

Una petita historia del futur de l'arbitratge

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
de 28 de maig de 2013

per

RAMON MULLERAT BALMAÑA OBE^{1 2}

Membre de Número i Secretari de l'
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

*Discourage litigation,
Persuade your neighbors to compromise whenever they can.
Point out to them how the nominal winner is often a real loser
- in fees, expenses and waste of time
Abraham Lincoln, Notes for a lecture, 1850*

En primer lloc. Futurologia

*Me interesa el futuro porque es el sitio donde voy a pasar el resto de mi vida.
Woody Allen*

S'ha dit irònicament que és difícil fer prediccions, especialment si es pretén predir el futur. En aquest treball, proposo resumir alguns trets actuals de l'arbitratge i principalment aventurar alguns pronòstics sobre el seu futur.

Apol·lo, fill de Zeus, estava orgullós d'aparèixer en els temples de Grècia construïts en honor seu. Un dia que Apol·lo tornava al temple de Troia va trobar Cassandra, una bella sacerdotessa que treballava al temple. En el moment que Apol·lo va veure Cassandra, se'n va enamorar. Apol·lo proposà a Cassandra un pacte: li donaria el do de la profecia - la capacitat de veure el futur - si ella li feia un petó. Cassandra pensà que era una bona oferta. Apol·lo li va donar el seu regal i, a l'instant, Cassandra va veure Apol·lo, en el futur, ajudant als grecs destruir Troia. Quan Apol·lo va inclinar suaument el seu cap per besar Cassandra, ella el refusà aïradament i li escopí a la cara. Apol·lo s'enfurià. No podia prendre-li el seu regal, però el va complementar: Cassandra podria sempre més veure el futur, però ja ningú se la creuria.

La futurologia és una ciència social que estudia les tendències actuals per tal de preveure l'evolució futura. És impossible predir el futur amb precisió, però hi han senyals en l'actualitat

¹ Ramon Mullerat O.B.E. és advocat a Barcelona i Madrid; Iurisvalls Abogados; advocat a la Cour de Paris, França; Membre honorari de la Law Society of England and Wales; Membre honorari del Bar of England and Wales; Ex professor de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona; Professor adjunt de la John Marshall Law School, Chicago, EEUU; Professor ajudant de la Facultat de Rio Piedras de la Universitat de Puerto Rico, programa Bacreloga; Ex membre del Consell Europeu de la Emory University, Atlanta, EEUU; Ex-president del Consell de Col·legis d'Advocats de la Unió Europea (CCBE); Expert del Consell d'Europa; Membre de l'American Law Institute (ALI); Membre de l'American Bar Foundation (ABF); president de l'European Advisory Council de l'International Senior Lawyers Project (ISLP); Membre del Comitè Executiu de l'Institut d'Estudis Nord-americans (IEN); Ex-copresident del Human Rights Institute de la International Bar Association (IBA); Membre de la London Court of International Arbitration (LCIA); Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya; President de l'Associació pel Foment de l'Arbitratge (AFA); Membre de la Junta de l'Internet Bar; Ex-president del Consell Editorial de l'European Lawyer; Membre del Consell Editorial de l'Iberian Lawyer; Director del Master de Dret Internacional de l'Institut Superior de Dret i Economia (ISDE).

² Aquest treball està basat en la ponència que l'autor va presentar al Congrés Internacional d'Arbitratge, Barcelona, Octubre 2012.

que permeten prediccions serioses. Impulsats per la revolució tecnològica, els mortals estan cada vegada més interessats en descobrir l'esdevenidor.

La meua curiositat per l'anàlisi del futur s'originà en tres experiències personals. La primera va ser quan vaig presidir fa 20 anys un comitè del Consell de Col·legis d'Advocats de la Unió Europea (CCBE) (*L'avenir de la profession*) en què un grup d'advocats intentarem profetitzar el que destí tenia preparat pel dret i els juristes. La segona és la prospecció que *l'American Bar Association (ABA)*³ va realitzar fa uns anys per desxifrar el futur de la professió i en quin grup de treball, dirigit pel president de la *House of Governors de l'ABA* Bob Gray, vaig tenir l'honor de col·laborar com a consultor estranger. L'última i més recent és la lectura Física del futur, 2011 en que Michio Kaku, després d'entrevistar a tres-cents dels principals científics del món, explica com la ciència informarà les nostres vides quotidianes dintre de 30, 50 i 100 anys.

La preocupació de saber com serà l'arbitratge els pròxims dos, tres o més dècades és constant i el nombre d'estudis prolifera⁴.

En segon lloc. El present

No hi ha present: tots els camins son records o preguntes
Miquel Martí i Pol

Tota consideració sobre l'evolució futura de qualsevol institució ha de començar partint dels esdeveniments passats i presents. És a dir, reflexionar sobre la història recents i el present com base del que tenim per davant.

Només em referiré a uns quants trets actuals perquè, com William Park⁵, president de la LCIA, reconeix, el mig segle passat ha portat un *embarras de richesse* en l'evolució de l'arquitectura del procediment arbitral.

1. Ampliació de l'àmbit de l'arbitratge

Although the history of arbitration as a dispute resolution mechanism can be traced back to thousand years its use in new commercial and institutional settings is expanding gradually
Introducció al informe a la ABA House of Delegates amb motiu de la revisió del Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes

³ ABA Committee on Research About the Future of the Legal Profession, 2002.

⁴ Per exemple, el Symposium "International Arbitration: A Look to the Future", Virginia Law, 27 febrer 2009; the Conference on "The Future of Arbitration", George Washington University Law School, 17-18 Mars 2011; the Moot Alumni Association, "Lessons from the past and visions for the future of international arbitration", Hong Kong, 18 Mars 2012; 21st ICCA Congress in Singapore, "International Arbitration- the coming of a new age?", 10-13 juny 2012; the Congress on International Arbitration "Back to the Future", Barcelona 17-20 October 2012; the 29th Joint Colloquium on International Arbitration, co-sponsored per la AAA, the ICC and the ICSID, "Frontiers of Arbitration – Issues and Challenges", 2 novembre 2012

⁵ William W. Park, "Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change", Arbitration of International Business Disputes, 2006, p. 1.

L' àmbit de l' arbitratge ha experimentat un notable creixement: i) l' arbitratge s' ha multiplicat en més sectors (el laboral, les assegurances, els consumidors, els títols valors, l' esport, la propietat intel·lectual, la inversió, l' espai aeri, les telecomunicacions, fins i tot la fiscalitat⁶); ii) les institucions arbitrals que administren arbitratges s' han multiplicat i diversificat; iii) l' arbitratge s' utilitza cada vegada en més països de Llatinoamèrica, Àsia i Àfrica; iv) més professions jurídiques (jutges jubilats, notaris, acadèmics) i no jurídiques entren el món de l' arbitratge; v) nous àrbitres internacionals procedeixen de més jurisdiccions vii) mes estats i organitzacions internacionals participen en l' arbitratge degut a la creixent presència d' aquestes organitzacions en les transaccions internacionals⁷.

D' acord amb un Estudi d' Arbitratge Internacional: Actituds i Pràctiques de la Universitat de Negocis Queen Mary el 2006⁸, la gran majoria de les empreses enquestades (73%) acudeixen a l' arbitratge internacional per resoldre els seus litigis transnacionals.

2. Ampliació de les matèries arbitrables (arbitrabilitat)

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest
Papà, D. 2, 14, 38

Ha crescut l' esfera de l' arbitrabilitat. Algunes de les àrees que tradicionalment estaven fora de l' àmbit de l' arbitratge són avui plenament arbitrables, per exemple les controvèrsies de dret públic, la competència, les assegurances, les finances, l' ocupació i altres camps.

Prenguem com a exemple la competència⁹. El dret de la competència és un dret necessari (*jus cogens*) que prohibeix els acords i pràctiques restrictives de la competència i les posicions dominants i que té com a objectiu promoure un mercat competitiu, com principal motor de la innovació i el desenvolupament i la disminució dels preus en benefici dels consumidors.

El 1985, el Tribunal Suprem dels EEUU va emetre una sentència (cas *Mitsubishi*¹⁰), reconeixent l' aplicabilitat de l' arbitratge per a la resolució de controvèrsies de política pública, com les lleis antimonopoli (*antitrust*). A Europa, encara que en el cas del Tribunal Europeu de Justícia *Eco-Swiss v Benetton*¹¹ la possibilitat d' arbitrar qüestions de dret de la competència no va ser reconeguda de forma explícita, en aquesta influent sentència, el TJCE va decidir que un tribunal nacional a qui es demana anular un laude arbitral ha de decretar la seva nul·litat si considera que el laude és contrari a l' art. 81 del TCE. Igual que als EEUU, si l' àrbitre no aplica la legislació comunitària, el jutge que ha d' executar el laude pot considerar la no aplicació del dret comunitari com una violació de l' ordre públic. El TJCE va inferir que, encara que el dret de la competència es consideri dret indisponible, se' l considera arbitrable.

⁶ A Portugal el Decret-Llei n° 10/2011, de 20 gener va introduir un sistema d' arbitratge per resoldre conflictes fiscals. Miguel Durham Agrellos, "O Regime de Arbitragem Tributária Português", *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 29, maig 2011. A Espanya es va intentar un sistema similar pero va fracasar.

⁷ Karl-Heinz Böckstiegel, "Perspectives of Future Development in International Arbitration", *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2008, p. 821.

⁸ Queen Mary University, "2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices".

⁹ Ramon Mullerat, "Arbitration and competition law: A basic summary of the debate", 2011.

¹⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

¹¹ *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*, ECJ 126 / 97.

3. Consolidació de l'autonomia de les parts

*Quotiens dubia interpretatio libertatis est,
secundum libertatem responderunt erit
Pomponi, Contetació a Sabinus, Llibre 7*

L'autonomia de la voluntat de les parts és el principi per antonomàsia de l'arbitratge, reconegut per totes les lleis nacionals, institucions i organitzacions, nacionals i internacionals, d'arbitratge¹². L'autonomia de les parts constitueix el pilar bàsic en l'arbitratge *nemine discrepante*. Un clar exponent de la supremacia de la voluntat de les parts és, per exemple, la Llei anglesa de 1996 (art. 1 (b)): "les parts han de tenir llibertat per acordar com es resolen els conflictes, només subjecte a les garanties que siguin necessàries en l'interès públic". Avui en dia l'autonomia de les parts s'estén a la major part dels aspectes de l'arbitratge: el nomenament dels àrbitres, l'elecció de la seu i el dret aplicable, l'elecció de l'idioma de l'arbitratge, els requisits i forma dels laudes, etc.

En relació amb l'anterior, s'ha de mencionar el principi de flexibilitat, en virtut del que les parts tenen llibertat gairebé absoluta d'organitzar el procediment arbitral i decidir les proves de que es valdran¹³.

La situació actual de l'arbitratge ha permès superar un dels obstacles preliminars i aconseguir un equilibri entre la legislació (com a conjunt de regles rígides) i la flexibilitat, que s'ha convertit en un dels estereotips d'arbitratge. Quan als advocats d'empresa se'ls va demanar que prioritzessin els avantatges de l'arbitratge, segons l'estudi de la Universitat Queen Mary al 2006, la flexibilitat va ser la nomenada amb més freqüència. Els enquestats van elogiar el fet que l'arbitratge ofereixi a les parts gran llibertat per estructurar el procés de solució de controvèrsies per adaptar-se als seus casos particulars.

4. Prevalença dels arbitratges de dret

*Aequitas preferetur rigorem juris
Bartolo, Comentarís al Digest Nou, vol. V, 111, ad D. 41, 3, 15*

Malgrat la predilecció en el nostre país per l'arbitratge d'equitat (*ex aequo et bono*) sobre el de dret, tal com havia reconegut la Llei 36/1988, avui predomina a tot el món la preferència de l'arbitratge de dret, que és el que s'aplica en defecte d'acord de les parts, essent l'arbitratge d'equitat poc utilitzat.

