptabilidad, amén de, por otro, seguridad jurídica, y todo ello abrigado por esa sublime búsqueda de la celeridad.

2. De la sublimación de la eficiencia a una irrefrenable búsqueda de la celeridad

En el escenario que hemos expuesto, y aun con una innegable asimetría según sectores, colectivos y países, la visión economicista del derecho como criterio inspirador de las sociedades modernas ha venido a sublimar la eficiencia como eje que mueve el mundo. Y, como era de esperar, igualmente se ha colado en los foros de arbitraje la discusión acerca de cómo incorporar la eficiencia en el arbitraje, paralelamente al debate de quién debe asumir la responsabilidad de esa incorporación, y cómo hacerlo, a saber, las medidas más adecuadas para garantizar la eficiencia. Una eficiencia que se viene exigiendo especialmente en el ámbito del comercio internacional y en el de arbitraje de inversiones, pero que va contagiando igualmente al arbitraje doméstico.

La búsqueda de la eficiencia se ha anudado al alcance de una serie de metas: menos tiempo, menos formas, menos costes. Y a ello se han venido dirigiendo las decisiones institucionales o si se quiere la readaptación de los reglamentos a la búsqueda de esos fines, pero no solo. Cada vez más se exige conductas a los representantes de las partes en aras de la optimización de recursos y procedimientos en el arbitraje y esto ha encontrado un foro adecuado para su incorporación, ora a través de las guías para el desarrollo del arbitraje ora en el marco de los Códigos de buenas prácticas; esto es, una serie de directrices no preceptivas que pretenden favorecer la optimización del desarrollo del arbitraje.

A) Un primer punto de partida: Guías y directrices para una mayor eficiencia en el arbitraje

En esa búsqueda de la eficiencia algunos centros de arbitraje publicaron guías prácticas para el arbitraje. Son textos que complementan

los reglamentos de las instituciones arbitrales, en las que se regula el procedimiento arbitral y en el que es posible incorporar medidas que favorezcan esa idea de la eficiencia.

La primera cuestión radicaría en analizar por qué se publicaron estas guías y qué aportan, allende los reglamentos. Y la respuesta viene estrechamente vinculada a los sujetos que intervienen en el arbitraje. Las reglas de actuación de las instituciones administradoras y las referidas a los árbitros en el desempeño de su función quedan incorporadas a los estatutos de la institución y a los reglamentos, si bien para que el arbitraje funcione y sirva a cuantos a él acudan es importante que los representantes de las partes también actúen de manera adecuada a estas pretensiones.

En esta línea puede citarse la Guía sobre Gestión Eficaz del Arbitraje de la CCI, presentada en 2004, que favorece cómo actuar en el arbitraje, presentando, a tal efecto, unas directrices que ayuden a quienes acudan como partes en el arbitraje a intervenir en el arbitraje de la manera más adecuada, en proporción a la complejidad y al valor de la controversia determinada. Especialmente significativas son las reflexiones realizadas en la presentación de la guía, que inciden en que si las partes, los abogados y los árbitros asumen el compromiso de gestionar eficientemente el arbitraje, será posible alcanzar una solución de la controversia eficaz en términos de tiempo y costes, mientras que la falencia de este compromiso puede generar un efecto contrario, a saber, la flexibilidad del arbitraje puede llegar a comportar un incremento de tiempo y dinero. Entre las directrices que se incorporan se incide, a título de ejemplo, en la conveniencia de que los representantes de las partes realicen un análisis previo del caso, fijen calendarios realistas, establezcan un procedimiento adecuado a la medida en cada caso y eficaz en términos de costo, no rechazar una posibilidad de pacto o transacción, dirigiéndose a esa búsqueda de optimización del modelo arbitral, lo que no produciría sino una percepción satisfactoria en todos los intervinientes. Si todos estos son los propósitos que la Guía incorpora, se estructura en su desarrollo en tres partes, siendo la primera la que incluye consideraciones respecto a la posibilidad de una transacción; la segunda, la dirección del procedimiento y la tercera incorpora una serie de fichas temáticas que inciden en las diversas etapas del procedimiento arbitral (solicitud, contestación y reconvencción, arbitraje multiparte, determinación anticipada de cuestiones controvertidas, prueba (documentos, testigos, peritos), audiencia sobre el fondo y escritos posteriores a dicha audiencia). Obviamente nada de lo contenido nace con vocación compulsoria, sino como re-

comendaciones, que permiten en todo caso estimular y facilitar las decisiones más adecuadas en cada caso en materia de riesgos, beneficios y costos y siempre con la vista puesta en la dirección del arbitraje de la manera más expedita y eficaz.

Del mismo modo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI presentó la Guía del Arbitraje de la OMPI¹¹, en la que, tras presentar la bondad del arbitraje también en sectores como los conflictos y diferencias suscitados en materia de propiedad intelectual, establece unas directrices para quienes accedan a este procedimiento flexible para resolver sus disputas. En esta Guía, pese al nombre y referencia al arbitraje, sin embargo se hacen unas breves reflexiones sobre la necesidad de valorar si es mejor la búsqueda de un acuerdo entre las partes, o incluso con ayuda de un tercero-mediador, o si la vía judicial puede llegar a ser incluso más recomendable que el arbitraje. Es por ello que se afirma que a fin de poder elegir el procedimiento que mejor se ajuste a sus necesidades, los titulares de IP y su abogados deben conocer todas opciones disponibles para la resolución de sus conflictos, siendo la Guía configurada con ese propósito.

En suma, estas Guías representan una política institucional que favorezca e impulse el arbitraje desde su puesta en valor para cuantos pueden intervenir en el arbitraje. Son positivas en aras de expandir los beneficios del arbitraje y sobre todo evitar la mala gestión y empleo del mismo. Se pretendió incorporar como una suerte de buenas prácticas en el desarrollo del arbitraje, y muy probablemente son las que irán posteriormente incorporándose a los denominados "Códigos de buenas prácticas", aun cuando éstos hayan venido incorporando en relación con la institución arbitral y con los árbitros una serie de principios básicos que permiten garantizar una actuación correcta y adecuada de las instituciones y de los árbitros.

B) Medidas que garanticen la eficiencia en el arbitraje

Hablar de medidas que puedan adoptarse para garantizar la eficiencia del arbitraje nos lleva a configurar una serie de posible consideraciones en atención a diversos conceptos o elementos que pueden intervenir en el desarrollo del arbitraje. Las asimetrías subjetivas y objetivas de los arbitrajes y la flexibilidad propia y defendida en la institución arbitral son variables complejas que pueden desequilibrar el buen o mal funcionamiento del arbitraje y por supuesto también

¹¹ "http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf".

sus resultados. De ahí la importancia de configurar una batería de medidas que favorezcan la viabilidad del arbitraje y su eficiencia.

Hemos asistido a la incorporación de reformas en los reglamentos de las instituciones arbitrales que se han centrado en diversos ámbitos:

i) En primer lugar, se ha discutido sobre el tribunal arbitral, sobre el número de árbitros que deben integrarlo, uno o tres, las dificultades que entraña un órgano colegiado a la hora de instalarse o constituirse frente al órgano unipersonal, amén de los costes, cuestión que debe valorarse en atención a la complejidad del conflicto, que puede venir de su naturaleza, de los sujetos implicados, de la lengua o lenguas del procedimiento, etc.

