

Validez y eficacia jurídica de los convenios arbitrales electrónicos

Mariliana Rico Carrillo*

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-93-106

Resumen: Las normas del Derecho Uniforme del Comercio Internacional establecen los principios básicos que rigen la contratación y el comercio electrónico. Estos principios han sido incorporados en las legislaciones sobre arbitraje con la finalidad de facilitar el desarrollo de procesos arbitrales en forma electrónica. La presente investigación tiene por objeto el estudio de los fundamentos jurídicos que permiten la celebración de convenios arbitrales electrónicos de acuerdo con los documentos aprobados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, principalmente la Ley Modelo de Comercio Electrónico, la Convención sobre utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.

Palabras clave: Contratos electrónicos. Comercio internacional. Convenio arbitral. Medios alternativos de resolución de conflictos. Arbitraje

Validity and legal effectiveness of electronic arbitration agreements

Abstract: *The Uniform International Trade Law establishes the basic principles that govern contracts and electronic commerce. These principles have been incorporated into the reforms of the arbitration legislation in order to facilitate arbitration proceedings electronically. This paper aims to study the legal foundations that allow electronic arbitration agreements in accordance with the documents approved by the United Nations Commission for International Trade Law, mainly the Model Law on Electronic Commerce, the Convention on Use of Electronic Communications in International Contracts, the Model Law of International Commercial Arbitration.*

Keywords: *Electronic contracts. International Trade. Arbitration agreement. Alternative means of dispute resolution. Arbitration*

* Doctora en Derecho mención Cum Laude por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretaria General de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Profesora Titular de la Universidad Católica del Táchira. Árbitro certificado por la Corte Suprema de Florida (USA). Profesora invitada en cursos de pregrado y postgrado en la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Salamanca, Universidad de Chile, Universidad Europea de Madrid, Universidad Internacional de la Rioja, Universidad de los Andes y Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Comisión de Derecho Uniforme de las Transacciones Internacionales del Colegio de Abogados de Costa Rica. Directora de la Revista Derecho y Tecnología editada por la Universidad Católica del Táchira.

Validez y eficacia jurídica de los convenios arbitrales electrónicos

Mariliana Rico Carrillo*

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-93-106

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Fundamentos jurídicos. 1.1. El Derecho Uniforme del Comercio Internacional. 1.2. Los principios del comercio electrónico. 1.3. La normativa específica de arbitraje y el principio de autonomía de la voluntad. 2. Consideraciones respecto al requisito de firma en el convenio arbitral.* CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El auge experimentado en el sector de las operaciones comerciales dentro y fuera de Internet en los últimos años ha impulsado la necesidad de implementar mecanismos de resolución de conflictos adecuados a la era de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). La pandemia que actualmente vivimos ha resaltado la utilidad e importancia del uso de las técnicas y medios de comunicación electrónicos en la interacción social. La actividad judicial y extrajudicial de resolución de conflictos no podía ser una excepción. Los comúnmente conocidos ODR (*On line Dispute Resolution*) se erigen como la opción ideal en estos casos, debido a las significativas ventajas que ofrecen a las partes para resolver sus conflictos sin tener que desplazarse a un espacio físico para llevar a cabo el proceso.

Como en todo arbitraje, para hacer uso de los ODR es fundamental la existencia previa de un convenio arbitral, que puede pactarse previamente en el contrato que da origen a la relación comercial mediante la introducción de una cláusula compromisoria o posteriormente al surgimiento del conflicto, en un instrumento separado e independiente. Al constituir el convenio arbitral el fundamento básico para el desarrollo de un arbitraje, surge la interrogante sobre la validez de su celebración a través de los distin-

* Doctora en Derecho mención Cum Laude por la Universidad Carlos III de Madrid. Secretaria General de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Profesora Titular de la Universidad Católica del Táchira. Árbitro certificado por la Corte Suprema de Florida (USA). Profesora invitada en cursos de pregrado y postgrado en la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Salamanca, Universidad de Chile, Universidad Europea de Madrid, Universidad Internacional de la Rioja, Universidad de los Andes y Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Comisión de Derecho Uniforme de las Transacciones Internacionales del Colegio de Abogados de Costa Rica. Directora de la Revista Derecho y Tecnología editada por la Universidad Católica del Táchira.