Així ho estableix la Llei Model CNUDMI (art. 28) que, tot i reconeixent la convivència de les dues formes d'arbitratge, determina aquesta preferència i que la Llei espanyola 60/2003 ha seguit. Ens hem de felicitar no obstant, de que Llei reformadora 11/2011 no suprimís l'arbitratge d'equitat en l'arbitratge intern relegant-lo al internacional com preveia el projecte finalment desestimat.

¹² Michael Pryles, "Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure", 2009. C. Chatterjee "The Reality of the Party Autonomy Rule In International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 20(6), 2003, pp. 539-560. Redfern i Hunter, amb Blackaby i Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^a ed., 2004, p 315.

¹³ Edoardo Ricci, "Evidence in International Arbitration Between Flexibility and Fairness: A milestone in the road of harmonization of different traditions", *International Association of Procedural Law*, 2009.

5. Acceptació de l'arbitratge pels jutges.

Iudex ex conscientia judicare debet
Azon, Brocrda, 20, 60

Inicialment a tots països tant les lleis com els jutges miren l'arbitratge amb recel i fins i tot amb hostilitat, perquè la justícia s'ha considerat tradicionalment monopoli del poder judicial. Aquesta actitud ha donat un gir de 180 graus i l'acceptació legal i judicial de l'arbitratge va en augment.

Encara més, l'important desenvolupament de l'arbitratge com a sistema privilegiat de resolució de conflictes comercials internacionals s'ha degut en gran part a l'impuls decisiu de la jurisprudència¹⁴. Si l'arbitratge ha estat recentment pròsper, aquest camí ha estat aplanat per un canvi en l'actitud judicial cap a l'acceptació de l'arbitratge com una veritable alternativa als litigis, juntament amb les reformes legislatives en tot el planeta. Avui en dia, a més, en molts països els jutges obliguen o persuadeixen a les parts a acudir a fórmules alternatives de resolució de disputes.

6. Solitud dels juristes al introduir clàusules de resolució de conflictes

La solitud és dolorosa quan s'és jove,
però més suportable quan s'és madur
Albert Einstein

Piero Calamandrei¹⁵ recordava que la solitud és el "drama del jutge" (*il dramma del giudice e la solitudine*). Però, aquí vull evocar també la solitud dels advocats en l'elaboració de les clàusules d'arbitratge. El que vull dir amb la "solitud de l'advocat" és que els advocats sovint no reben suficient atenció i assistència dels clients en l'elaboració de les clàusules de solució de controvèrsies al final dels contractes.

Prenem per exemple la redacció d'un contracte d'adquisició d'empreses (*M & A*). En la preparació del contracte, el comprador està absorbit amb el finançament del preu de compra, la modernitat de la fàbrica, els productes, els clients i el balanç. Té poc interès a discutir com manejar els possibles conflictes futurs i abandona a l'advocat que decideixi sobre les diferents opcions (mediació / arbitratge / litigi), els centres i regles d'arbitratge, la seu de l'arbitratge, les proves i molts altres aspectes rellevants si sorgeixen disputes. En primer lloc, al·lega que com a comprador no té temps per a "legalismes" i, en el segon, no pot concebre ni per un minut que la seva preuada operació pot fallar o tenir dificultats. És com, si a una parella enamorada que es casa, se li suggereix pactar les regles d'un futur divorci.

7. Absorció de l'arbitratge ad hoc per l'arbitratge institucional

Arbitration improves access to justice. It enhances the likelihood of recovery. It delivers speedier results. It keeps costs down. For many, it is a superior option to the

¹⁴ Claude Reymond, "Reflexions sur quelques problemes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives" en *L'Avenir du Droit. Melanges en Hommage de Francois Terre*, 1999, pp. 786 i ss,

¹⁵ Piero Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1935, p. 347.

expensive, slow, cumbersome ways that have come to typify our civil justice system.
Peter B. Rutledge, Catholic University of America, Columbus School of Law

Atès que els casos i els procediments d'arbitratge es tornen més complexes i econòmicament significatius, s'observa un predomini creixent de l'arbitratge institucional o administrat en detriment de l'arbitratge *ad hoc*, en el que les parts sotmeten la controvèrsia a un àrbitre que no està subjecte a les normes d'arbitratge institucionals. L'organització i la regulació de les principals institucions d'arbitratge s'han enfortit remarcablement en les últimes dècades i la major part dels arbitratges internacionals estan subjectes a les normes i l'administració d'una institució¹⁶.

Fa més de trenta anys, Ives Derains¹⁷, Secretari de la CCI, explicava com, entre les diferents alternatives que tenia davant la Cort Internacional d'Arbitratge de la CCI, la CCI va tractar de millorar el mecanisme d'arbitratge mitjançant l'enfortiment de les seves exitoses funcions, incloent a) el seu caràcter internacional, en lloc de regional, b) el seu caràcter universal front als litigis davant els tribunals nacionals, i c) els arbitratges institucionals en lloc de *ad hoc*.

De fet, avui en dia la majoria de les controvèrsies, nacionals i sobre tot internacionals, opten per l'arbitratge institucional per les seves evidents avantatges. D'acord amb l'Estudi d'Arbitratge Internacional: Actituds i Pràctiques de la Universitat Queen Mary¹⁸, avui més de tres quartes parts de les empreses es pronuncien a favor de l'arbitratge institucional. L'arbitratge *ad hoc* és generalment relegat a disputes de l'arbitratge intern i reclamacions de menor quantia.

En tercer lloc. Alguns trets sobre les tendències del futur de l'arbitratge

Fa quinze anys, Claude Reymond¹⁹ es preguntava si l'edifici arbitratge ja havia assolit un cert grau de perfecció o si hi haurien canvis en l'arbitratge amb els riscos i perills inherents. Els miscel·lanis comentaris del capítol segon poden ajudar-nos a entendre on es troba l'arbitratge avui. No obstant, ja que l'objectiu d'aquest treball és intentar preveure el futur, en aquest capítol em proposo esbossar alguns temes que poden caracteritzar el futur de l'arbitratge en els propers anys, i probablement més aviat que tard, ja que *tempus fugit irreparabile*.

1 Increment de l'arbitratge

Quan es convencerà la humanitat de la conveniència de resoldre els seus problemes mitjançant arbitratge?"
Benjamin Franklin

Gairebé tothom coincideix en que l'arbitratge continuarà la seva espectacular expansió.

¹⁶ Ramon Mullerat, "Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional", 2006. Paul Friedland, *Choosing Between Administered and Non-Administered Arbitration - Chapter 3 - Arbitration Clauses for International Contracts* - 2^a ed., 2007.

¹⁷ Ives Derains, "The future of ICC Arbitration", 14 *Journal of International Law and Economics*, 1979-1980, p. 437.

¹⁸ Queen Mary University, 2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices.

¹⁹ Claude Reymond, "Reflexions sur quelques problemes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives" in *L'Avenir du Droit. Melanges en Hommage de Francois Terre*, 1999, p. 790.

És comprensible que en la nostra era de la informació i de la comunicació a causa de la revolució de la tecnologia i els avenços microminiaturitzadors dels ordinadors i on la velocitat s'ha convertit en una icona, la societat no es veurà satisfeta amb una administració de justícia configurada per les necessitats i els mitjans tècnics de l'era industrial i exigirà una justícia més ràpida i menys costosa. De fet, la majoria dels científics i professionals estan d'acord que l'arbitratge i en particular l'arbitratge internacional continuarà expandint-se en progressió geomètrica. La globalització i l'increment de les relacions internacionals es veuran acompanyades per un progrés simultani en les disputes internacionals, que, en lloc de que es decideixen en els tribunals nacionals, cada vegada més les parts preferiran sotmetre's a un tribunal fora de l'estructura d'un estat en nacional. La utilització de l'arbitratge es consolidarà com a mètode flexible, ràpid i eficaç de solució de controvèrsies comercials.

Com ja he avançat, aquesta expansió ha sigut ja promoguda per l'actitud favorable dels tribunals (*arbitration friendly*) en molts països. Pel que fa als EEUU, per exemple, com Margaret Moses²⁰ diu: i) el Tribunal Suprem lidera una política federal a favor de l'arbitratge declarant que "qualsevol dubte sobre l'abast de qüestions d'arbitratge s'ha de resoldre a favor de l'arbitratge"; b) es sosté que la *Federal Arbitration Act* (FAA) s'estén en tota l'amplitud del poder del Congrés en virtut de la clàusula comercial, c) es sosté també que la FAA s'aplica als recursos interposats davant els tribunals estatals (a més dels federals), d) es considera que fins i tot les matèries dels drets anti-discriminació, laborals, competència (*anti-trust*) i de títols valors són arbitrables; e) s'interpreta que la FAA té preferència sobre les lleis estatals de protecció de les parts febles subjectes a clàusules d'arbitratge en els contractes d'adhesió. Si avui en dia, la majoria de transaccions internacionals mitjanes i grans contempnen ja l'arbitratge, això es convertirà en la norma general d'un món interrelacionat i interconnectat.

L'arbitratge també s'introduirà en algunes àrees on té dificultats de penetració com, per exemple, convenis laborals col·lectius, controvèrsies intergovernamentals, demandes per negligència mèdica, contractes de targetes de crèdit i altres que segueixen sent qüestionades.

2 La privatització de la justícia

Privatization of the state-owned economy is not yet on the agenda. We cannot do it immediately; my colleagues would not agree to it. But we must put all forms of ownership on an equal footing immediately and let different types of ownership compete with the state firms
Vaclav Klaus

En general la privatització és un dels *signa temporum* dels darrers anys²¹. Les fórmules alternatives de resolució de conflictes (ADRs) cada vegada conquisten més adeptes a les esferes públiques i privades i els governs i les empreses donen més suport al moviment ADR. S'ha dit que, en un futur no llunyà, l'arbitratge i la mediació seran els sistemes normals per resoldre els litigis civils i que l'administració de justícia de l'estat es convertirà en l'alternativa en molts casos.

²⁰ Margaret Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2008

²¹ P. H. Lindblom, 1992. "The Privatization of Justice: Some Aspects of Recent Developments in American and Swedish Procedural Law". Netherlands International Law Review, 39, pp. 199-214. "The privatization of justice?: mandatory arbitration and the state courts: Informe del 2003 Forum for State Appellate Court Judges

En un món més desenvolupat i amb una encara major consciència dels drets dels ciutadans, el cost del sistema judicial ja sobrecarregat preocupa a tots els governs sobre tot per a les reclamacions civils. Com Murray Miskin²² pensa, mentre que sempre hi haurà necessitat de que la societat castigui els qui cometes delictes i per tant del finançament dels tribunals penals, en la justícia civil és una altra història. Per a la classe mitjana, fins i tot amb tribunals finançats amb fons públics, el cost de presentar demandes civils és molt gravos i els governs de tot arreu busquen la manera de privatitzar la justícia i promoure els ADRs en lloc d'augmentar el finançament públic. Per exemple, a Ontàrio (Canadà) s'han introduït la mediació i l'arbitratge obligatoris pels conflictes de condominis (propietat horitzontal). Molts pensen que la societat no es podrà permetre el luxe de finançar el procés judicial pels litigis civils i que els governs privatitzaran la justícia civil.

3 Unificació i proliferació de institucions arbitrals

En el món existeixen avui dia diversos milers de institucions arbitrals que administren arbitratges. Es poden clarificar en varies categories segons la seva importància i reputació mundials: Una primera (*magic cercle*) seria sens dubte la formada per la Cort d'Arbitratge de la Cambra Internacional de Paris (CCI), la LCIA, la *American Arbitration Association (AAA)* i el *International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID o CIADI)*. Un segon grup (*golden cicle*) estaria integrat pels tribunals arbitrals del Cairo, Estocolm, Ginebra, Hong Kong, Singapur, Zurich, Xina. Un tercer grup més ampli comprendria Atlanta, Barcelona, Beirut, Bogotà, Dubai, Milà, Madrid, Miami, Moscou. En un quart grup, ja vindrien milers de centres locals.