Las instituciones arbitrales han venido estableciendo reglas para la determinación de estas cuestiones, siempre que las partes de común acuerdo no las hayan determinado. Existe una voluntad institucional de evitar tiempos muertos o dilación en la conformación del tribunal arbitral, cuestión que si está suscitando problemas no solo en el arbitraje comercial internacional, sino también en los arbitrajes domésticos.

ii) En segundo lugar, existe preocupación por el procedimiento arbitral. Repárese que uno de los principios esenciales de arbitraje es el principio de flexibilidad, que supone la posible conformación por las mismas partes en cada caso en atención a las diversas variables de las reglas del procedimiento, o lo que es lo mismo mantener la idea de que el arbitraje comporta un modelo procesal de micrófono abierto¹², en cuanto las partes podrán modificar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones, así como pactar cuestiones como los plazos de las actuaciones, determinar el idioma del procedimiento, el lugar, posibilidad o no de medidas cautelares, la designación de los árbitros y su número, y un largo etcétera que puede ser definido inicialmente por las partes o, por el contrario, definirlo en momentos posteriores.

Esa flexibilidad, uno de los grandes valores del arbitraje, puede a su vez en convertirse en su perversión, al actuar por ejemplo una de las partes con maquinaciones que pretendan obstaculizar el desarrollo del procedimiento y las actuaciones arbitrales. Dicho de otro modo, la flexibilidad puede servir para dilatar el procedimiento, llenándolo de

¹² S. Barona, *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 128–129.

tiempos muertos, propiciando una enorme insatisfacción en quienes acuden al arbitraje.

Esto ha llevado a incorporar sugerencias en algunas instituciones, algunas de las cuales, a mi parecer, pueden propiciar una demolición del arbitraje. Si bien la eficiencia puede mover el mundo del arbitraje, existe el peligro de la paranoia de la eficiencia, que lleve a limitar y restringir derechos, generando una cultura contraria al arbitraje. En tal sentido, se habla de la posibilidad de limitar escritos, lo que no es ni bueno ni malo, pero deben quedar garantizados los derechos de las partes de poder modular sus pretensiones, como se afirma en el artículo 29.2 LA/2003 española¹³, una de las bondades del arbitraje y de su contraste con la vía judicial. Del mismo modo se establece, y parece razonable una solución en este sentido, la posible limitación de los momentos en que pueden presentarse las alegaciones, e incluso podría ser más adecuada la concentración de la presentación en determinados trámites o de forma oral y simultánea. Se alude a la posibilidad de eliminar audiencias, lo que a mi parecer puede ser perjudicial en el buen hacer arbitral en cuanto a través de la audiencia se produce concentración de actuaciones, respeto al principio de contradicción e igualmente una clara reducción de tiempos, por lo que su eliminación lejos de ser positiva parece *a priori* que podría provocar desequilibrios en el arbitraje.

Especial referencia en la batería de medidas que pretenden incorporarse para favorecer la eficiencia se halla en el tema de los plazos. En este sentido se argumenta a favor de fijar plazos más cortos, lo que puede ser adecuado en ciertos casos y especialmente muestran las instituciones gran interés por el plazo para dictar el laudo por los árbitros y los problemas en la dilación de los mismos¹⁴; al respecto es interesante pensar en una posible medida en el arbitraje *ad hoc*, consistente en la fijación de posibles incentivos a los árbitros por reducción del plazo establecido para ello o también podría pensarse en la incorporación en los códigos de buenas prácticas de esa directriz de dictar el laudo en tiempo establecido o menor si es posible, a sabiendas de que es una directriz y no siempre podrá cubrirse, como sucede en aquellos

¹³ Señala expresamente: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho".

¹⁴ La mayoría de las instituciones ha optado por incorporar un plazo máximo para dictar el laudo por el tribunal arbitral, si bien lo que varía es el *dies a quo* o momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo, y en los reglamentos igualmente se ha aceptado la posibilidad de prórroga del plazo.

casos de gran complejidad de la controversia. Cuestión diversa es el incumplimiento de plazos de los árbitros por no contar con la debida disponibilidad temporal para el desarrollo del arbitraje, lo que está repercutiendo negativamente en la imagen de los arbitrajes en general. Podría salvarse esta situación mediante la exigencia de un acta de aceptación de los árbitros de, entre otras, contar con disponibilidad para cumplir con los plazos establecidos en el arbitraje, a salvo de posibles imprevistos que pudieren concurrir en el devenir del procedimiento.

iii) En tercer lugar, se ha insistido en todas estas reformas, bien de la mano de *Guidelines* o directrices de comportamiento o bien a través de algunas referencias expuestas al hilo de la modificación de los reglamentos de las instituciones arbitrales, que es absolutamente esencial el comportamiento que se asuma por quienes son partes en el proceso arbitral. Si bien las reglas procedimentales y la función de los árbitros, amén la agilidad y buen hacer de las instituciones son esenciales para garantizar la eficiencia arbitral, cierto es que quienes actúan como parte y especialmente sus abogados van a ser una pieza indiscutible en el alcance efectivo de la eficiencia arbitral. Afirmamos esto en cuanto en muchas ocasiones las normas reglamentarias son tremendamente favorables a la fluidez del arbitraje, y los árbitros actúan con la debida diligencia y compromiso como para que el proceso pueda seguir los cauces más adecuados y el laudo arbitral ser dictado en tiempo y forma, empero la conducta torticera de las partes y especialmente sus representantes pueden perturbarlo. Ante esta conducta que no se rige por parámetros de buena fe cabe, por un lado, incorporar en los códigos de buenas prácticas, que deberán suscribir los abogados de las partes, una suerte de compromiso en este sentido. Y por otro cabría influir, en el supuesto de no cumplirse, en la decisión que se adopte sobre las costas en el arbitraje, lo que no sería sino la aplicación de un criterio sancionador por conducta no diligente o incluso maliciosa.

III. Celeridad en el arbitraje, instrumento de la eficiencia

Si a lo largo de las páginas anteriores hemos venido a exponer una situación de búsqueda de la eficiencia en el arbitraje y asimismo algunas medidas que están siendo diseñadas y discutidas en diversos centros y foros arbitrales para potenciar y mejorar la sublime eficiencia en el arbitraje, hay específicamente un componente esencial que ha movido las grandes reformas reglamentarias: la celeridad. Ciertamente que una de las grandes objeciones que se comienzan a oír en relación con

el arbitraje comercial internacional y con el arbitraje de inversiones es la excesiva duración de los procesos, por las causas antes expuestas o no, pero con un resultado objetivo: el tiempo transcurrido en un arbitraje excede de lo previsto y genera frustraciones.

Esta idea conecta a la perfección con la fotografía de la sociedad global actual, que pivota sobre un eje nuclear, la filosofía existencial de que lo no productivo no es rentable y hay que cambiarlo. Ello se traduce en esa búsqueda legislativa de la eficiencia del sistema, sea el que fuere, y especialmente cuando se trata de un sistema procesal (judicial o arbitral) esto se traduce en su mayor exponente: la celeridad del proceso. Así, frente a la consideración de que un proceso inoperante, ineficaz y lento no ofrece una solución justa, se trata de buscar un modelo procesal que emane justicia, entendiéndose para ello imprescindible asumir como punto de partida la búsqueda de la celeridad y de la eficiencia del sistema. Lo que ya no está tan claro es que la justicia y la celeridad puedan ir siempre y necesariamente de la mano, tanto en sede procesal judicial como en sede procesal arbitral.