tos medios de comunicación electrónica disponibles. La determinación sobre la validez y admisión del convenio arbitral (electrónico o en papel) incide directamente en la fuerza obligatoria del laudo arbitral, de ahí la importancia de su estudio.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el estudio de las normas que admiten la celebración de acuerdos arbitrales electrónicos y establecen las condiciones que determinan la validez y eficacia jurídica de tales acuerdos. La simplicidad de la normativa que actualmente rige el convenio arbitral es significativa, ya que ni siquiera se exige la firma como condición de validez del acuerdo, lo cual implica que las partes pueden expresar su voluntad de resolver un determinado conflicto mediante arbitraje (siempre que esto sea posible) a través de diversos medios de comunicación electrónica. La forma verbal (una conversación telefónica por ejemplo) también es admisible, siempre que se pueda probar la existencia de un acuerdo válido.

Los fundamentos legales internacionales que permiten que el acuerdo arbitral se celebre por medios electrónicos provienen de dos grupos de normas del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), donde la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha realizado una extensa labor encaminada a modernizar el tradicional sistema de la contratación mediante la regulación del uso de la forma electrónica de los actos jurídicos, desde hace más de 20 años. Por un lado encontramos los preceptos y principios generales sobre la contratación por medios electrónicos (incluidos básicamente en los instrumentos uniformes sobre comercio electrónico) y por el otro, la normativa especial en materia de arbitraje, que parte de la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de Arbitraje de 1985, cuyos textos han sido reformados para admitir el uso de la forma electrónica en las distintas fases del proceso arbitral¹. Todos estos documentos son analizados en detalle con la finalidad de establecer la validez y los efectos jurídicos de los convenios arbitrales electrónicos.

1.- Fundamentos jurídicos

1.1.- El Derecho Uniforme del Comercio Internacional

Como indicamos en la parte introductoria de este trabajo, los fundamentos y principios legales para uso de los medios electrónicos en el proceso arbitral los encontramos en instrumentos jurídicos de diversa naturaleza emanados de la Comisión

¹ Diversos instrumentos jurídicos en el ámbito del DUCI permiten sustituir los requisitos legales tradicionales que se exigen en las distintas fases del arbitraje (soporte en papel y presencia física de las partes, peritos y otros sujetos) por mecanismos electrónicos, tal como sucede con el convenio arbitral, la presentación de documentos, notificaciones y la evacuación de pruebas hasta llegar a la adopción del laudo arbitral en formato electrónico.

de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)². En el sector del comercio electrónico y el arbitraje destacan los siguientes documentos:

a) Textos uniformes sobre comercio y contratación electrónica

- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, revisada en 1998 (LMCE).
- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas de 2001 (LMFE).
- La Convención de las Naciones Unidas sobre utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005 (CCECI)³.

b) Textos uniformes en materia de arbitraje

- La Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (CNY).
- La Ley Modelo Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendada en 2006 con la finalidad de modernizar y adaptar el procedimiento arbitral a los avances tecnológicos (LMA).
- La Recomendación relativa a la interpretación del artículo II (2) y del artículo VII (1) de la Convención de Nueva York de 1958 de 2006, donde se amplía la noción del acuerdo escrito a efectos de permitir la celebración de convenios arbitrales electrónicos.
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, revisado en 2010 donde se permite el uso de comunicaciones electrónicas en el proceso arbitral.
- Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral de 1996, y actualizadas en 2016, que prevén el uso de técnicas electrónicas en el proceso de arbitraje.

1. 2.- Los principios del comercio electrónico

El comercio electrónico cuenta con un conjunto de principios propios formulados con el objeto de facilitar la armonización de la regulación en este sector, dada su trascendencia en el ámbito internacional. Estas reglas han sido consagradas en distintos textos de la CNUDMI, primariamente en la LMCE y posteriormente en la LMFE y la CCECI. Estos principios son: la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, la buena fe y la liber-

² La CNUDMI es el organismo central de las Naciones Unidas encargado de armonizar las principales normas aplicables al comercio internacional. Para un estudio amplio del funcionamiento de la CNUDMI, vid. ILLESCAS ORTIZ, R.: "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y la modernización del Derecho mercantil", en ALCALDE, J. y EMID IRUJO, J.M. La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile, (1865-2015).