Penso que observarem dos fenòmens. D'una part la interacció o fusió de centres petits amb pocs arbitratges l'any i a la vegada una proliferació de centres. Aquesta proliferació tindrà a la seva vegada dues tendències. Una, la sucursalització de les més grans per exemple la CCI amb més de 90 comitès nacionals; la LCIA, obrint dependències a la Índia i a Dubai; la AAA, a Nova York i Dublín. Per un altra banda, els projectes de creació d'un Tribunal Arbitral per la Mediterrània dintre de l'Unió per la Mediterrània, del que n'és candidata Barcelona i el projecte de Cort Internacional Ibero-americana liderat per Madrid amb varies seus.

4 Debilitament de "l'esperit de l'arbitratge".

Es equitatiu ... preferir l'arbitratge als tribunals de dret perquè l'àrbitre manté la visió de l'equitat, mentre que el jutge no mes mira el dret I la raó perquè els àrbitres varen ser nomenats fou perquè prevalgués l'equitat Aristòtil, Retòrica, llibre 1, capítol 13.

Malgrat el seu creixement, la reputació de l'arbitratge com a alternativa eficaç i econòmica dels litigis judicials està en certa manera en crisi perquè s'està assimilant lentament als procediments judicials. Tant és així, que alguns afirmen que l'arbitratge ha esdevingut "un litigi amb un altre disfressa" (*litigation in another guise*).

²² Murray Miskin, "Conflict Resolution: The Future is Arbitration not Court", 1 juny 2012.

A partir de l'arbitratge entre l'Iran i els EEUU el 1981 per la reclamació per les expropiacions iranís, la senzilla estructura de l'arbitratge va haver de ser estirada. Fali Nariman²³, vice-president de la CCI i un dels àrbitres internacionals més destacats, s'ha lamentat (*The spirit of arbitration*) que l'arbitratge ha esdevingut gairebé indistingible dels litigis judicials, als que havia sigut cridat a substituir. El creixement de l'arbitratge en les darreres dècades va crear confiança a les empreses i als advocats per usar-lo en els casos més grans i complexes²⁴. Però aquests casos són sovint massa complicats per al paradigma tradicional d'arbitratge en que les parts presentaven les seves desavinences de forma senzilla a un àrbitre, bon coneixedor del seu negoci, qui, amb un curt procés, arribava ràpidament a una decisió final. Avui les parts en general exigeixen elaborats convenis d'arbitrals, un ampli descobriment (*discovery*) abans de l'audiència, proves sofisticades i fins i tot el dret a impugnar el laude per errors de dret. També exigeixen àrbitres experimentats, audiències de prova similars a les judicials i laudes motivats. Aquestes exigències són difícils de conciliar amb la genuïna simplicitat de l'arbitratge.

La comunitat arbitral ha de fer els esforços necessaris per trobar l'equilibri entre la solució de controvèrsies complexes i al mateix temps un nou impuls al seu esperit prísti de simplicitat.

5 Convergència del *common law* i del *civil law*²⁵.

Les dues tradicions jurídiques del *common law* i el *civil law*, que fins fa poc es consideraven irreconciliables i paral·lels i com dues vies de ferrocarril, continuaran convergent encara que lentament. L'arbitratge es un dels factors decisius per aquesta convergència. Malgrat les diferències òbvies entre les dues tradicions –tant en el dret substantiu com en l'adjectiu– es van atansant poc a poc i, de forma particular, en matèria d'arbitratge internacional.

En general els signes d'aquesta confluència són múltiples. Es pot esmentar el flux de convenis internacionals com el Conveni sobre la compravenda internacional de mercaderies, el Conveni sobre el dret aplicable a les obligacions contractuals, el Conveni sobre la competència judicial i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, la Convenció de Lugano sobre el mateix tema, i en particular la Llei Model de la CNUDMI sobre Arbitratge Comercial Internacional i el Conveni de Nova York sobre reconeixement i execució de sentències arbitrals estrangeres, que constitueixen àrees importants d'unificació del dret. Els països de dret civil han adoptat progressivament institucions del *common law* en matèria civil (*trusts*), comercial (*leasing, factoring, franchising, merchandising*) i financer (*swaps, floating charges*) i ajusta velles nocions comuns als dos sistemes legals (com la cessió de crèdits, llicències de *know-how*, etc.) a les necessitats de l'economia moderna. En

²³ Fali Nariman, "The Spirit of Arbitration: The Tenth Annual Goff Lecture", *Arbitration International*, 2000, vol. 16, núm 3, pp. 261-278.

²⁴ Richard Chernick, William F. Rylaarsdam, Thomas J. Stipanowich & Stephen J. Ware, "The Future of Commercial Arbitration", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 9, 2, 2009

²⁵ Nikola Georgiev, Cultural Differences or Cultural Clash? The Future of International Commercial Arbitration", Abril 2012. Ramon Mullerat, "Court and Arbitration Procedures. Common Law and Civil Law Compared. Two Different but Convergent Vehicles". Siegfried Elsing and John Townsend, "Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration", *International Arbitration*, 2002. Julian Hermida, "Convergence of Civil Law and Common Law contracts in the Space Field". Giacomo Rojas Elgueta, Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis, 2009.

l'àrea del dret immobiliari, els arrendaments a llarg termini (*leases*), multi-propietat (*time-sharing, etc.*) son cada vegada més freqüents en els sistemes de dret civil²⁶.

També hi ha una mena d'osmosi, un intercanvi incessant, de conceptes jurídics, per exemple, el creixent ús del concepte de "raonabilitat" (*reasonability*) en el dret civil i l'acceptació del concepte de la *bona fides* en el *common law*. Aquesta convergència també és visible en el procediment judicial on en el món anglosaxó es van introduint fases escrites i en el nostre, fases orals. La UE seguirà sent un gran catalitzador de les dues cultures jurídiques. Les directives de la UE (per exemple, les directives sobre dret de societats, dret del consum, dret del medi ambient, etc.) han actuat com a agents catalitzadors, tant dels països de dret comú de la UE i les del dret civil. En particular, pel que fa als procediments civils, com al professor Kerameus²⁷ ha assenyalat encertadament, encara que hi ha algunes diferències aparentment irreductibles entre els dos sistemes (i sobre tot en la concepció de la jurisdicció, el judici per jurat, la *discovery*), altres revelen indicis de convergència en particular en els àmbits de la *discovery* i de l'apel·lació.

6 Dilució del mite de la "partició del nadó" (*splitting the baby*).

Molts advocats mercantilistes i assessors d'empresa creuen que els àrbitres en les seves decisions tendeixen a solucions mal denominades salomòniques²⁸ consistents en partir la raó en lloc de decidir plenament en favor de una part i en contra de l'altra basats en els fets i en la prova²⁹. En un estudi dirigit pel *Rand Institute for Civil Justice* amb advocats d'empresa el 2011, el 70% dels enquestats opinaren que els àrbitres tenen tendència a partir la raó en els seus laudes i un 17% opinaren altrament³⁰.

Això, que es coneix familiarment com el mite de la "partició del nadó" (*splitting the baby*), intenta acontentar per igual a les dues parts amb l'ànim de l'àrbitre de "fer equitat", per la qual cosa pot resultar que les dues parts en surtin insatisfetes. Però *tempora mutantur*, i cada vegada hi ha una major confiança en la rectitud de les decisions dels àrbitres. La creença de que l'arbitratge sol donar solucions salomòniques o "divideix el nadó" i no resol els casos pel que fa al fons va visiblement desaparèixer. Diversos estudis demostren que avui en dia una gran majoria dels laudes son de "es guanya o es perd" (*wins-loses awards*). És important continuar desenvolupant estratègies i tàctiques que assegurin que aquestes tendències no afectin la justícia.

7. Expansió de l'arbitratge inversor-estat³¹.

²⁶ Mauro Rubino-Sammartano, "Language and the Law: Civil and Common Law", *International Legal Practitioner*, Març 2000, pp. 21 i ss.

²⁷ Konstantinos D. Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure", *Louisiana Law Review*, 1985, p. 497.

²⁸ No s'oblidi que Salomó no va dividir el nadó, sino que el va entregar d'una peça a la seva mare.

²⁹ Solange Ritchie, "Arbitration myth busting. What every attorney and client needs to know", www.plaintiffmagazine.com, Setembre 2007. Daphna Kapeliuk, "The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators", 2010.

³⁰ The Rand Institute for Civil Justice, "Business to business arbitration in the United States", 2011.

³¹ Christopher Dugan, Noah D. Rubins, Don Wallace i Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, 2008.

Karl-Heinz Böckstiegel, "An Arbitrator's Perspective of BITs and their Relation to Other International Law Obligations", *Conference 50 Years of Bilateral Investment Treaties Taking Stock and Look to the Future*, 1-3

La gran quantitat de tractats bilaterals d'inversió (BITs) -tildats a l'ensem de plaga i de benedicció³²- el CIADI i el Tractat sobre la Carta d'Energia continuaran sent factors importants en el desenvolupament del sistema econòmic mundial en els propers anys. No obstant això, el fet que alguns països llatinoamericans hagin denunciat el Conveni del CIADI (Bolívia 2007, Equador 2009, Veneçuela 2012) és una senyal de falles en el sistema que demana una anàlisi atenta³³.

En efecte, després del seu èxit inicial, l'arbitratge inversor-estat ha d'abordar qüestions tècniques, jurídiques i polítiques importants. Des d'un punt de vista tècnic, per exemple, el debat etern sobre la definició de "inversió"; l'equilibri entre els principis de transparència i confidencialitat; l'ús de precedents en l'arbitratge d'inversions; les mesures provisionals i els resultats del nou procediment de refús de reclamacions temeràries (modificacions a les regles CIADI 2006). Des d'un punt de vista jurídic-polític, cal considerar si els tractats internacionals d'inversió adopten mesures adequades per equilibrar els drets i les obligacions de les parts; si els règims de protecció dels inversors constitueixen una inferència injustificable a la sobirania dels estats o imposen obligacions excessives al poder de l'estat per a dictar lleis en matèria social, ambiental i econòmica i actuar en l'interès públic; i si l'arbitratge inversor-estat confereix més privilegis a les empreses estrangeres sobre les nacionals; el debat de la MFN (nació més afavorida) sobre si les empreses estrangeres i nacionals són tractades de forma igual davant la llei. Altres obstacles que cal superar són el difícil equilibri en l'arbitratge d'inversió per determinar el punt en què la imposició de mesures fiscals pot equivaldre a una expropiació; fins en quina mesura els àrbitres han d'abordar qüestions de política pública; i, en general, les relacions entre els tractats de inversió i els drets humans. Des d'un punt de vista de la UE, la interacció dels tractats d'inversió amb la legislació europea és també una preocupació creixent pels inversors i els tribunals arbitral, especialment en el sector de l'energia i de la Carta de l'Energia i l'aplicació dels tractats d'inversió dins de la UE, la seva superposició de la protecció atorgada per la legislació europea³⁴.

8. L'arbitratge esportiu³⁵

Citius, Altius, Fortius
lema dels Jocs Olímpics

desembre 2009 i "Perspectives of Future Development in International Arbitration", The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2008, p. 821, 2009. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, i Stephan Wittich, International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honor of Christoph Schreuer, 2009. Olivia Chung, "The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration", 47 *Va. J. International L.* 953, 2006-2007. Alec Stone Sweet. "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier" *Law and Ethics of Human Rights* 4.1, 47-76, 2010. Gus Van Harten, Reform of Investor-State Arbitration: A Perspective from Canada, 2011.

³² Meg Kinnear, The Future of ICSID – Cap. 1 - *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 5, juny, 2012

³³ Catherine A. Rogers i Roger P. Alford (ed.), *The Future of Investment Arbitration*, 2009.