Dicho de otro modo, hablar de eficiencia del sistema arbitral arrastra la idea de celeridad como elemento concatenado. Estos dos conceptos -la celeridad y la eficiencia del sistema- están presentes en las reformas procesales que nos inundan. Son valores positivos que pueden favorecer un modelo procesal que ofrezca seguridad y garantías empero que sea resuelto en tiempo razonable. La dificultad estará siempre en el equilibrio y en el mantenimiento de este equilibrio, y en no caer en la obnubilación de la eficiencia, como factor optimizador y, en todo caso, más lucidor del modelo aplicable; una obnubilación que en ciertos casos genera psicosis, un pensamiento patológico que si bien a corto plazo puede redundar en posibles beneficios, económicamente hablando, es más que previsible que sus consecuencia a largo plazo pueden ser nefastas para la institución arbitral en su conjunto.

En esta búsqueda de la celeridad, instrumental de la eficiencia en el arbitraje, hemos podido asistir a dos tipos de medidas: por un lado a la incorporación de procedimientos abreviados; y, por otro, a la consolidación de las actuaciones de los árbitros cautelares de urgencia. A ellas dedicamos a las siguientes reflexiones.

1. La incorporación de los procedimientos abreviados (fast-track)

La incorporación en los reglamentos de las instituciones arbitrales de los procedimientos abreviados ha sido la manifestación más consolidada en la búsqueda de la eficiencia en el procedimiento arbitral.

Ahora bien, si cierto es que la medida ha sido debidamente aplaudida y aceptada, como maximización de la celeridad, la conformación de estos procedimientos *fast-track* y muy especialmente su ámbito de aplicación se han mostrado dispares.

Por un lado, en algunos reglamentos se han diseñado procedimientos abreviados para conocer en el arbitraje de aquellos conflictos denominados de menor cuantía, o lo que es lo mismo sería la incorporación de la vía *fast-track* a través de un criterio de cuantía¹⁵. Cuestión diversa es lo que se entiende como menor cuantía que, obviamente, difiere según la corte de arbitraje de que se trate.

Por otro lado, en otros reglamentos se ha diseñado un procedimiento abreviado como alternativo al procedimiento ordinario, sin que el criterio para la opción entre uno y otro se encuentre en la cuantía¹⁶. Son dos modalidades procedimentales que se regulan en los reglamentos, siendo voluntad de las partes tramitar su contienda arbitral a través de una u otra modalidad procedimental. En este sentido, se entiende que la opción entre una u otra modalidad sería conveniente realizarla en el convenio arbitral suscrito entre las partes, no dejando que esta decisión se deba adoptar *postconflictum*, dado que en esta situación es más que complejo que las partes lleguen a consensuar la conveniencia de uno u otro procedimiento.

En tercer lugar, en reglamentos como el de la CCI, se ha optado por regular ambos modelos procedimentales, pero se ha producido una inclinación por los procedimientos *fast-track*, a saber, salvo que las partes de común acuerdo digan lo contrario, se entiende desde la reforma de 2017 que el procedimiento abreviado será el preferente.

¹⁵ Han incorporado este modelo, entre otras, el Hong-kong International Arbitration Centre, en el año 2008, Rules, Article 38.1, el Singapore International Arbitration Centre, en sus Rules (2016) Artículo 5.1 a), las Swiss Rules on International Arbitration en el año 2012, en su Article 42.2; la Corte de Arbitraje de Cámara Madrid, Artículo 51, o Corte de Arbitraje y Mediación Cámara Valencia, Artículos 62 y 64 (procedimiento abreviado y procedimiento simplificado (en este último se conjugan tanto el criterio de la cuantía como el de la materia). En las Cortes españolas citadas, sin embargo, se realiza la bifurcación regulatoria según se trate de decisión de la Corte, en cuyo caso se considera el criterio de la cuantía, o bien cuando sea decisión de las partes en cuyo caso no necesariamente debe serlo por este criterio.

¹⁶ Hemos citado a título de ejemplo tanto la Corte de Cámara Madrid como la de Valencia, que permiten, amén de la determinación del abreviado por razón de la cuantía, igualmente la posibilidad de que las partes puedan decidir acudir a este procedimiento abreviado sin necesidad de que concurra el criterio de cuantía. Igualmente, esta modalidad es la que se acepta por el Arbitration Institute de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que acepta en su nueva versión de 2017 que las partes puedan en el convenio decidir acudir al procedimiento abreviado configurado como cauce alternativo procedimental al ordinario.

Cierto es que esta reforma se produjo tras un intento podríamos denominar “fallido” anterior, que vino de la mano de las denominadas *Guidelines for Arbitrating Small Claims Under the ICC Rules of Arbitration*, publicadas en 2003, y su posterior incorporación a la reforma del Reglamento CCI de 2012. Señalábamos el carácter de “fallido” de esta incorporación por cuanto el peso de su aplicación se encontraba en la colaboración que debían prestar las partes una vez generado el conflicto, lo que arrastraba *per se* una inoperancia del modelo al no mostrarse las partes con voluntad para proceder a acordar la aplicación de unas u otras normas procedimentales en el desarrollo de su arbitraje. Es decir, se pretendía que con las dos vías existentes fueren las partes las que optasen. Dada la inoperancia de ese modelo se optó en la reforma de 2017 por invertir el criterio, de manera que es el reglamento el que establece la preferencia procedimental del abreviado respecto del ordinario, salvo que las partes digan lo contrario. En consecuencia, en la nueva versión del Reglamento CCI se viene a establecer que el procedimiento abreviado se aplicará: cuando la cuantía no exceda del límite de dos millones de dólares (que es la cantidad considerada de menor cuantía) y cuando las partes así lo consideren (art. 30.2)¹⁷. Ahora bien, por su parte, también establece que no se aplicará el procedimiento abreviado (art. 30.3): 1.- Cuando el convenio arbitral se suscribió antes de 1 de marzo de 2017. 2.- Cuando las partes optan por no someterse al mismo. 3.- Cuando la Corte de oficio determina la inadecuación del procedimiento abreviado.

Estas diversas variables en la determinación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado u ordinario no alteran la razón de ser del binomio procedimental. Se pretende generar dos cauces que favorezcan la conducción del arbitraje, sin perjuicio del principio inspirador de su incorporación, cual es el de la maximización de la eficiencia. Y estas variables y estos diversos intentos, en unos casos con mayor o menor éxito de aplicación comenzaron a presentarse desde los primeros años del siglo XXI. A título de ejemplo, en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valencia se diseñó en 2007 un modelo procedimental *ad hoc*, que permitía someter a arbitraje cuestiones que surgían en el periodo de exposición de recintos feriales entre los expositores, teniendo en cuenta que los periodos de exposición son breves (entre 3 a 6 días), y venían referidos a materias de propiedad industrial, competencia, diseño, propiedad intelectual y

¹⁷ No se establece que deba venir pactado en convenio o pacto anterior al inicio del procedimiento. Es por ello que cabría la posibilidad que las partes lo decidieren cuando se va a iniciar el arbitraje.

otras materias que pudieren requerir inmediata intervención arbitral, generando un procedimiento de urgencia para que pudiere adoptarse medidas cautelares *in situ*, teniendo a estos efectos nombrados anualmente cinco árbitros de urgencia (lo que concentraba la designación del árbitro que deba conocer del asunto), especialistas en estas materias, y atribuyéndole el conocimiento de la decisión arbitral en el plazo de una semana; este modelo se mantiene pero con ciertas modulaciones que llevan a diferenciar entre las decisiones cautelares de urgencia, que se rigen por lo estipulado en el artículo 23 del Reglamento y lo que se dispone en el artículo 62 en relación con el procedimiento abreviado, amén de lo que dispone el artículo 64 que se refiere al procedimiento simplificado.