³ En la actualidad, diversos países han adoptado los principios de la LMCE mientras que otros forman parte de la CCECI por lo tanto, bajo la óptica de sus legislaciones es posible el desarrollo de arbitrajes a través de medios electrónicos.

tad contractual. Seguidamente haré un breve análisis de cada uno de ellos⁴, deteniéndome en los detalles más importantes y en su aplicación en el proceso arbitral electrónico.

1. La equivalencia funcional. El principio básico en materia de documentación electrónica de los actos jurídicos es la equivalencia funcional. De acuerdo con los postulados de este principio, los efectos que produce un documento contenido en un soporte en papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en soporte informático, firmado electrónicamente. Este principio se encuentra formulado de forma general en el artículo 5 de la LMUCE que reza: “*No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.*”

Ante la exigencia de un documento que deba constar por escrito, el art. 6.1 de la LMCE establece: “*Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta*”. De acuerdo con las previsiones del artículo 10, el mensaje debe conservarse en el formato en que haya sido generado, enviado o recibido o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información⁵.

Cuando se trata de un documento electrónico es importante determinar la condición de documento original, ya que procesalmente tanto en los juicios ordinarios como en los sistemas alternativos de resolución de conflictos deben producirse documentos originales a efectos probatorios. En relación con la exigencia de presentación de documentos originales, el artículo 8 de la LMCE establece que cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito podrá cumplirse con un documento electrónico (mensaje de datos) siempre que se pueda demostrar que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez el soporte electrónico.⁶

⁴ Estas reglas han sido objeto de análisis previo. Para un estudio más general y profundo *vid.* RICO CARRILLO, M. *Comercio electrónico, Internet y Derecho*, 2ª edición Legis, Colombia, 2005.

⁵ También deben conservarse los datos que permitan determinar el origen y destino del mensaje y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido. Aparte de estas condiciones se deben observar también los requisitos de validez que rigen los actos jurídicos en general, para que un documento electrónico sea equiparable a un documento tradicional debe cumplir los requisitos que se exigen para su homólogo en soporte papel.

⁶ Disposición similar se encuentra incluida en el artículo 9.4 de la CCECI, que indica que cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se proporcione o conserve en su forma original, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica, si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole. La integridad de la información será evaluada conforme al criterio que permanezca inalterada. De la interpretación de estas normas se infiere que para que los mensajes de datos adquieran el valor de documentos originales es necesario que permanezcan inalterados.

Respecto a la firma electrónica, el artículo 7 de la LMCE establece que cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos “...si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos”. Disposición similar encontramos en el artículo 6 de la LMFE que indica que el requisito de la firma puede cumplirse utilizando una firma electrónica fiable que resulte apropiada para los fines con los cuales se comunicó o generó ese mensaje.

En relación con la contratación electrónica, el principio de equivalencia funcional se encuentra en las disposiciones de la CCECI, en particular cabe mencionar el artículo 9 que dispone que cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito, si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

2. Neutralidad tecnológica. Este principio defiende el respeto al uso de cualquier tecnología que se use (o pueda usarse en el futuro) a efectos de generar un mensaje de datos, insertar una firma electrónica o enviar una comunicación electrónica. La neutralidad tecnológica implica no favorecer unas tecnologías sobre otras con la finalidad de evitar posibles obsolescencias legales.

La Guía para la incorporación de la LMCE consagra el principio de neutralidad tecnológica al señalar que no se debe excluir ninguna técnica de comunicación en el ámbito de las leyes que rigen estas materias, las cuales deben redactarse con el objeto de acoger las eventuales innovaciones técnicas en este campo. Esta premisa trae como consecuencia la redacción de normas lo suficientemente amplias como para cubrir las tecnologías existentes y las que se vayan desarrollando en el futuro. Gracias a este principio y a la redacción amplia de las normas, hoy en día las tecnologías emergentes como el *blockchain* son jurídicamente admisibles en la celebración de contratos, como también son aplicables a este sector, los demás principios del comercio electrónico formulados hace más de veinte años.