³⁴ Jan Kleinheisterkamp, "The next 10 year ECT investment arbitration: a vision for the future – from a European law perspective". LSE law, society and economy working papers, 07, 2011. Paul Michael Blyschak s, "State consent, investor interests and the future of investment arbitration: reanalyzing the jurisdiction of investor-state tribunals in hard cases", *Asper Review of International Business and Trade Law*, 99, 2009.

³⁵ Mark Mangan, "The Court of Arbitration for Sport: Current Practice, Emerging Trends and Future Hurdles", *Arbitration International*, 2009, vol. 25, núm. 4. RH McLaren The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes, 2011.

A causa de la difusió d'aquest nou camp de l'arbitratge, instaurat en 1984, i la implementació d'importants reformes 10 anys després, l'activitat de la Cort d'Arbitratge de l'Esport (CAS) és molt prometedora.

La predicció és que l'arbitratge esportiu CAS millorarà el seu atractiu mitjançant la superació d'alguns dels seus obstacles. En particular, l'arbitratge esportiu haurà de considerar qüestions com la d'adoptar una seu comú per a tots els casos i un únic tribunal (Tribunal Federal de Suïssa) amb autoritat per a supervisar tots els arbitratges CAS independentment d'on es duen a terme; reformar el sistema de recursos per a revisar *ex novo* els fets i el dret de la decisió impugnada; la llista tancada dels 270 àrbitres del CAS que sacrifica la llibertat de designació dels àrbitres en favor de l'eficiència; revisar els curts terminis processals; la consolidació d'un cos de principis aplicables als litigis (una *lex sportiva*); trobar un equilibri entre la publicitat dels laudes i el principi de confidencialitat; l'aplicació de diferents lleis dispositives depenent de l'organització esportiva que ha iniciat l'acció amb el risc de decisions contradictòries; les reformes a l'estructura del Codi CAS; els aspectes disciplinaris per a millorar la transparència dels procediments; descoratjar les denúncies i apel·lacions injustificades, i difondre importants missatges sobre, per exemple, la lluita contra el dopatge.

El jove arbitratge esportiu haurà de veure, sens dubte, moltes novetats en els pròxims anys, fent honor als seu lema *Citius, Altius, Fortius*.

9. L'"electronització" de l'arbitratge³⁶

*El ràpid augment de la potència dels ordinadors per a l'any 2100
ens donarà un poder com el dels déus de la mitologia que una vegada vam adorar
Michio Kaku*

En matèria de comunicacions, estem vivint un període de transició. Fa vint anys tot estava en paper, dintre de vint anys tot serà electrònic, mentrestant fem malabarismes amb els dos.

Hi ha una forta pressió mundial a que les autoritats judicials disposin d'una alternativa digital a la paperassa burocràtica i la ineficient comunicació. En molts països son ja "electròniques" les comunicacions entre les parts i els tribunals, la gestió de documents, l'accés informàtic a tots els documents presentats als tribunals. Alguns fins i tot han introduït "tribunals sense papers" (*paperless courts*) o tenen programes pilot per arribar-hi. La tecnologia de la informació està revolucionant el sistema de justícia en general. Ja fa alguns anys que Richard Susskind³⁷, assessor de Lord Wolf en la reforma del dret processal anglès va escriure (*The future of law*) que els advocats ja no ens diríem advocats sinó "enginyers de informació jurídica" (*legal information engineers*). En l'arbitratge, sobre tot en l'arbitratge internacional en què per definició els àrbitres, les parts, els advocats i els perits viuen a grans distàncies, les comunicacions fàcils i ràpides són essencials. La majoria de les institucions d'arbitratge ja utilitzen mitjans sofisticats de comunicació, reproducció de documents, gravació i videoconferència. S'espera lògicament que en un futur no llunyà els despatxos dels advocats i dels àrbitres seran també sense paper o virtuals. L'arbitratge futur (i litigi) serà principalment electrònic i per Internet

³⁶ Andrew L Schwartz, "Navigating Through the Future Complications of International Arbitration Under the Internet and the Expansion into Generic Top Level Domains", novembre 2011.

³⁷ Richard Susskind, *The Future of Law*, 1996

Hi ha una distinció entre "l'arbitratge en línia" (*on line arbitration*) i l'ús de mitjans electrònics en les comunicacions d'arbitratge tradicionals³⁸. Com ha assenyalat la UNCTAD / EDM³⁹, encara que el comerç electrònic està experimentant un ràpid i continu creixement, la presentació de controvèrsies en el comerç electrònic en l'arbitratge *off line* crea problemes notables. Poden les parts comunicar-se correctament a través de canals electrònics? Poden presentar proves electròniques en suport de les seves al·legacions? Amb quines condicions es pot organitzar un procediment d'arbitratge exclusivament electrònic? Poden els laudes ser emesos per via electrònica? L'ús de l'electrònica en l'arbitratge tradicional està experimentant un creixement significatiu.

Sensible a aquest fenomen, la CCI en la recent revisió del seu Reglament d'arbitratge 2011 admet els mitjans moderns de comunicació electrònica que permet al tribunal arbitral, les parts i la Secretaria comunicar-se per correu electrònic (com ja es feia en la pràctica). Les notificacions i comunicacions, diu l'article. 3, 2, "es poden fer mitjançant lliurament contra rebut, correu certificat, servei de missatgeria, correu electrònic o qualsevol altre mitjà de telecomunicació que proveeixi prova de l'enviament".

És difícil imaginar el que succeirà a la pràctica de l'arbitratge, si, d'acord amb la llei de Moore, la potència dels ordinadors es duplica cada 18 mesos. Michio Kaku⁴⁰ assenjala que la destí dels ordinadors, com l'electricitat, és la de "desaparèixer en els teixits de la vida, estar a tot arreu i enlloc, en silenci i sense traves realitzant els nostres desitjos". És difícil però imaginar un "Déu-àrbitre"!

10. El temps i cost⁴¹

The existing judicial system is too costly, too painful, too destructive, too inefficient for a truly civilized people.

To rely on the adversarial process as the principal means of resolving conflicting claims is a mistake that must be corrected.

Warren E. Burger, President del Tribunal Suprem dels EEUU

El temps i el cost són els dos principals avantatges tradicionals de l'arbitratge, així com els seus eslògans publicitaris. Aquests dos estereotips s'han erosionat i l'arbitratge ha deixat de ser un sistema simple per resoldre conflictes, convertint-se sovint en un altre procediment llarg i costós. Les raons es troben en uns processos cada vegada més complexes i amb majors quanties en litigi i en la introducció de tècniques i estratègies pròpies dels procediments judicials. Per això hi ha un interès creixent en el món de l'arbitratge, incloent les lleis i reglaments, de recuperar-los i garantir resultats justos i imparcials de forma econòmica i ràpida.

³⁸ Farzaneh Badii, "Online arbitration definition and its distinctive features". Armagan Yutsel, "Online International Arbitration".

³⁹ N. U. Conferència Trade and Development, Dispute Settlement. Commercial Arbitration. 5.9. Electronic Arbitration, 2003.

⁴⁰ Michi Kaku, *op. cit.*, p.25.

⁴¹ Ramon Mullerat, "El tiempo y el coste del arbitraje: como mantener el estereotipo", *La Notaria*, núm. 4/2011-1/2012.

La preocupació d'accelerar el temps i reduir els costos queda demostrat per la recent reforma de les lleis d'arbitratge en el que portem de segle, per exemple, Japó (2003), República Txeca i Malta (2004), Dinamarca (2005), Itàlia (2006), Polònia (2007), Austràlia, Irlanda i Escòcia (2010), França (2011) i Espanya de nou (2011). També ha estat el *leitmotiv* de la revisió de moltes de les normes, com les Regles de la CNUDMI (2010), les Regles de la IBA sobre Recepció de Proves en l'Arbitratge Comercial Internacional (revisada al 2010) i la mencionada recent reforma del Reglament de la CCI d'Arbitratge 2011 (en vigor l'1 de gener de 2012).

En l'últim exemple, la CCI va revisar les seves regles d'arbitratge amb dos objectius principals: modernitzar-les i reduir el temps i el cost dels procediments. Pel que fa a la modernització, permetent la incorporació de "parts addicionals" en el procés, la regulació dels arbitratges multi-part i la consolidació d'arbitratge, la creació d'un àrbitre d'emergència per actuacions abans de la constitució del tribunal, la possibilitat que els tribunals ordenin la confidencialitat de l'arbitratge i admetent que les comunicacions i les audiències puguin realitzar-se electrònicament. Per tal d'estalviar temps i diners, al 2007 la CCI ja havia publicat un informe ("El temps i la reducció de costos en l'arbitratge") preparat per la Comissió d'Arbitratge de la CCI, en quin grup de treball vaig tenir l'honor de participar. Ara, el Reglament reformat ordena a les parts i al tribunal fer "tot el possible per conduir l'arbitratge de manera ràpida i rendible", dóna expressos responsabilitats de gestió al tribunal, inclosa una conferència obligatòria de gestió del cas per establir el procediment de l'arbitratge (art. 24.1) i en l'Annex IV ofereix unes "Tècniques per al desenvolupament de les actuacions" que proporcionen exemples de mètodes per controlar el temps i cost. Algunes de les estratègies suggerides consisteixen en: la identificació de les qüestions que es puguin resoldre sobre la única base de la prova documental, sense audiència; la limitació dels documents a aquells que siguin rellevants pel cas, i permetre a les parts a continuar les negociacions encaminades a una transacció.

Una de les raons pel desafortunat augment dels retards i costos és que l'arbitratge s'ha convertit en massa formal -amb massa descobriment (*discovery*), masses actuacions i recursos, i masses proves supèrflues que fan perdre les característiques primordials de l'arbitratge i apropar-se al sistema judicial. En el futur sens dubte s'intensificarà la pressió sobre els actors de l'arbitratge -les parts, els seus advocats (en particular la limitació de descobriment, terminis, etc.), les institucions d'arbitratge (oferint procediments expeditius, menys retards, etc.) i els tribunals, per millorar aquesta situació⁴².

Amb l'objectiu de reduir el temps i el cost, en els últims anys s'han posat de moda certs mètodes de resolució de conflictes dins de la família de l'arbitratge, especialment convenients per a alguns sectors com la construcció, per exemple:

a. L'adjudicació, en que les parts sotmeten la controvèrsia al dictamen d'un "adjudicador" (*contracting authority*) (que l'emet en un curt període de temps). El procediment no segueix les regles d'arbitratge i és més ràpid i eficaç que els procediments judicials i fins i tot que l'arbitratge. La principal diferència és que el laude arbitral és definitiu i vinculant, mentre que la decisió de l'adjudicador no ho és, llevat de que sigui acceptada per les parts o confirmada pels tribunals. La pràctica demostra, no obstant, que sovint les parts resolen la diferència en base en aquest dictamen.