Esta incorporación de procedimiento que supone un acortamiento o abreviación respecto del procedimiento ordinario implica la integración de normas que regulan de forma concreta, diversa del ordinario, por ejemplo los plazos para nombrar a los árbitros, y se entiende que se debe favorecer el órgano unipersonal respecto del colegiado, lo que reduce las posibilidades de conflicto en la aceptación del árbitro, y en la reducción de posibles recusaciones; por su parte, se hace referencia igualmente en estos procedimientos abreviados a la posibilidad de limitar o restringir la prueba, y especialmente el medio de practicarla, favoreciéndose al respecto que las pruebas se practiquen de forma concentrada y unidad de acto, lo que fundamentalmente podría hacerse a través de una audiencia, en la cual se puede practicar testimonial y pericial y formular conclusiones orales; igualmente se establecen reducciones del plazo para dictar el laudo, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga que existiría en su caso, aun cuando también el plazo de prórroga quedaría limitado (por ejemplo a un mes); y todo ello igualmente sin perjuicio de poder emplear medios telemáticos en la realización de determinadas actuaciones arbitrales, como interrogatorio de testigos o en general el desarrollo de una audiencia, lo que supondría probablemente una mayor agilidad, eliminando costes derivados de desplazamientos, alojamientos etc. (aun cuando este sistema se permite no solo en el abreviado sino también en el procedimiento ordinario).

Existen además algunos centros arbitrales que son más incisivos y concretos a la hora de determinar reglas de este procedimiento, como la posible limitación del número de páginas de los escritos de alegaciones, o la posibilidad de denegar práctica de determinadas pruebas

redundantes¹⁸, si bien creemos que estas medidas pueden llegar a considerarse excesivas cuando su aplicación supondría una merma del ejercicio del derecho de defensa y cercenaría las garantías de las partes en el proceso. Si a corto plazo podríamos encontrar beneficios en la eficiencia arbitral, a nuestro entender provocaría un desequilibrio respecto de otros cauces que podrían perturbar, cuando no rechazar, el arbitraje como cauce de resolución de conflictos en algunos sectores, especialmente cuando se trata de arbitrajes domésticos.

En suma, es indudable que las reformas de las instituciones arbitrales han venido suponiendo una adaptabilidad de las normas a la realidad cambiante. Eso no solo es bueno, sino conveniente. Los cambios tendentes a favorecer una mayor agilidad, una mayor celeridad en aras de la eficiencia del modelo arbitral son consecuencia de lo anterior. Ahora bien, la magnificación de la eficiencia, de la celeridad, como criterio vital arbitral puede, indudablemente, generar efectos perversos. Así, una decisión rápida es algo muy valorable en los tiempos que vivimos, empero puede igualmente resultar una decisión irreflexiva. La eliminación de actuaciones en el procedimiento puede ser altamente recomendable cuando hemos venido asistiendo a una duplicidad del proceso judicial, una semejanza cada vez mayor al mismo, lo que es la negación del significado y sentido del arbitraje (basta pensar en la naturaleza de *one shot* y las segundas instancias que están proliferando en los reglamentos, descafeinizando la institución arbitral originaria. Ahora bien, el abuso de esta simplificación puede producir un efecto negativo, igualmente, si ello supone una limitación o negación especialmente del ejercicio del derecho de defensa, uno de los pilares incontestables del proceso arbitral. E igualmente una decisión arbitral lenta puede llegar tarde y no ser una buena decisión ni para las partes ni para la institución; una decisión rápida puede igualmente no serlo tampoco.

Y estas falencias u objeciones que pueden igualmente alegarse cuando se trata de insuflar de celeridad, abreviación, a la búsqueda de la eficiencia, puede provocar la consecuencia negativa de ver aumentar las acciones de nulidad ante los tribunales de justicia, lo que, a la

¹⁸ A título de ejemplo, en la reforma de 2017 Regl. CCI se permite que si los árbitros consideran procedente y una vez oídas las partes, podrán resolver el litigio basándose tan solo en la prueba documental aportada por las partes. Si efectivamente es única esta prueba, no hay objeción, y esto significaría que no habría audiencia y quedaría mucho más concentrado el desarrollo de las actuaciones. Cuestión diversa es si se solicitó testimonial o pericial, dado que en este caso se estaría negando la admisión y práctica de estos medios para fundar el laudo en la documental tan solo, cuestión que no podemos compartir obviamente.

postre, derivará en un perjuicio enorme para las instituciones arbitrales, para los árbitros, para el arbitraje y para el sistema de resolución de conflictos poliédrico que hoy tenemos.

2. Los árbitros de urgencia

En el marco de dar debido cobijo en las normas reglamentarias de las instituciones arbitrales a una situación de urgencia en la posible adopción de medidas cautelares, que vino especialmente aflorando a medida que fue haciéndose palmaria la posible función cautelar arbitral, se diseñó una figura denominada "árbitro de urgencia cautelar". Con la aparición de esta figura se fusionan dos elementos esenciales: por un lado, el reconocimiento de la función arbitral cautelar, y, por otro, la posibilidad de adoptar medidas cautelares *ante causam* por los árbitros.

A) Incidencia de la actividad de la CNUDMI en la tutela cautelar arbitral

Desde que se aprobase la Ley Modelo en 1985, su repercusión ha sido espectacular en el mundo¹⁹. Son cada vez más los países²⁰ que han venido incorporando en la legislación arbitral el modelo, con sus especificidades, de arbitraje diseñado en la norma *soft*. La Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional no ha cesado su continua actividad a través del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje. En el año 2006 este Grupo elaboró lo que sería incorporado en el Capítulo IV bis de la Ley Modelo, rubricado "*Medidas cautelares y órdenes preliminares*"²¹. Muchas eran las cuestiones que se cuestionaban y proponían, desde el concepto mismo de medida cautelar hasta la incorporación de las órdenes preliminares²², pasando por el dilema principio de contradicción previo o

¹⁹ Con carácter general y, por todos, nótese, H.M. Holtzmann & J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, La Haya, Kluwer, 1989, p. 530 ss.

²⁰ Puede verse www.uncitral.org.

²¹ Este nuevo Capítulo se compone de 5 secciones. "*Medidas cautelares*" (Sección 1), "*Órdenes preliminares*" (Sección 2), "*Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares*" (Sección 3), "*Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares*" (Sección 4) y, por último, "*Medidas cautelares dictadas por el foro judicial*" (Sección 5).

²² Son una nueva categoría, cuyo alcance es más restringido que las medidas cautelares. Estas órdenes, que se entienden vinculantes, garantizan la situación por un período de corto breve, a saber, mientras se está tramitando la medida cautelar. Son, en consecuencia, una medida que garantiza la medida cautelar que pueda llegar a adoptarse por el

diferido, amén de la exigencia de caución o las costas que puede generar el proceso cautelar, y el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares.

Pese a que la reforma de la Ley de Arbitraje española en 2011 tuvo la posibilidad de reformar el tenor literal del artículo 23, no lo hizo, lo que no fue óbice a las reformas de los reglamentos de las instituciones y centros de arbitraje en los que sí se ha hecho hincapié en esta necesidad de reconocer, allende la facultad arbitral cautelar, la posibilidad de incorporar bien órdenes preliminares o bien medidas cautelares antes de la integración del órgano arbitral.