La neutralidad tecnológica es fundamental en el ámbito de la contratación y el comercio electrónico. La finalidad de este principio se concreta en reconocer los efectos jurídicos de cualquier método tecnológico lícito que pueda usarse en tanto en la contratación electrónica como en los procesos alternativos de resolución de conflictos.

3. Inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos. Según este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que se trata de sólo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial. En el ámbito de la contratación electrónica es muy importante cumplir los requisitos contractuales generales y especiales para cada tipo de negocio jurídico establecidos en las diferentes legislaciones. En el sector de

los ODR, la aplicación de este principio es fundamental a efectos de satisfacer los requisitos exigidos por el Derecho para la celebración del pacto arbitral, que es el elemento que da validez a todo el proceso de arbitraje.

4. La buena fe. Este principio es reconocido en el artículo 3.1 de la LMCE que señala: “*En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”. Disposición similar, en redacción prácticamente idéntica, se encuentra recogida en el artículo 4.1 de la LMFE. La buena fe no es más que una consecuencia del principio de la no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, donde se supone que priva la buena fe en la celebración e interpretación de los acuerdos contractuales.

5. La libertad contractual. La libertad contractual reafirma la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso de contratación. Este principio abarca fundamentalmente dos aspectos, por una parte, la elección del medio empleado en las negociaciones (las partes pueden optar por los soportes tradicionales en papel o por el uso de medios electrónicos) y por la otra, la libertad para incluir las cláusulas o convenios que consideren necesarios a efectos de regir sus relaciones dentro de los límites legales. La autonomía de la voluntad de las partes es el principio básico que permite la celebración del acuerdo de arbitraje en forma electrónica.

Al igual que el principio enunciado anteriormente, la libertad contractual no es más que una consecuencia del principio de no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos e implica fundamentalmente el respeto a la libertad de pacto, de modo que serán las partes las que decidan la forma cómo se van a llevar a cabo sus relaciones contractuales, considerándose de aplicación supletoria las normas legales, siempre y cuando esos pactos no afecten las relaciones de orden público.

1.3.- La normativa específica sobre arbitraje y el principio de autonomía de la voluntad

En el apartado previo se analizaron las normas del DUCI que establecen los principios que otorgan validez a los soportes electrónicos en el ámbito de la contratación mercantil en general. De todos estos principios, la autonomía de la voluntad de las partes se erige como el fundamento básico para el uso de medios electrónicos en el arbitraje.

Este principio también es un pilar primario y propio del arbitraje, que existe aún antes de la elaboración de las normas sobre contratación electrónica. Como bien lo indica la doctrina, la autonomía de la voluntad es el fundamento básico que permite el empleo de medios electrónicos en el arbitraje. Cuando las partes acuden a este medio

para la resolución de sus conflictos, especialmente en el caso del arbitraje comercial, están buscando celeridad, agilidad y ahorro de costos, por lo tanto puede deducirse que ambas estarán de acuerdo con el empleo de las TIC ⁷, tanto en la adopción del acuerdo arbitral como en el desarrollo del proceso.

La posibilidad de realizar un convenio arbitral electrónico también debe ser analizada bajo la óptica de los diversos textos internacionales que rigen el arbitraje, ya que esto nos permite observar la evolución de las normas del DUCI en relación con la admisión del documento electrónico.