⁴² Richard Chernick, William F. Rylaarsdam, Thomas J. Stipanowich i Stephen J. Ware, "The Future of Commercial Arbitration", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 9, 2, 2009.

b. La via ràpida o arbitratge accelerat (*fast track, accelerated arbitration*), per a la resolució expedita de controvèrsies o reclamacions de menys complexitat. Aquests mètodes redueixen substancialment la paperassa i els retards, limiten la prova (nombre de testimonis i documents), eliminen les audiències i compten amb àrbitres molt experimentats, amb amplis poders per dirigir el procés. L'essència és que els terminis es determinen estrictament per endavant per cada acció per les parts o per l'àrbitre i no es poden demanar pròrrogues o ajornaments⁴³.

c. L'arbitratge de 100 dies (*100-day arbitration*), en que dintre dels 7 dies a partir del seu nomenament, l'àrbitre estableix un calendari processal per un període total inferior a 100 dies, incloent una audiència en els següents 10 dies i un altre termini de 28 dies per conclusions. Qualsevol ampliació dels 100 dies per dictat del laude ha de ser acordat per les parts (o l'àrbitre, si ha rebut poder per fer-ho).

d. L'associació (*partnering*) és un sistema de gestió orientat a la prevenció de conflictes en un projecte, generalment de construcció. S'utilitza un facilitador neutral per conduir el procés de comunicació entre les diferents disciplines involucrades en el projecte, des de les etapes conceptuals del disseny fins a la finalització de la construcció, incorporant principis de la mediació i la negociació. El procés reorienta els objectius de confrontació a un conjunt d'objectius comuns i la comunicació oberta i proporciona mètodes per fer front als conflictes i crea un ambient de col·laboració.

e. Arbitratge alt-baix (*high-low arbitration*) en el que les parts estableixen, abans de l'audiència, els límits inferior i superior del laude. Si la decisió de l'àrbitre és troba entre el valor alt i el baix, aquesta quantitat és el laude final. Si, en canvi, el laude està per sobre del màxim preestablert, es rebaixa automàticament a la quantitat superior predeterminada. Per contra, si és inferior a la mínima, el laude ascendeix a la xifra inferior.

f. Oferta segellada (*sealed offer*) és una oferta en sobre tancat feta per una o ambdues parts en un arbitratge. Si la part receptora no accepta l'oferta i, posteriorment, no rep un laude més favorable que el donat a l'oferta, esdevé responsable de pagar totes les costes de l'arbitratge des de la data de la presentació de l'oferta. L'oferta sol ser un incentiu per a una transacció i, per tant, una solució ràpida a la disputa.

g. Arbitratge "base ball" (*baseball arbitration*) és probablement un paradigma significatiu per aconseguir la rapidesa en l'arbitratge. En el "arbitratge base ball", l'àrbitre rep dues propostes de laudes completes redactades per les parts, després de l'intercanvi d'escrits d'al·legacions. L'àrbitre en tria una d'elles i refusa l'altra.

11. Clàusules d'arbitratge especialitzades

La máxima especialización equivale a la máxima incultura
José Ortega y Gasset

⁴³ Moltes institucions han creat regles d'aquest tipus, entre elles, les Swiss Rules (42), les WIPO Expedited Arbitration Rules, la Stockholm Chamber of Commerce Rules for Expedited Arbitrations (SCC), the AAA Commercial Arbitration Rules (Part E), CIETAC Arbitration Rules (50 ff), i altres.

Totes les institucions arbitrals ofereixen i els advocats amb freqüència incorporen en els seus contractes clàusules d'arbitratge uniformes de "talla única". Això dona seguretat i evita clàusules d'arbitratge patològiques. Però com no hi ha rosa sense espines, aquestes fórmules prefabricades presenten el risc que, quan sorgeix el conflicte, el procediment previst a la clàusula no encaixa perquè no té en compte l'especificitat del procediment i / o el tipus de proves que cada controvèrsia (M & A, distribució, franquícia, etc.) requereix.

Un problema addicional és que la clàusula d'arbitratge és sovint redactada per advocats d'empresa, excel·lents mercantilistes, però amb poca experiència en l'arbitratge. Per tant, les parts poden no beneficiar-se d'aquesta flexibilitat i eficiència, si la clàusula d'arbitratge no s'adapta bé als contorns del contracte i necessitats de les parts.

És recomanable la utilització de clàusules específiques que prevegin un procediment adequat a les disputes que sorgeixen habitualment en sectors especials beneficiant-se de la naturalesa flexible de l'arbitratge. Amb aquest objectiu, l'AAA va adoptar el 2007 una Guia Pràctica per a l'Elaboració de Clàusules de Solució de Controvèrsies⁴⁴ que ofereix (capítol IV) clàusules d'arbitratge per a contextos específics, per exemple conflictes internacionals, conflictes en la construcció, disputes sobre patents, etc.

Cada vegada més els advocats aprofitaran la flexibilitat de l'arbitratge que permet adoptar el millor procediment d'arbitratge per a les especificitats de les controvèrsies derivades de la interpretació o execució del contracte.

12. La integritat, la independència i la imparcialitat dels àrbitres.

Is arbitration only as good as the arbitrator?

Yves Desrains and Levy Laurent

És essencial que els àrbitres reuneixin alts nivells ètico-jurídics de conducta (i l'aparença dels mateixos)⁴⁵. Totes les lleis i reglaments d'arbitratge sense excepció emfatitzen la independència i la imparcialitat com a principi ètic més conspicu dels àrbitres. Com més s'expandeix l'arbitratge i es converteix en un substitut eficaç de la justícia estatal, amb més rigor s'exigiran aquests principis⁴⁶. Les lleis, les institucions i els tribunals seran cada vegada més inflexibles pel que fa a la independència i imparcialitat dels àrbitres.

Un dels esforços més notables per promoure la independència i l'evitació de conflictes d'interessos són, sens dubte, les Directrius de l'IBA sobre Conflictes d'Interessos en l'Arbitratge (*Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitration*) de 2004, que han rebut una acceptació molt favorable per part del món arbitral i dels tribunals⁴⁷. Les Directrius representen una contribució significativa a la institució arbitral i en particular a la independència i imparcialitat dels àrbitres, com element fonamental en l'arbitratge. Les Directrius tenen com a objectiu harmonitzar en les distintes cultures del món les diverses situacions que poden crear conflictes vers l'acceptació de la funció d'àrbitre. Contenen tres

⁴⁴ AAA, *Practical Guide for Drafting Dispute Resolution Clauses*, Modificades al setembre 2007.

⁴⁵ William Park, Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent, *San Diego Law Review*, vol. 46, 2009, p. 629

⁴⁶ Ramon Mullerat, "Judges' and arbitrators' independence compared", 2008.

⁴⁷ David A. Lawson, "Impartiality and independence of International Arbitrations. Commentary on the 2004 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", *ASA Bulletin*, vol. 23, no. 1, 2005, pp. 22 and 55. Markham Ball, *op. cit.*, p. 323. Leon Trakman, *op. cit.*, p. 2. Hilmar Raeschke-Kessler, *op. cit.*, p. 655. Gary Born and Rachael Kent, *op. cit.*, p. 22.

l·listes de situacions habituals segons les quals l'àrbitre ha de declinar (l·lista roja), revelar (l·lista taronja), o pot acceptar l'encàrrec sense més (l·lista verda).

Però, tot i la gran aportació que les Directrius han fet i haver seguit la jurisprudència de les jurisdiccions amb més experiència en l'arbitratge, al meu entendre han adoptat en molts casos una excessiva actitud *pro arbitro* en lloc de *pro partibus o pro institutione arbitralis*. La revisió de les Directives que es porta a terme actualment és una gran oportunitat per a corregir aquest defecte.

De fet, la Introducció declara que s'ha "tractat d'equilibrar els diferents interessos de les parts, representants, àrbitres i institucions arbitrals" i a la Part II, 8 reconeix que "la línia divisòria entre les situacions indicades de vegades molt prima" i que "es pot discutir si una determinada situació ha d'estar en una l·lista en lloc d'un altre" i que "qualsevol dubte sobre si un àrbitre ha de revelar ... s'ha de resoldre a favor de la revelació" (GS-3 (c)). Malgrat això, com dic, en molts casos, les Directrius han pres una actitud massa *pro arbitro*. En l'equació entre la necessitat que els àrbitres siguin, i siguin vistos com independents i imparcials i el dret de les parts per triar lliurement els àrbitres de la seva elecció (Introducció 2), la primera opció ha de prevaler en interès de la reputació de la institució de l'arbitratge. Per això sostinc que les Directrius s'havien de sotmetre a certes operacions cromàtiques.

Alguns exemples de desequilibri: un àrbitre que assessora regularment a la part que el nomena ha de ser desqualificat, ja sigui si en deriva uns honoraris substancials o no (circumstàncies 1.4 o 2.3.7); l'àrbitre que ha donat assessorament jurídic o ha emès un dictamen també hauria de ser desqualificat (2.1.1) i aquesta situació hauria de incloure's en la Llista roja irrenunciable. A més, circumstàncies com l'àrbitre que representa les parts (2.3.1) o l'àrbitre que treballa com advocat en el mateix bufet d'advocats que l'advocat d'una de les parts (2.3.2), circumstàncies que les Directrius actualment permeten a les parts renunciar, haurien de ser irrenunciables⁴⁸.

El meu suggeriment per a millorar les Directrius fent-lo un conjunt estricte de recomanacions⁴⁹ està motivat per la necessitat de protegir i millorar la bona reputació d'arbitratge, la qual cosa precisa incrementar no solament la independència i imparcialitat absolutes de l'àrbitre, sinó també l'aparença d'aquestes independència i imparcialitat, no només als ulls de les parts, sinó també als ulls del públic en general.

No és difícil preveure que algunes de les Directrius, meres recomanacions actuals, es convertiran aviat en normes imperatives, com ja ho venen fent a través de la seva invocació

⁴⁸ La relació entre l'arbitre i el seu bufet d'advocats no es tracta amb prou rigor. És un principi general de l'ètica professional que un advocat i el seu bufet es consideren una sola entitat (Codi de CCBE, 3.2.4, Regles Model de ABA, 1.8). Aquest principi també és acceptat per l'Explicació de GS-6 (a) "l'arbitre, en principi, ha de ser considerat idèntic al seu bufet d'advocats". Tot i aquesta clara afirmació, la realitat és que l'actitud de les Directrius és en ocasions inversa, com es mostra en diverses situacions. Per exemple, si la firma d'advocats de l'arbitre està actualment prestant serveis a una de les parts, siguin quines siguin les circumstàncies (3.2.1) o dos àrbitres són de la mateixa firma d'advocats (3.3.1) i en un cas similar requeriria no la renúncia implícita, sinó la explícita de les parts. Un àrbitre ha de revelar que el seu bufet ha actuat en contra d'una de les parts, fins i tot en un assumpte no relacionat i sense la participació de l'arbitre (4.2.1), etc. A diferència del que les circumstàncies 4.4.2 recomana, crec que si l'arbitre i advocat d'una de les parts ha servit prèviament junts com co-àrbitre o co-advocat aquesta circumstància ha de ser divulgada per l'arbitre.

⁴⁹ Ramon Mullerat, "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited. Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, Which Needs a Slight Daltonism Treatment", *Spain Arbitration Review*, núm. 12, 2012, p. 61.

pels tribunals en les seves decisions o la seva introducció en la reforma de les lleis i codis de conducta.

13. Deslocalització

Globalization means different things to different people.

For a Peruvian farmer unable to compete with the low prices of imported foodstuffs, it means losing his income.

For a Czech car worker earning enough to buy his own home, it means prosperity.

For a poor Ugandan woman tilling her family plot, it means absolutely nothing

N. A Ngoni, "Lotta alla poverta e all'esclusione nel contesto dell'economia globale"

El fenomen de "deslocalització de l'arbitratge" s'anirà estenent. Aquest fenomen consisteix en una mena d'arbitratge internacional no derivat o basat, sinó independent d'un ordenament jurídic nacional, i no regit, per tant, per la llei de la seu de l'arbitratge, sinó només pel dret internacional. La característica de l'arbitratge deslocalitzat és que es desprèn de les normes de procediment de la seu de l'arbitratge, de les normes de procediment d'una llei nacional específica, de la llei substantiva de la seu de l'arbitratge i del dret substantiu nacional de qualsevol jurisdicció específica.

La deslocalització depèn dels acords contractuals, dels acords sobre les regles d'arbitratge, dels principis generals de les obligacions comercials aplicables a les transaccions, i dels principis substantius i de procediment aplicables als sistemes legals a què està connectada la transacció.