B) Tutela cautelar arbitral *ante causam*. La figura del árbitro de urgencia

Es indudable que el carácter instrumental que caracteriza las medidas cautelares vincula a las mismas con un proceso principal. Desde esta afirmación, es obvio que sólo tienen sentido las medidas cautelares si existe proceso. La existencia de un proceso principal pendiente será una condición para que pueda adoptarse la tutela cautelar; ésta no es fin en sí misma, no existe *per se*, sino que nace para garantizar la posible resolución que se dicte en un proceso principal, convirtiéndose, de este modo, en un instrumento de este proceso principal. Es por ello que se afirma que la regla general a la hora de plantear la solicitud de medidas cautelares es la de que exista pendencia del proceso que pretenden garantizar.

Lo expuesto no es óbice a que en ciertos casos puedan concurrir ciertas situaciones de urgencia que pueden llegar a fundamentar la adopción de las medidas cautelares antes de que haya comenzado el proceso principal. Se trata de aquellos supuestos denominados tutela cautelar *ante causam*. Especialmente destacables son las posibles

tribunal arbitral en el proceso cautelar que se sigue. Se convierten, de este modo, en la antesala de la tutela cautelar, en cuanto son instrumentales de las medidas cautelares futuras. Una característica que la hace distinta de la propia medida cautelar es que no son ejecutables a través del sistema judicial, lo que no empece que el incumplimiento de lo previsto en la orden puede llevar aparejado daños y perjuicios que pueden reclamarse por quien los sufre como consecuencia del citado incumplimiento. La aparición de estas órdenes obedece a la necesidad de contrarrestar la exigencia de contradicción en la adopción de medidas cautelares y la posibilidad de que durante la pendencia del proceso cautelar se realicen conductas que impidan o hagan ineficaz la concesión de alguna modalidad de tutela cautelar. El artículo 17 quater incorpora el régimen específico de las órdenes preliminares, concretando, distintos extremos en relación con las mismas. *Vid.* S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Madrid, Thomson Reuters–Civitas, 2006, pp. 124–125.

situaciones de urgencia que pueden llegar a suscitarse en aquellos sectores económicos, comerciales, en los que los conflictos se agravan en un tiempo record y exigen a este respecto una respuesta rápida del ordenamiento jurídico para evitar, en suma, los perjuicios irreparables o de muy compleja reparación. Esta indiscutible situación se dará cuando concurren:

i) Por un lado, la necesidad de urgencia, que permitan fundar esta posibilidad excepcional de obtener una tutela cautelar antes de que comience el proceso principal del que dependen. Si bien la urgencia se convierte, así, en el fundamento de esta tutela cautelar, parece razonable tratar de determinar, pese a la posible concepción plural del término, qué debe entenderse por ella, o, cuanto menos, las notas que podrían jugar a los efectos de su configuración.

ii) Por otro, configurar ese carácter urgente, que fundamente la posible tutela cautelar *ante causam*, exige considerar algunas cuestiones que nos permitan valorar esa urgencia, como son, en palabras de Gascón Inchausti²³, las siguientes: a) Se debe tratar de una situación en la que la respuesta (judicial o arbitral) rápida, o lo más inmediata posible, deviene incompatible con el tiempo necesario para la preparación y presentación de la demanda; b) Se debe tratar de una situación de necesidad que puede paliarse mediante la adopción de la medida cautelar, y no de otro modo, so pena de incurrir en un claro fraude procesal. En suma, como considera Gascón²⁴, “no ha de tratarse necesariamente de una diferencia cualitativa, sino que se entiende que concurre esta urgencia cuando se produce un *quantum* de peligro superior al que, de por sí, sería ya suficiente para permitir la adopción de una medida cautelar”.

Con este marco determinativo de la urgencia nada obstaba a la viabilidad de la tutela cautelar *ante causam* judicial en relación con un proceso arbitral futuro. Las normas procesales modernas contemplan esta variable (en España el art. 11.3º LA atribuye expresamente la posible competencia cautelar anticipatoria a los órganos jurisdiccionales, que hay que conectar con los arts. 722 y 730.2º LEC). Cuestión diversa es la viabilidad de esta tutela cautelar *ante causam* por los árbitros. El silencio de la Ley de Arbitraje no impide esta posibilidad, No concurre óbice dogmático-conceptual alguno que privase de dicha

²³ F. Gascón Inchausti, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 43–44.

²⁴ *Ibíd.*, p. 44.

potestad cautelar *ante causam* a los árbitros, a salvo de que se entendiese de forma restrictiva y literal la dicción del precepto comentado. Ni siquiera la literalidad del precepto de la legislación arbitral puede llevarnos a sostener esa atribución competencial excluyente de los jueces²⁵.

La aceptación de la tutela cautelar arbitral *ante causam* requería, empero, un régimen adecuado de conformación del órgano arbitral con competencia para enjuiciar la pretensión cautelar. Si no se ha instalado el árbitro o tribunal arbitral colegiado todavía, se hacía necesario fijar unas reglas que permitieran establecer qué árbitro sería competente para la tutela cautelar. Y así surgió la figura del árbitro de urgencia, siempre que no se tratase de un arbitraje *ad hoc*, en cuyo caso si el convenio arbitral suscrito por las partes determinó el árbitro y éste aceptó para el supuesto caso hipotético de que se crearan conflictos jurídicos, ya hay órgano arbitral, que podría, igual que un tribunal judicial, conocer de la tutela cautelar solicitada. Salvo este supuesto, las instituciones arbitrales han querido conformar en sus reglamentos soluciones procedimentales, diseñando la figura del "árbitro de urgencia", a quien podría solicitarse, a título de ejemplo, actuaciones urgentes o que requiriesen decisiones inminentes; obviamente, en tales casos, la figura del árbitro de urgencia sería aceptada por las partes, y con ello su jurisdicción arbitral, desde el momento en que han concertado con la institución la administración del arbitraje; administración que ofrece su configuración, desarrollo y manera de actuar a través de sus Reglamentos, que, obviamente, deben conocer las partes.

En esta suprema inspiración del arbitraje desde la eficiencia y la búsqueda de la celeridad han aparecido estas figuras de árbitros de urgencia que ofrecen respuestas a las partes que solicitan medidas cautelares antes de que comience propiamente dicho el proceso arbitral. Ahora bien, algunas cuestiones siguen suscitándose al hilo de esta tutela cautelar *ante causam*: se discute la todavía falta de cultura arbitral cautelar, de modo que no todos los árbitros asumen gustosamente la solicitud cautelar o ser árbitros de urgencia, dado que se requiere una solución ágil, rápida, fundada, pero sobre todo con habilidad jurídica, técnica y procesal, capacidad que no todos los árbitros demuestran; en segundo lugar, se regula la posibilidad de que una vez instalado el tribunal arbitral que conoce del proceso principal, éste pueda alzar las medidas, sustituirlas, adoptarlas o negarlas; en tercer lugar, debe regularse y controlarse desde la institución que esta tutela

²⁵ S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, op. cit., p. 256.

cautelar *ante causam* no se agota en sí misma o, si se quiere en términos procesales no es una justicia sumaria ni provisional, en cuanto de ser así estaríamos juzgando con cosa juzgada, sin proceso posterior, y sobre la base de un humo (*fumus*) que en absoluto es prueba, lo que exige que tras la decisión *ante causam* deba continuar el proceso arbitral principal del que aquel es instrumento²⁶; y en cuarto lugar, una cuestión compleja es la que se suscita en el proceso en el que se adoptan o no las medidas cautelares *ante causam*, cual es el que se refiere a dar debido cumplimiento o no a la garantía de la contradicción previa, o *sensu contrario* adoptar las medidas *inaudita parte debitoris*. La ausencia de contradicción previa puede llevar a provocar una acción de anulación por generar una indudable quiebra del principio que permite hacer valer los derechos de una de las partes.