La teoria de la deslocalització, separant l'arbitratge del control estatal, comportarà nous mètodes d'arbitratge internacional (internacionalització) o, el que respon a la nova idea d'unificar els procediments d'arbitratge amb preferència al sistema tradicional de la teoria de la seu de l'arbitratge que té dues accions principals: la *lex arbitri* i l'òrgan jurisdiccional nacional (lloc d'execució)⁵⁰. Es considera que la teoria de la seu de l'arbitratge ja no serà efectiva en l'àmbit internacional portant a noves tendències i desenvolupaments internacionals del nou ordre econòmic, que demana la velocitat pròpia de la globalització, i que es convertirà en feble i incapaç de fer front a les noves tendències en les transaccions comercials internacionals. La teoria de la deslocalització ha començat ja a esdevenir una teoria líder del nou desenvolupament de l'arbitratge en un món globalitzat.

14. Arbitratge de les accions de classe⁵¹

Class action lawsuits are an important part of our legal system. All citizens should have the right to band together and settle grievances with bigger companies, but that system is broken and it needs fixing.

⁵⁰ A. J. van den Berg, "International commercial arbitration: important contemporary questions". Permanent Court of Arbitration. International Bureau, International Council for Commercial Arbitration; Gary Brian Born - International commercial arbitration, 2009. Herbert Smith, "How significant is the seat of international arbitration". Dejan Janićijević, "Delocalization in international commercial arbitration", Law and Politics, vol. 3, no 1, 2005, pp. 63-71.

⁵¹ Peter J. Kreher, Pat D. Robertson III, "Substance, Process, and the Future of Class Arbitration", primavera 2004, 9 Harvard Negotiation Law Review, 409.

Pel que fa a l'admissió de les accions col·lectives de classe en l'arbitratge, en *Green Tree Financial Corp. v Bazzle*, el Tribunal Suprem dels EEUU el va reconèixer per primera vegada com a procediment admès per la *Federal Arbitration Act* el que faculta als àrbitres per decidir aquests tipus d'accions. La decisió posa en qüestió, no obstant, la validesa de les clàusules de renúncia de les accions de classe, una pràctica que ha crescut a mesura que les empreses busquen formes d'evitar els perills inherents a aquestes accions.

Malgrat això, des del punt de vista de l'arbitratge internacional, les accions de classe presenten especials problemes, ja que molts països les veuen com un fenomen exclusiu dels EEUU. Tradicionalment, els sistemes del *civil law* refusen les accions de classe per considerar-les que poden vulnerar principis processals importants com el que les accions processals son en principi de naturalesa individual i no col·lectiva. A Europa, per exemple, l'admissió d'aquests tipus d'accions es lenta i ha una resistència a introduir accions de classe del tipus del EEUU per por als abusos. No obstant això, alguns països han acceptat accions de classe limitades especialment en la litigació de consum (per exemple Suècia 2003, Finlàndia 2007, Noruega 2008, Dinamarca 2008 i Itàlia 2007 al reformar la Llei del Consum de 2005). A més, la Comissió Europea en la seva "Estratègia de Política de Consum" 2007-2008 va llançar una consulta sobre possibles accions de classe pels consumidors.

Degut a la creixent harmonització del dret, la predicció és que si les accions de classe han estat admeses en l'arbitratge dels EEUU, no és difícil pensar que no siguin acceptades, fins i tot amb limitacions i condicions, *urbi et orbi*, i és possible que aquest arbitratge "col·lectiu" s'estengui també com a mecanisme processal útil per disputes sotmeses a arbitratge⁵².

15. L'ús de descobriment (*discovery*)

The compulsory disclosure of pertinent facts or documents to the opposing party in a civil action, usually before a trial begins.
American Heritage Dictionary

El reconeixement i ús de descobriment també ha dividit històricament els procediments del *common law* i del *civil law*.

El *discovery* es, junt amb el procés amb jurat, un dels elements essencials del procediment civil, inclòs el procediment arbitral, dels EEUU⁵³. En canvi, en principi, el descobriment no existeix en els sistemes de dret civil, on, bàsicament, cada part ha de preparar la seva defensa amb les proves de que disposa. No obstant això, un tipus limitat de descobriment està sent gradualment acceptat per les lleis processals dels demés països, encara que sota el control del tribunal arbitral. Aquest és el cas, entre altres, de la Llei alemanya d'Enjudiciament Civil (modificada el 2002), s.142, que permet al jutge ordenar la producció de documents en possessió de la part contrària o fins i tot de tercers; i la Llei d'Enjudiciament Civil a França,

⁵² S. I. Strong, "From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration", 26 *Arbitration International* 2010, p. 493. ABA, "The Future of Class Arbitration: Forecasting the Fate of American Express Merchants' Litigation".

⁵³ Geoffrey Hazard i Michele Taruffo, *ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure*, 2006, Reporters Preface.

reformada pel Decret n ° 2011-48 de 13 de gener de 2011 (art. 1469); i també de la nostra LEC (art. 328).

A l'arbitratge, el descobriment està generalment dissenyat per a ser mínim i informal i menys extens que el de la jurisdicció ordinària perquè l'objecte de l'arbitratge és la resolució dels conflictes d'una manera ràpida i econòmica. Els tribunals americans⁵⁴ han observat que les parts prescindeixen de bon grat de mecanismes processals emprats en el procés de justícia ordinària a canvi de les avantatges d'una solució ràpida i menys costosa.

Poc a poc, però, a mesura que es sotmeten a arbitratge assumptes més i més complexes, la necessitat del descobriment en l'arbitratge guanya més adeptes⁵⁵. Les Regles de la IBA sobre Mitjans de Prova (Docs 3.3) permeten a les parts fer una "petició de produir", en què el sol·licitant descriu els documents o "una categoria de documents restringida i específica" que creu raonablement que existeixen i que estan en possessió de la part adversa, juntament amb una explicació de que són "pertinents i importants per a la resolució del cas"⁵⁶.

Recentment als EEUU s'ha originat un debat pel que fa a l'aplicació de la Secció 1782 del títol 28 del Codi "Assistència a tribunals estrangers i internacionals i als litigants en aquests tribunals", que permet a un litigant en un procediment fora dels EEUU sol·licitar a un tribunal dels EEUU obtenir evidència per a ser utilitzat en el procés estranger. D'acord amb la s.1782, les parts en un litigi estranger poden demanar directament als tribunals federals dels EEUU que ordenin la presentació de documents per a la seva utilització en tribunals estrangers, en lloc de tenir que acudir mètodes indirectes, com l'expedició de comissions rogatòries o peticions de la Convenció de la Haya emanades del tribunal estranger. Històricament, aquesta norma s'ha aplicat de manera conservadora. No obstant això, des del cas *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc. 2004*⁵⁷, els tribunals federals de districte han donat a la s.1782 una aplicació més liberal. En essència, el sol·licitant ha de demostrar tres coses: que (a) es tracta d'una "persona interessada" en un procediment estranger; (b) el procés està davant d'un "tribunal estranger"; i (c) la persona de la que se sol·licita l'evidència està en la jurisdicció del tribunal on es presenta la sol·licitud.

Es difícil preveure el futur de la s.1782 i si pot ser invocada en l'arbitratge comercial privat. Després del cas *Intel*, la majoria de tribunals de districte han permès l'ús de la s.1782 pels tribunals arbitrals. No obstant això, els tribunals federals d'apel·lació encara no s'han pronunciat sobre el tema post-*Intel*. Però, amb l'augment de litigis i arbitratge fora dels EEUU però relacionats amb els EEUU, la necessitat de descobriment de testimonis i proves documentals als EEUU sens dubte augmentarà.

16. Mesures provisionals⁵⁸

⁵⁴ Per exemple, Peterson, 242 Ill. App.3d at 1095, 611 N.E.2d at 1142 (citant *Drinane v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 153 Ill.2d 207, 606 N.E.2d 1181 (1992)). 10. *Burton v. Bush*, 614 F.2d 389, 390 (4th Cir. 1980), citada per Roseann Oliver, "Pre-Hearing Discovery in Arbitration: Is It Illusory?", 2001.

⁵⁵ Roseann Oliver, "Pre-hearing discovery in arbitration: Is it illusory?", 2001. Pedro J. Martinez-Fraga, *The American influence on international commercial arbitration: Doctrinal developments and discovery*, 2009

⁵⁶ Elsing, Siegfried i Townsend, John, "Bridging the divide in common law arbitration", *Arbitration International*, vol 18, núm. 1, 2002.

⁵⁷ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.* (02-572) 542 US. 241, 2004.

⁵⁸ Caline Mouawad, Elizabeth Silbert, "Interim Measures" (Interim Relief) in *International Arbitrations Involving Energy Investments*", King & Spalding, juny 2011. Dana Renée Bucy, "How to best protect party

En gran part de controvèrsies jurídiques, tant en la jurisdicció ordinària com en l'arbitratge, és sovint necessari protegir l'eficàcia de la decisió final. Si el sistema d'arbitratge no pugues proporcionar aquesta protecció, l'arbitratge no seria una alternativa real al sistema judicial. A causa de la complexitat dels actuals conflictes, com va reconèixer el secretari general de la CNUDMI, en la revisió de l'art. 17 de la Llei Model de la CNUDMI, "les parts busquen mesures provisionals en un nombre de casos cada vegada més gran". Al mateix temps, les mesures cautelars, conservatòries o provisionals són més complexes en l'arbitratge perquè els àrbitres als qui les parts doten d'*auctoritas*" per a dictar resolucions amb efectes de *res judicata* no posseeixen la *potestas* o el *imperium* judicial⁵⁹ per fer-les complir. Per aquestes raons, la revisió de la Llei Model de 2006 va substituir el tímid art. 17 per un capítol IV complet amb una articulació detallada del procediment per a obtenir mesures provisionals.

Certament, la naturalesa contractual de l'arbitratge genera algunes dificultats en aquest punt: a) el caràcter no executiu de les mesures cautelars dictades per un tribunal arbitral és un inconvenient en que un tribunal arbitral s'enfronta a l'hora de concedir mesures provisionals; b) quan la resolució de la disputa implica un tercer contra el qual les ordres del tribunal no son executives per manca de competència; c) quan es necessiten mesures provisionals de protecció a l'inici de l'arbitratge quan encara el tribunal arbitral no està constituït; d) en alguns països la competència dels tribunals ordinaris per a atorgar mesures provisionals pot estar limitada per la llei d'arbitratge.

Malgrat els avenços de la Llei Model CNMUDI (reforma de l'art. 17), la situació actual de les mesures provisionals disponibles en l'arbitratge internacional en els diferents ordenaments jurídics, legislacions nacionals, decisions dels tribunals, institucions internacionals i convencions internacionals és multiforme. Hi ha encara una certa confusió al voltant d'aquest tema, probablement a causa que les mesures cautelars depenen de la diversitat de les jurisdiccions estatals.

Problemes especials relatius a les mesures provisionals es produeixen especialment en l'arbitratge entre inversors i estats, particularment en els d'energia. La necessitat de les mesures provisionals en el context de les controvèrsies sobre inversions internacionals són importants, ja que proporcionen un procediment accelerat per impugnar les conductes agosarades dels estats d'acollida en el marc de la protecció dels drets de les parts en l'arbitratge.

No hi dubte de que el futur ens depararà una estructura internacional més favorable i harmonitzada en matèria de mesures cautelars per a donar suport al arbitratge, perquè pugui adaptar-se a les circumstàncies canviants i romandre com un mètode excel·lent de resolució de controvèrsies.

rights. The future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law", American University *International Law Review*, 25, núm. 3, 2010, pp. 579-609.

⁵⁹ Com Giorgio Bernini, President de la ICCA, va dir "l'àrbitre dispose de la balance de la justice, mais non de son glaive", citat per Claude Reymond, *op. cit.*, p. 797.

17.- Recursos contra els laudes.