IV. Eficiencia y Cuarta Revolución Industrial (4.0.)

En esa búsqueda de eficiencia un componente emerge con una imparable evolución: la cuarta revolución industrial, la Ciberindustria o la denominada "Industria 4.0", Smart Factory, Smart Industry o hay quien le denomina internet industrial. Más allá de la incorporación de los medios técnicos y tecnológicos de comunicación (TICs), la cuarta revolución industrial comporta una nueva manera de organizar los medios de producción, favoreciendo la adaptabilidad a las posibles necesidades que se van creando y a los procesos de producción, desde una asignación más eficiente de los recursos. Y se le ha querido denominar "Cuarta Revolución Industrial" precisamente para enfatizar la transformación hacia la digitalización, mediante uso de Internet y tecnologías, con el fin de desarrollar plantas industriales que se encaminen hacia la generación de energía inteligente, y con una concentración o interconexión de las cadenas de producción con el mercado, garantizando la protección al medio ambiente, desde una posible configuración de la "fábrica inteligente".

El impacto que está teniendo en la actualidad la revolución industrial o el 4.0. es enorme y su implementación es imparable, propi-

²⁶ La instrumentalidad exige la presentación de la demanda en el plazo que se establezca, de manera que la omisión de ésta debe comportar el alzamiento de la medida cautelar y la exigencia de responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieren ocasionarse. Si se hiciera así se produciría lo que en la doctrina italiana se denomina el descabalgamiento de la relación instrumental, en cuanto se consigue una solución sin proceso principal. Puede verse, I. Mandrioli, "I provvedimenti d'urgenza: Deviazioni e proposte", *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 667.

ciando una verdadera transformación del mundo desde todas sus vertientes. Se avizoran grandes cambios, pero no solo en la producción, comercialización o consumo, sino también en la vida de las personas. Es innegable que en la actualidad la dependencia del ser humano respecto de la "máquina" es una realidad. Y esto, lejos de ser negativo, puede servir para construir una sociedad mejor. Ahora bien, también es cierto que la era digital está presentando duras y negativas consecuencias, desplazando a la persona como eje del universo por la máquina, como centro nuclear del mismo²⁷. Se habla de desarrollos innovativos que se nuclean alrededor de los robots avanzados y la inteligencia artificial, los sensores sofisticados, las nubes, internet, la *data capture* y *data analytics*, la fabricación digital (incluido el 3D), el software como servicio u otros modelos de marketing, los smartphones y otros dispositivos móviles, plataformas que usan algoritmos para dirigir vehículos de motor, y la incorporación de todos estos elementos en una cadena de valores globales que interaccionan, compartidos por varias compañías de varios países.

En ese contexto de revolución 4.0. emerge con enorme fuerza la denominada inteligencia artificial (IA), o también denominada inteligencia computacional o inteligencia a través de las máquinas, en la medida en que las máquinas van a imitar las funciones cognitivas de las mentes humanas. El perfeccionamiento y la mayor sutilidad en la capacidad de la máquina inteligente va poco a poco seleccionando lo que es inteligencia artificial y lo que no es. Si la inteligencia artificial es la ciencia que se ocupa de diseñar máquinas que emulan el pensamiento humano, la *machine learning* es el área de la IA que desarrolla programas informáticos capaces de aprender por sí mismos y realizar predicciones. Esta *machine learning* se aplica mediante la técnica del *deep learning*, un tipo específico de algoritmos conocidos como redes neuronales (que son los modelos matemáticos que emulan el comportamiento estructural del cerebro humano, tomando como base la interacción entre las neuronas²⁸).

El pensamiento humano, ante la existencia de complejidades, problemas y/o necesidad de tomar decisiones, realizan una búsqueda de reglas de juicio que le guíen en la toma de esas decisiones. Esas reglas son conocidas como heurísticas (ante un tipo de problema permite seleccionar las posibles bifurcaciones que podemos plantearnos ante

²⁷ R. Crompton, *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 31–35.

²⁸ A. Sucasas, "Adiós, Inteligencia Artificial. Hola, equipo persona–máquina", en la Revista Retina, n° 2, febrero, *El País*, 2018, p. 74.

un camino lleno de ramificaciones, restringiéndose por ello las posibles soluciones), sin que pueda afirmarse en ningún caso que son infalibles, no garantizando la solución más óptima. Estas reglas heurísticas son indudablemente un mecanismo de manipulación inteligente. Y con ellas se trabaja igualmente en IA con representaciones del conocimiento entendidas como combinaciones de estructuras de datos y de procedimientos de interpretación incorporados a un programa computacional (con diferentes lenguajes para diferentes campos de aplicación, ejemplo del cual es el software). Su aplicación cada vez se extiende a un mayor ámbito y ofrecen diversas manifestaciones²⁹: aquellos sistemas en los que se emula el pensamiento humano, como sucede con las redes neuronales artificiales, favoreciendo la toma de decisiones, la resolución de problemas y el aprendizaje (un razonamiento basado en casos); en otros casos son sistemas que permiten actuar como humanos, imitando su comportamiento, como sucede con el robot; otros sistemas que emulan el pensamiento lógico racional del ser humano como la creación de sistemas expertos –que infieren una solución a través del conocimiento previo del contexto en que se aplica y ocupa de ciertas reglas o relaciones, o lo que es lo mismo, la necesidad de definir el dominio sobre el que versará el sistema, definición del o de los problemas, integración del equipo interdisciplinario, identificación de expertos cuyo conocimiento sea modelado, adquisición de conocimiento experto, representación del conocimiento experto, programación, validación del prototipo, implementación final, mantenimiento y actualización-; y finalmente aquellos sistemas que emulan la forma racional del comportamiento humano como sucede con los agentes inteligentes (conductas inteligentes de artefactos).

Su aplicación la llevamos viendo desde hace tiempo: las diversas generaciones de computadores, el ajedrez computacional, los videojuegos, los sistemas de lenguaje, los avances médicos y terapéuticos y, en suma, una larga lista de supuestos en los que se presenta imitación del cerebro de una persona en todas sus funciones, tanto las conocidas como otras posibles que pueden incorporarse a través de la máquina inteligente. Es más, todo esto no es algo ajeno al mundo del derecho.

El derecho y especialmente las construcciones jurídicas se asentaban sobre concepciones epistemológicas desde las que era impensable concebir la incorporación de lo que se ha venido denominando como la cuarta revolución industrial (el denominado 4.0.) y no se atisbaba

²⁹ S. Rusell&P. Norvig, "Inteligencia Artificial Intelligence: A Modern Approach" "<http://aima.cs.berkeley.edu/contents.html>".

que la tecnología pudiere imponer no sólo maneras instrumentales de actuar, sino incluso una posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en la construcción de criterios a tomar en consideración a la hora de resolver por el ser humano o incluso llegar más allá, a saber, la robótica en la toma de las decisiones o resoluciones, incorporando la máquina inteligente o la denominada *machine learning*. Frente a esa ajeneidad pasada, en la actualidad la industria 4.0. y especialmente el pensamiento que la inspira, el *modus operandi* de gestión industrial – maximización y optimización de beneficios, ha calado en la sociedad, las costumbres y la manera de plantear la vida misma³⁰. Una vida “conectada” y en la que la no conexión se presenta como aislamiento del mundo, como irreal, como ajeno a una realidad que nos ha deglutido y sin la cual es como si nos hubiéramos exilado de la tribu social³¹.