Els recursos contra les decisions judicials i arbitrals són sovint necessaris. Però en l'arbitratge, on la simplicitat i la rapidesa constitueixen valors desitjats, els recursos s'han de reduir al mínim indispensable. Tot i això, alguns estudis afirmen que més del 50% de les empreses Fortune 1000 que no acudeixen a l'arbitratge se'n abstenen a causa de la carència del recurs d'apel·lació. No obstant això, les opinions estan dividides i la jurisprudència és contradictòria. D'una banda, el Tribunal Suprem de Califòrnia (*Cable Connection, Inc v Directe TV, Inc*⁶⁰) ha sostingut que les parts poden acordar la revisió judicial, limitant els poders de l'àrbitre i permetent que els errors de dret puguin ser objecte de revisió judicial. Però, d'altra banda, el Tribunal Suprem Federal, en el cas *Hall Street v Mattel, Inc*⁶¹, va declarar que les parts no poden ampliar el nombre de motius d'anul·lació de l'arbitratge taxat per la FAA. Fins a la decisió de *Hall Street* els tribunals d'apel·lació havien utilitzat la doctrina del "menyspreu manifest" (*manifest disregard*) com un suplement dels motius legals de la FAA per l'anul·lació dels laudes arbitrals.

El debat encara persisteix sobre si, en cas que les parts ho hagin pactat expressament, les parts poden obtenir la revisió judicial sobre la substància o els mèrits del cas o, almenys, tenir el dret d'apel·lar el laude internament davant de tres àrbitres dins del procés d'arbitratge.

En relació amb el dret a impugnar el laude, l'evolució a França ha sigut interessant. Fins ara, en l'arbitratge intern, la part no satisfeta amb un laude advers podia formular apel·lació sobre el fons davant dels tribunals de l'estat, llevat que les parts haguessin exclòs expressament aquesta possibilitat, el que passava amb normalitat, convertint-se la renúncia en una fórmula estàndard. Després de la recent reforma del *Code de Procedure Civil* en 2011, el laude no és susceptible de recurs, llevat acord en contra de les parts (art. 1489), invertint la situació anterior. Una altra característica destacada del nou dret d'arbitratge francès, però específicament per a l'arbitratge internacional, és la possibilitat de que les parts renunciïn en qualsevol moment a l'acció d'anul·lació. El Codi estableix (art. 1522), que "per acord especial, les parts podran, en qualsevol moment abans de dictar el laude, renunciar expressament a l'acció d'anul·lació". Això significa que, si les parts renunciïn a l'acció d'anul·lació, el laude internacional dictat a França no es pot anul·lar, encara que es manté la possibilitat de revisió extraordinària (art. 1502) o un recurs d'apel·lació contra l'ordre que autoritza l'exequàtur (art. 1522)⁶².

En el meu modo de veure, el futur, tot i respectant la voluntat de les parts, tendirà a restringir els recursos o, almenys, permetre que les parts acordin tal restricció. Si l'arbitratge representa la voluntat de les parts per evitar la intervenció dels tribunals estatals i les mateixes parts acorden que el laude pot ser revisada pels tribunals sobre el fons, equival a una mena de *contradictio in terminis*.

⁶⁰ *Cable Connection, Inc v Directe TV, Inc* -. 44 Cal. 4rt 1334.

⁶¹ *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008). Charles H. Brower, II, "Hall Street Assocs. v. Mattel, Inc.: Supreme Court Denies Enforcement of Agreement to Expand the Grounds for Vacatur Under the Federal Arbitration Act", 2008.Toronjo Pivateau, "Reconsidering Arbitration: Evaluating the Future of the Manifest Disregard Standard", 26 juliol 2010. Ramon Mullerat, "Pacta (not always) sunt servanda. Hall Street v Mattel or the right of the parties to broaden judicial review: the view of an outsider", *Spain Arbitration Review*, 2010.

⁶² Ramon Mullerat, "Allons enfants (arbitres) de la patrie... 50 pinceladas impresionistas sobre los puntos más relevantes de la nueva ley de arbitraje francesa 2011", *Spain Arbitration Review*, nº 11, 2011.

18.-L'arbitratge i els no-signataris⁶³.

Arbitratge es basa en el consentiment. Els contractes produeixen efectes entre les parts, el seus cessionaris i els seus hereus. Pels tercers un contracte és *res inter alios acta*.

No obstant això, en l'actual complexitat de les relacions econòmiques i comercials, cada vegada més empreses matrius, filials, entitats governamentals i altres tercers no-signataris del conveni d'arbitratge poden veure's afectats per la decisió arbitral. Encara que és generalment admès que la part que no ha acceptat l'arbitratge no pot ser obligada coercitivament a sotmetre's a l'arbitratge, ni li afecta la decisió arbitral, no és infreqüent que alguns no-signataris intentin aprofitar-se d'un conveni arbitral, o alguns signataris tractin d'obligar un no-signatari a sotmetre's a l'arbitratge. Diverses teories s'invoquen per a justificar la introducció de tercers a l'arbitratge, com ara: la incorporació per referència, l'assumpció, l'agència, l'aixecament del vel, l'alter ego, el impediment i d'altres. Malgrat el caràcter voluntari de l'arbitratge, els experts aconsellen als no-signataris a protestar tan aviat tinguin coneixement de que s'intenta involucrar-los en un arbitratge aliè.

Com ha assenyalat perspicaçment William Park, president de la LCIA, totes aquestes teories es basen en el consentiment tàcit, en la manca de personalitat jurídica o en la penetració del vel societari. Park diu que, la salut d'arbitratge internacional depèn en gran mesura de com els àrbitres apliquin aquests elements a la llum de les expectatives raonables de la comunitat empresarial internacional. El dilema del *to be o not to be* aquí és que ningú pot ser considerat responsable per l'incompliment d'un contracte o obligació que ell no ha convingut, però, d'altra banda, hi ha casos en què encara els no signataris han de veure's involucrats en convenis d'arbitratge aliens. L'evolució del paradigma de la personalitat jurídica i la limitació de la responsabilitat de les empresa, la crisi de la ficció legal de la personalitat, la interpretació econòmica del dret⁶⁴ i els conceptes de Pareto de l'eficiència, superioritat, optimització, assignació i distribució de la riquesa, contribuiran a la construcció de solucions a la problemàtica dels no-signataris.

19.- Arbitratge en la construcció.

L'arbitratge ha sigut el mètode tradicional de solució de controvèrsies preferit per la indústria de la construcció, que ocupa un important nombre de processos d'arbitratge. Les raons son que la construcció moderna involucra a moltes empreses, sovint amb cultures i drets diferents, la indústria en sí és molt litigiosa (predominant les disputes per defectes i per demores), es discuteix si el millor àrbitre per aquesta matèria és l'advocat o l'arquitecte i les decisions son impredecibles.

⁶³ William W. Park, "Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma" in Multiple Party Actions in International Arbitration, 3, 2009. Tae Courtney, "Binding Non-signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in The United States and Abroad", Clint Corrie, "Challenges in International Arbitration for Non-Signatories". John Townsend, "Non-signatories in International Arbitration. An American Perspective, ICCA Congress Series, 2007, p. 259. Kenneth Gorenber, "Recent Efforts by or against Non-signatories to Compel Arbitration under Equitable Estoppel", Barnes Thornburg, Commercial Litigation Update, 2011. Christina F. Crozier, Estoppel Doctrine Allows Arbitration Provisions To Be Enforced By and Against Non-Signatories", Haynes and Boone's Newsroom, gener 2008 .

⁶⁴ Richard Posner, Economic Analysis of Law, 2007

L'arbitratge de la construcció presenta alguns problemes peculiars, com ara l'arbitratge multi-part (multi-part en un sol contracte o multipart en contractes separats), la crida a tercers a l'arbitratge, l'acumulació, la singularitat de les proves, i les mesures cautelars. Un altre problema en aquest camp és la dificultat de crear una sòlida jurisprudència perquè en disputes similars els laudes estan lluny de ser homogenis. Una anàlisi realitzat en 2000 per *CM eJournal on Construction Arbitration: A Survey of Arbitrators Award's Consistency* confirma aquesta afirmació⁶⁵.

Encara que en la construcció l'arbitratge ha sigut considerat la veritable alternativa al procés judicial, quan l'arbitratge es veu com un litigi disfressat (*litigation in another guise*), l'arbitratge intern és cada volta menys comú en la indústria de la construcció arran de la caiguda dels seus principals avantatges, si be l'arbitratge internacional apareix com el mecanisme de solució de controvèrsies més elegit. La raó d'aquesta debilitat es probablement deguda a la "judicialització" del procés arbitral, que es caracteritza per considerar que els àrbitres tenen poca habilitat de gestió de l'arbitratge, l'excés d'activitat dels advocats (*over-lawering*), els abusos d'un descobriment (*discovery*) il·limitat, una excessiva recusació dels àrbitres, les audiències maratonianes, i les disputes posteriors al laude i a la seva anul·lació.

La realitat és que les controvèrsies en matèria de construcció, quan no es resolen de manera oportuna, esdevenen molt cares - en termes econòmics, personal i temps. També són considerables els costos menys visibles (per exemple, els recursos de l'empresa assignats a la controvèrsia, la pèrdua d'oportunitats de negoci) i els costos intangibles (per exemple, perjudicis a les relacions comercials, valors potencials perduts a causa de la resolució de conflictes ineficients). Als EEUU, s'estima que les despeses de litigi de construcció han augmentat a una taxa mitjana del 10% anual en l'última dècada, i un total de gairebé 5.000 milions de dòlars a l'any.

Conseqüència d'això és que en les darreres dues dècades, la indústria de la construcció ha fet un enorme progrés en el desenvolupament de mètodes més eficients no sols de resolució sinó també de prevenció de conflictes, consistents en estratègies per a la negociació i la transacció a fi de promoure la prevenció de disputes el més aviat possible reduint el risc de controvèrsies (*Construction Dispute Resolution*) com per exemple: a) l'aliança prèvia o *partnerig*; b) l'àrbitre del *discovery*, c) l'avaluació històrica de les disputes, d) l'avaluació neutral inicial; e) el mini-judici (*mini-trial*); f) les meses de resolució de conflictes; g) l'adjudicació. De fet, els experts es refereixen a la indústria de la construcció com a la gran innovadora en la resolució de controvèrsies⁶⁶.

⁶⁵ La revista dona compte d'una enquesta a la que es va demanar a uns 2000 professionals de la construcció (dels quals van contestar 429) que actuessin ficticiament com a àrbitres en un cas hipotètic que se'ls va sotmetre. El cas consistia en determinar els danys i perjudicis per una disputa ocasionada pel retard en l'acabament de la construcció, quina disputa involucrava un promotor, un constructor i un subcontractista. Es demanava a l'àrbitre que determinés si el subcontractista devia ser indemnitzat en la suma de 60.000 dòlars pels danys i perjudicis incorreguts en el retard de 30 dies en l'obra del projecte, en el benentès que tots havien coincidit en què l'incompliment per el retard no podia ser imputat al subcontractista i a que el subcontractista havia experimentat uns danys i perjudicis equivalents a 2.000 dòlars per dia. En el cas que l'àrbitre estimés que el subcontractista tingués dret a ser indemnitzat, l'àrbitre havia de decidir qui era darrerament responsable del pagament al subcontractista. L'àrbitre devia igualment decidir si el constructor devia ser indemnitzat pel retard i, en cas positiu, en quina quantitat el resultat de l'enquesta va donar el següent resultat: 94% van determinar que el subcontractista devia rebre 60.000 dòlars, el 34% que el promotor i el constructor debien pagar al subcontractista 30.000 dòlars cada un d'ells, el 35% va determinar que el promotor era responsable per la totalitat dels 60.000 dòlars, i el 18% que el constructor era responsable del pagament dels 60.000 dòlars.

⁶⁶ ENR 2000, Hinchey and Schor 2002.

Malgrat els avenços, encara queda molt marge de millora⁶⁷. L'enfocament de la prevenció és especialment important amb una àmplia gamma de noves tècniques dels ADRs. Es posa l'accent sobre tot en les juntes de revisió de controvèrsies a causa del seu èxit en la resolució de conflictes a nivell de projecte⁶⁸.