Hemos asistido al uso de las tecnologías (TICs) en el desarrollo de los procedimientos judiciales y arbitrales. Existe un interés por consolidar un modelo de *eJustice*, favorecido en el marco de la Unión Europea. Ahora bien, más allá de esa manera digital procedimental de funcionar se pretende avanzar hacia una incorporación de la IA y de la *machine learning* en el mismo ejercicio de la función jurisdiccional, tanto como “complemento”, como juez-robot.

Es innegable que la inteligencia artificial ha llegado al mundo jurídico y especialmente ésta puede encontrarse en componentes que forman parte de nuestra actividad cotidiana y que pueden referirse a la Red Mundial World Wide Web o www a través de la cual pueda efectuarse una búsqueda de información jurídica, que se nutre necesariamente de un lenguaje jurídico que cada vez más trata de uniformarse para ser más eficiente; o el empleo de los sistemas de *Legal Advisory Systems* o sistemas de asesoría jurídica; o los sistemas de *Legal Decision Support Systems*, que ofrece apoyo a la predecibilidad del posible resultado de una controversia jurídica; los sistemas de argumentación y de negociación jurídicas, entre otros. Hemos asistido en algunos países anglosajones a un modelo computacional que permite asesorar cómo llevar a cabo la división de una sociedad de gananciales en los supuestos de separación o divorcio. Se trata, en suma, de instrumentos que permiten presentar soluciones a conflictos ante los que las partes pueden encontrarse con una pluralidad de salidas y ser aconsejados por la IA. Una de las manifestaciones interesantes que están ya implementadas como soporte en el mundo jurídi-

³⁰ E.J. Hobsbawm, *Guerra y paz en el Siglo XXI*, ed. Crítica, 2012, p. 134.

³¹ S. Barona Vilar, “Reflexiones en torno al 4.0 y la Inteligencia Artificial en el proceso penal”, en *Revista Ius Puniendi, Sistema Penal Integral*, Lima, Perú, n. 7, mayo 2018.

co es la "Jurimetría", o el análisis de precedentes jurisprudenciales dentro de una óptica conductista aplicada a la informática jurídica, de manera que traduce (convierte) el lenguaje jurídico en lenguaje simbólico de las matemáticas y la lógica, y con ello permite realizar estadísticas jurídicas, estrategias de comunicación e incluso de defensa, incorporándose con ello una enorme dosis de previsibilidad de éxito o fracaso en sede judicial, con análisis estadístico de jueces, magistrados, juzgados, tribunales, árbitros, instituciones arbitrales, y asuntos que en ellos se han venido conociendo, determinando.

En relación específicamente con el arbitraje podemos considerar que son ya numerosas las manifestaciones de la cuarta revolución industrial:

i) Por un lado, una incorporación instrumental: la viabilidad de los expedientes electrónicos arbitrales, con plataformas *on line* que permiten realizar todo el proceso a través de estos medios, o bien incluso parcialmente, esto es, a través de la realización de algunos actos, como puede ser la práctica de la prueba mediante videoconferencia. En ciertos sectores estos instrumentos comportan claramente beneficios en la institución arbitral y son ya numerosos los centros de arbitraje en los que se regulan estas posibilidades. Obviamente, todo ello favorece la maximización de la eficiencia y la celeridad.

ii) Por otro lado, la incorporación de la inteligencia artificial como incorporación en la toma de decisiones o si se quiere funcional. Y esa posible intervención de la IA en la toma de decisiones puede realizarse a dos niveles: en primer lugar, la incorporación de colaboración de la máquina (con la existencia de estándares o criterios) que permiten al tribunal arbitral resolver sobre esas directrices o *guidelines* favoreciendo con ello la predecibilidad; ahora bien, caminamos hacia un escalón mayor, a saber, la posible sustitución del tribunal arbitral por la máquina, la robotización del tribunal arbitral, la toma de decisiones por un robot. Son dos modalidades de aplicación de la IA. En el primer caso se emplearía el sistema de expertos y en el segundo la robotización judicial-arbitral (máquina inteligente).

Lejos de ser una situación aislada, son ya numerosos los avances en la búsqueda de la aplicación de la IA en la toma de decisiones judiciales-arbitrales, con aplicación de sistemas de expertos que favorecen la toma de decisiones. En EE UU estos sistemas están avanzando a una velocidad inusitada, en todos los ámbitos, inclusive en sede procesal penal. El objetivo pretendido es configurar unos criterios que permi-

tieran eliminar la disparidad y favorecer la uniformidad o estandarización de las decisiones. Y esto convive con el empleo de los sistemas computacionales para la predecibilidad de las sentencias³², de importancia para la preparación de la defensa. Estos métodos permiten a los grandes despachos y a los lobbies económicos internacionales saber cómo moverse a la hora de preparar una posible estrategia, esto es, dependiendo de quién puede ser mediador o árbitro o juez, tipo de nacionalidad, cuantía, materia compleja o simple, tiempos, etc. Es la aplicación de la informática y las tecnologías a la búsqueda de una homogeneidad y previsión de los resultados que pueden obtenerse en el marco de un litigio.

Por otro lado, en el seno de la Unión Europea hemos incorporado la figura del decisor-robot en materia de resolución de conflictos en consumo, por el enorme impulso recibido a estos efectos desde la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (UE) N. 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, dando lugar a la consolidación de las *On line Dispute Resolution* (ODR) en materia de consumo³³. Las peculiaridades propias de los conflictos sobre consumo pueden favorecer estos mecanismos en los que los programas informáticos desempeñan un interesante aporte en la resolución de conflictos, todo y que es la robotización de la solución del conflicto (la máquina inteligente), estandarizando las respuestas de acuerdo con un programa apropiado para ello.

Es innegable que estamos ante un avance tecnológico sin precedentes. Una manifestación más de la sociedad global en la que nos encontramos y un camino orientado desde parámetros de eficiencia que comportan cada vez más una superación del ser humano por la máquina. Quizás en el futuro la inteligencia artificial supere el pensamiento humano crítico, sus imperfecciones, y sea capaz de equilibrar eficiencia con derechos. De momento, genera una cierta inquietud ese paso de la creación de las máquinas con pensamiento humano a la conformación de los humanoides, a saber, de crear máquinas que creen su propio pensamiento y, por ende, su capacidad sui generis de resolver.