20. Processos mixtes

La pureza està en la mezcla
Victor Varzavsky

Els ADR es multipliquen en nombre i mètodes per tal d'adaptar-se a les peculiaritats d'alguns sectors industrials, a les noves disputes, a la mida de les parts, etc. Els avantatges d'ADR han revolucionat l'administració de justícia en general, i fins i tot algunes de les característiques dels ADR s'estan aplicant en la justícia ordinària.

És evident que l'evolució serà que els principals mètodes d'ADR existents (fonamentalment, l'arbitratge, la mediació, la negociació, l'avaluació per tercers, l'avaluació neutral primerenca, l'ombudsman, el mini-judici (*mini-trial*), l'adjudicació, etc.) augmentaran i mesclaran les seves respectives avantatges en una acció d'osmosi.

Existeix un antic i inacabat debat cultural sobre la funció dels àrbitres per promoure la transacció entre les parts que s'enfronten els professionals d'Amèrica, que no l'accepta, i Europa, que sí.

Malgrat els problemes derivats dels processos mixtes, tals com la "mediació-arbitratge" (*med-arb*) en el qual l'àrbitre comença com a mediador, però en el cas de fracàs de la mediació, imposa un laude obligatori, a causa de les conflictives missions d'un mateixa persona en diferents camps i fent servir dos barrets, la realitat és que l'activitat creativa en bases de l'autonomia de la voluntat trobarà noves fórmules d'ADR amb un component important d'arbitratge i mediació en què els arbitres seran invitats a servir en rols múltiples i, tot i que algunes iniciatives s'han traduït en experiments poc exitosos⁶⁹.

21. Immunitat dels àrbitres⁷⁰

Avertissimi juris est licere litigatoribus iudices recusare

⁶⁷ American Bar Association, Construction Disputes.

⁶⁸ Sai-On Cheung, "Critical factors affecting the use of alternative dispute resolution processes in construction", *International Journal of Project Management*, vol 17, núm. 3, juny 1999, pp. 189–194. M.Osama Jannadia, Sadi Assaf, A.A. Bubshait, Allam Naj, "Contractual methods for dispute avoidance and resolution, *International Journal of Project Management*, vol. 18, num. 1, febrer 2000, pp.41-49.

⁶⁹ Gabrielle Kaufmann-Kohler and Fan Kun, "Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China" 25(4) *Journal of International Arbitration*, 2008.

⁷⁰ Jean Claude Najjar, The User's Perspective: Liable or not Liable?, Vienna Arbitration Days 2011. Michael Hwang, Katie Chung and Fong Lee Cheng, "Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties" in *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation, the Fordham Papers* (Arthur Rovine, ed. 2008) p. 22515/04/2009. Ramon Mullerat i Juliet Blanch, "The Liability of Arbitrators: a Survey of Current Practice", *IBA Dispute Resolution International*, juny 2007. Martin Domke, The Arbitrator's Immunity from Liability: A Comparative Survey, 3 *U. Tol. Law Review*, 99, 1971.

L'arbitratge s'enfronta contínuament a problemes derivats de la seva naturalesa híbrida com una criatura del contracte i una criatura del procediment, com un instrument de relació entre els empresaris i l'administració de justícia. Una dels problemes més destacats és, sens dubte, la immunitat o la responsabilitat dels àrbitres. Han de ser els àrbitres considerats immunes com els jutges o responsables com a professionals contractats?

Hi ha diferents escoles de pensament pel que fa a la naturalesa de la relació entre l'àrbitre i parts i a la responsabilitat o immunitat en l'exercici de la funció d'àrbitre, i tant les lleis nacionals com els reglaments de les institucions arbitrals adopten postures diferents. Hi ha dues posicions principals: una que s'inclina a favor de la immunitat dels àrbitres, de ser exempts de responsabilitat a causa de seva "situació" propera al jutge o com un "quasi-jutge", principalment sostinguda per la tradició del *common law* (per exemple, els EEUU, Canada, Hong Kong). L'altra escola refusa la immunitat de l'àrbitre i el tracta com qualsevol altre professional quins serveis arrenda per a desenvolupar una tasca privada basada en el concepte de responsabilitat contractual ja que els àrbitres son contractats per les parts en un contracte d'arrendament de serveis i per tant subjectes a responsabilitat en el cas de incompliment.

Els àrbitres entren en relacions jurídiques amb les parts, les institucions arbitrals, els testimonis, els perits, els quals poden veure's afectats per la conducta dels àrbitres. Unes poques lleis nacionals, com l'espanyola obliguen als àrbitres a subscriure una pòlissa d'assegurança per a cobrir aquesta responsabilitat. Aquesta obligació legal es insòlita.

Ja que la responsabilitat pot ser en algunes circumstàncies justificada per negligència dels àrbitres a conduir el procés arbitral de una manera tempestiva i adequada, cada vegada més els àrbitres es veuen subjectes a reclamacions per part del afectats. A la vegada s'han aixecat veus denunciant a alguns poc escrupolosos que em les seves reclamacions tracten de silenciar als àrbitres poc simpàtics amb la seva causa.

Amb la convergència de les cultures del *common law* i del *civil law*, sens dubte el futur ens depararà solucions intermitges entre el qui creuen que l'àrbitre està subjecte a responsabilitat per negligència i els qui creuen que, degut a la seva posició propera als jutges ha de fruit d'una situació de immunitat o quasi-immunitat. Es necessari harmonitzar les regles de responsabilitat dels arbitres en l'exercici de les seves funcions i trobar una solució de compromís que equilibri la necessitat de que els arbitres puguin actuar independentment i dictar resolucions justes sense la preocupació de represàlies.

22. Arbitratge i tercers finançadors

L'arbitratge internacional d'inversió implica alts costos tant per a l'inversor com per l'estat amfitrió o receptor. Un fenomen recent especialment en aquest tipus d'arbitratge és el finançament de les actuacions per un tercer proveïdor de fons a una de les parts. Aquest tercer finançador sovint té escàs interès en les qüestions de fons de les actuacions arbitrals, perquè inverteix en el procés amb la finalitat d'obtenir un benefici de la controvèrsia.

En principi, els àrbitres no tenen competència per immiscir-se en l'acord de finançament de les parts per tercers a causa de que la seva competència es limita a la disputa entre l'inversor i l'estat receptor. L'acord de finançament és, per tant aliè a les relacions jurídiques entre l'inversor estranger i l'estat receptor. Algunes de les qüestions és si els tribunals arbitrals poden tenir en compte la relació entre l'inversor i el tercer proveïdor de fons, sobre tot en vista de la condemna en costes en el procediment arbitral i si l'existència d'un acord de

finançament està sotmets a normes sobre la transparència i divulgació per tal de garantir el respecte del principi de la "igualtat d'armes".

Recentment, en un procediment arbitral contra un estat en virtut d'un BIT, el reclamant va divulgar públicament que va recórrer als fons d'un tercer, emetent un comunicat de premsa declarant que havia "arribat a un acord de finançament del litigi", i que segons aquest acord, "el financer ha acordat pagar els costos legals en relació amb els procediments d'arbitratge internacional". El comunicat de premsa també explicava que el demandant "s'ha compromès a pagar a l'entitat de finançament una part important de qualsevol solució definitiva de la demanda d'arbitratge en contra del demandat". Aquesta divulgació inicial, voluntària i pública de l'existència d'un acord de finançament ha intensificat els debats en la comunitat arbitral en quant a si aquestes revelacions han de ser mes comuns i fins i tot obligatòries.

Les preguntes són llavors: si i quan un acord de finançament s'ha de donar a conèixer? Quina és la justificació per exigir la divulgació? Què és exactament el que s'ha de revelar (l'existència de l'acord de finançament o els termes de propi acord) i per qui? Qui ha d'imposar i fer complir l'obligació de divulgació? El futur haurà resoldre algunes d'aquestes qüestions.

23. Conveni de Nova York de 1958

El presente Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias ...
Conveni de Nova York, art. 1

Substituir o reformar, *that is the question*. El Conveni de Nova York, el fonament de l'arbitratge internacional, s'ha ocupat de la lliure circulació dels laudes arbitrals en el món i té una influència decisiva en la solució dels principals problemes tècnics d'arbitratge, i en especial l'execució transfronterera de les sentències amb efectes no només en el internacional, sinó també l'arbitratge local. Encara més, aquest Conveni ha estat a la vanguardia en el moviment d'unificació del dret i la justícia al món.

El Conveni ha aconseguit un èxit notable. La qüestió principal avui és si ha de ser derogat i substituït per un de nou o simplement reformat. És cert que han transcorregut més de cinquanta anys des de la seva adopció i ha plogut gran quantitat d'aigua. Crec que un nou conveni que derogui i substitueixi la CNY proposat per alguns autors, i més notablement pel professor van den Berg⁷¹, reconeixent al mateix temps els seus avantatges i la qualitat indiscutible de la seva proposta, prendria molts anys de preparació tenint en compte que 146 països ja han ratificat (molts més que en els anys 50) i és prematur, i en tot cas recomanable esperar fins que es va reunir a un major nombre d'experiències jurisprudencials. Els anglesos diuen que el que ja funciona no s'ha d'arreglar (*if it works, do not fix it*). Personalment m'inclino per l'adopció d'un acord annex o complementari per aclarir, complementar i modificar qualsevol deficiència del CNY. Aquesta fórmula té l'avantatge de mantenir la

⁷¹ Albert Jan van den Berg, "An Overview of the The New York Convention of 1958", 2008 and "New York Convention of 1958: Refusals" (2009), 15/04/2009. William W. Park, "Respecting the New York Convention" in 18 (2) ICC Court of Arbitration Bulletin 65 (2007), 17/11/2009. Ramon Mullerat, "Los segundos 50 años del Convenio de Nueva York; reflexiones sobre la falta de interpretación uniforme de algunos de sus preceptos", *Spain Arbitration Review*, num. 5, 2009, pp. 111 and ss. Karl-Heinz Böckstiegel, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement" *Journal of Dispute Resolution Special Issue, 2008 The New York Convention – 50 Years, 11th IBA Arbitration Day and United Nations New York Convention Day, 2008*, p.123

tècnica jurídica òptima, d'alta qualitat i la senzillesa del text original, que seria benvingut per la comunitat d'usuaris d'arbitratge i d'arbitratge. La proposta d'annex, com dic, ha d'incloure tots els defectes denunciats per la doctrina disposat de manera sistemàtica dintre del propi pla del CNY, usant la seva pròpia terminologia i llenguatge clar i senzill.

En quart lloc. Conclusió

Sóc conscient que deixo molts temes al tinter (o més aviat en el teclat), però la meua bola de vidre té els seus límits. Aventurar prediccions a més llarg termini podrien canviar el que vol ser un mer pronòstic en una perillosa endevinació i requeriria respostes a incògnites extra-arbitrals com ho seria el proper ordre geopolític mundial, especialment a Europa, els països àrabs i els països BRICs i PIGs? Convergiran les tradicions del *common law* i del *civil law*? Com afectarà finalment a la justícia la revolució tecnològica? Esdevindran els advocats "enginyers d'informació jurídica", com Richard Susskind (*The future of law*) sosté? Quàn tindrem tribunals amb jurisdicció universal en la línia que el Tribunal Penal Internacional va encetar? El Conveni de Nova York, pedra angular de l'arbitratge, serà substituït o simplement retocat, com espero? I alguns altres arcans.

Hi ha un clar futur brillant per l'arbitratge davant nostre. Cercar mètodes nous i més eficaços per satisfer les necessitats de les persones que s'enfronten en conflictes és clarament una tasca en la que val la pena contribuir, tant des del punt jurídic com del social. Caldrà esforç, optimisme i entusiasme per part de tots i especialment de la comunitat arbitral, però serà una modesta manera d'intentar fer el món una mica millor

Com va dir l'ambaixador francès Jules Jusserand, *l'avenir n'est pas dans les mains du destin, mais dans les nôtres*