En conclusión, la cuarta revolución industrial denominada 4.0. ha alcanzado al mundo del Derecho y, tras un *modus operandi* de eficiencia y economía, son numerosas las manifestaciones de esa nueva

³² D.I. Simester, R.J. Brodie, "Forecasting criminal sentencing decisions", *International Journal of Forecasting*, 9, 1993, pp. 49–60

³³ M.J. Catalán Chamorro, *El acceso a la Justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

manera de hacer y gestionar que se han implementado. En esa revolución ha destacado la aparición de la Inteligencia Artificial, una ciencia destinada a construir máquinas capaces de aprender, pensar y crear. Unas máquinas que van adquiriendo enorme protagonismo. Es más, la máquina está preparada para realizar desde la tecnología esa tarea sutil con una mayor celeridad que los humanos. En estos casos estamos ante supuestos de perfeccionamiento de las funciones humanas a través de la máquina. La evolución parece ya imparable, y los sistemas de algoritmos han ido permitiendo, por un lado, la introducción de *criteria* a la hora de dictar sentencias, y, por otro, parecemos ir caminando hacia la búsqueda de una cognición artificial, a saber, la “máquina judicial-arbitral”, el robot-juez. Ese paso comportaría no la colaboración máquina-ser humano sino la sustitución del ser humano por la máquina. Nos produce unas sensaciones inquietantes. Y desde luego, todo ello nos suscita la gran incógnita: ¿desapareceremos los árbitros en las próximas décadas por ser mucho más onerosos y menos eficientes que las máquinas?. El tiempo lo dirá.

Nuevas cuestiones emergerán ante esta realidad y sobre todo un dato de innegable importancia, algunas de ellas ya suscitadas en algunos foros. La aparición de los robots o los humanoides generan conflicto en el tratamiento jurídico de éstos, o lo que es lo mismo, ¿podrá extrapolarse jurídicamente la consideración de persona, sus derechos y sus responsabilidades como a las personas? Se trata de cuestiones que deberán tratarse adecuadamente y encontrar espacio en las regulaciones jurídicas³⁴. Habrá que ver cómo avanza el derecho paralelamente a la imparable incorporación de la máquina inteligente, y determinar el grado de responsabilidad que pueda asumir por sus respuestas “inteligentes”, amén de determinar y regular sus propios derechos, apareciendo algo así como lo que Pagallo denomina como el derecho de los robots³⁵.

³⁴ Muy interesantes son las reflexiones que plantea J. Erhardt en “Rechtsperson Roboter—Philosophische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit künstlicher Intelligenz”, en S. Gless; K. Seelmann, *Intelligente Agenten and das Recht*, 2016, pp. 63–65. Este autor expone claramente los avances de la inteligencia artificial y la capacidad para que creando humanoides se desarrollen funciones humanas, pero considera que no puede identificarse el robot con la persona ni atribuir derechos y responsabilidades como a las personas. Hace expresa referencia al significado de “convencimiento”, “libertad”, “racionalidad”, “conciencia”, elementos propios del pensamiento humano que no se integran en el desarrollo de la inteligencia artificial (pp. 91–92). Probablemente no se trata realmente de una cuestión de presente empero sí de un futuro que se aproxima, que se muestra incierto en estas cuestiones a mi parecer, y en el que son muchas las incógnitas que en el mundo del derecho pueden plantearse y requerirán necesariamente soluciones adecuadas.

³⁵ U. Pagallo, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Dordrecht Heidelberg, New York, Londres, 2013, en especial, pp. 183–192.

V. Conclusión

Asistimos a un mundo cambiante, evolutivo a una gran velocidad, en el que priman los disvalores eficiencia y eficacia, que arrastran grandes dosis de celeridad, la búsqueda de la predecibilidad y el interés por el menor coste. Estos datos han incidido palmariamente en las reformas de los reglamentos de las instituciones arbitrales, con una tendencia a incorporar procedimiento abreviados, con reducción de plazos, de fases, de actuaciones, con un objetivo directo de acortar tiempos y menor coste en el modelo arbitral. Todos ellos ingredientes para impulsar el arbitraje como el mejor de los sistemas para resolver los conflictos que se plantean en sede empresarial, un mundo en el que el tiempo juega de forma inusitada en la eficiencia de los modelos económicos.

Ese retrato, empero, ha venido marcado por la impronta de las tecnologías, de la técnica y de la ciencia, y especialmente de la neurociencia, emergiendo un modelo que cada vez más se aproxima a los sistemas de resolución de conflictos igualmente. La cuarta revolución industrial tecnológica ha venido vinculada a la aparición de la inteligencia artificial en numerosos ámbitos de la vida, y va poco a poco incorporándose al mundo del derecho y a la toma de decisiones en sede judicial y en sede arbitral. La aparición de sistemas que permiten la predicción y la previsibilidad ha llegado también a las instituciones arbitrales, a los árbitros, y parece que caminamos hacia una “deglutición” del humanoide arbitral por el ser humano-árbitro. Nada parece impedirlo.

El peligro, los peligros de morir por y desde la eficiencia puede propiciar lo que Nuccio Ordine en su obra *La utilidad de lo inútil* ha sabido expresar denunciando precisamente esa pérdida de lo esencial que ha compuesto y compone la vida del ser humano, allende lo útil en términos economicistas *Si dejamos morir lo gratuito, si escuchamos únicamente el mortífero canto de sirenas que nos impele a perseguir el beneficio, sólo seremos capaces de producir una colectividad enferma y sin memoria que, extraviada, acabará por perder sentido de sí misma y de la vida*³⁶.

³⁶ N. Ordine, *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Barcelona, Acantilado, 2013, quien en su página 74 matiza, *El hombre moderno, que ya no tiene tiempo para detenerse en las cosas inútiles, está condenado a convertirse en una máquina sin alma*.

Bibliografía

- BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2006.
- BARONA VILAR, S., *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- BARONA VILAR, S., "Reflexiones en torno al 4.0 y la Inteligencia Artificial en el proceso penal", en *Revista Ius Puniendi, Sistema Penal Integral*, Lima, Perú, n. 7, mayo 2018.
- BIEBRICHER, Th., "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016.
- CAIVANO, R.J., "Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global", en *Revista Argentina de Arbitraje*, Número 2- Mayo 2018.
- CATALÁN CHAMORRO, M.J., *El acceso a la Justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- CROMPTON, R., *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- ERHARDT, J., "Rechtsperson Roboter-Philosophische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit künstlicher Intelligenz", en GLESS, S. y SEELMANN, K., *Intelligente Agenten and das Recht*, 2016.
- EUCKEN, W., *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- HOBBSAWM, E.J.E., *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007.
- HOLTZMANN, H.M. & NEUHAUS, J.E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, La Haya, Kluwer, 1989.
- KRONMAN, A.T. "The Second Driker Forum for Excellence in the Law", 42 *Wayne Law Review*, 1965, 115, 160.
- MANDRIOLI, I., *I provvedimenti d'urgenza: Deviazioni e proposte*, RDProcessuale, 1985.
- ORDINE, N., *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Barcelona, Acantilado, 2013.
- PAGALLO, U., *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Dordrecht Heidelberg, New York, Londres, 2013
- PLANT, R. "Friedrich August von Hayek: Der (neo-)liberale Staat und das Ideal des Rechtsstaats", en Th. Biebricher (ed), *Staatsverständnisse*, Baden-Baden, Nomos, 2016.
- POSNER, R.A. "Valores y consecuencias: una introducción al Análisis Económico del Derecho", en "El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago", UPC, Lima, noviembre, 2002.

- RUSELL, S.&NORVIG, P., "Inteligencia Artificial Intelligence: A Modern Approach", "<http://aima.cs.berkeley.edu/contents.html>".
- SIMESTER, D.I.&BRODIE, R.J., "Forecasting criminal sentencing decisions", en *International Journal of Forecasting* 9, 1993.
- STEGER, M.B., *Globalization: A very Short Introduction*, Oxford University Press, 2003.
- SUCASAS, A., "Adiós, Inteligencia Artificial. Hola, equipo persona-máquina", en la Revista Retina, n. 2, febrero, *El País*, 2018.
- WILKE, H., *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001.