Actualmente, el acuerdo arbitral electrónico adquiere validez y eficacia jurídica no sólo por conducto de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, presente en todo proceso de arbitraje, sino también por la adaptación e interpretación de las normas internacionales rectoras en esta materia, contenidas principalmente en tres instrumentos jurídicos: 1) la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (CNY), 2) la Recomendación de la CNUDMI de 7 de julio de 2006 relativa a la interpretación de esta convención, y 3) la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

La CNY originalmente establece la obligación de hacer constar el convenio arbitral por escrito, esto es en un documento en papel. Esta exigencia es lógica y razonable debido al momento de aprobación de la convención, que se remonta a finales de los años 50. A efectos de su interpretación es fundamental destacar que el texto también admite la celebración de acuerdos de arbitraje a distancia, a través de cartas o telegramas. La expresión “acuerdo escrito” exigida para la celebración del pacto arbitral se refiere a una cláusula compromisoria incluida en un contrato o a un compromiso que estén firmados por las partes o contenidos en un canje de telegramas y acuerdos. Estas previsiones respecto al uso de cartas y telegramas como mecanismos idóneos para celebrar el pacto arbitral han permitido la interpretación extensiva y la admisión de otros medios, como el correo electrónico, en el marco de esta convención⁸.

Ante la creciente utilización de la electrónica en las operaciones y negociaciones comerciales e independientemente de la posibilidad de celebrar los pactos arbitrales electrónicos bajo una interpretación extensiva de la CNY y la aplicación los principios del comercio electrónico, en 2006 la CNUDMI emitió la Recomendación relativa a la interpretación del artículo II (2) y del artículo VII (1) de la CNY, con la finalidad de reinterpretar el contenido del instrumento aprobado en 1958 y adaptarlo a los avances

⁷ MADRID PARRA, Agustín: “La electrificación del arbitraje”, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, No. 2, 2011, p. 4.

⁸ PERALES VISCASILLAS, Pilar: “¿La forma escrita en el convenio arbitral?”, *Derecho de los Negocios*, núm 197, 2007, pp. 5-18.

tecnológicos. Esta norma amplía la noción del acuerdo escrito y permite en forma expresa la celebración de convenios arbitrales electrónicos, despejando cualquier duda que pudiera suscitarse respecto a la validez y eficacia jurídica de un convenio arbitral celebrado a través de medios electrónicos. Acertadamente, la CNUDMI recomienda que no debe entenderse como exhaustiva la relación de los supuestos mencionados en el artículo II de la CNY, que se refieren a la constancia del acuerdo arbitral en un tradicional documento escrito.

Siguiendo los principios de la Recomendación de la CNUDMI de 2006, la LMA también fue reformada en este mismo año. En su texto original de 1985, la LMA admite la posibilidad de celebrar un acuerdo arbitral mediante el uso de técnicas electrónicas al mencionar el télex, u otros medios de telecomunicación que permitan dejar constancia del acuerdo. Así se desprende del contenido artículo 7.2:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

El texto citado constituye el primer paso en el reconocimiento expreso del uso de medios electrónicos en la celebración de los acuerdos de arbitraje a distancia en el marco de una ley modelo. En un análisis comparativo con la CNY, que sólo menciona las cartas y los telegramas, la LMA amplía la posibilidad a la utilización del télex o cualquier otro medio que facilite la comunicación entre las partes. En materia probatoria es importante resaltar que aun cuando este texto es previo a la LMCE, ya menciona uno los requisitos exigidos para la aplicación del principio de equivalencia funcional entre el documento escrito y el soporte electrónico, al disponer que el acuerdo de arbitraje puede constar en otros medios de comunicación, siempre que la información esté accesible para su ulterior consulta.

La reforma de la LMA de 2006 presenta una nueva redacción al artículo 7 permitiendo a los Estados la posibilidad de escoger entre dos opciones. En la opción I se clarifica el concepto de “documento escrito” como el elemento necesario para dejar constancia del acuerdo de arbitraje. Bajo esta primera opción, el nuevo apartado 4 del artículo 7 establece:

El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

En cuanto al acuerdo de arbitraje, es importante destacar que en el marco de esta primera opción también se admiten los acuerdos verbales, siempre que se deje constancia de tal acuerdo, de modo que es perfectamente factible el caso de un arbitraje verbal pactado a través de una comunicación telefónica grabada o de una videoconferencia. Lo importante es que exista la forma de probar la existencia del acuerdo verbal. Así lo dispone el apartado 3 del artículo 7 de la LMA al indicar: “*Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente...*”

La opción II es mucho más amplia, toda vez define en forma general el convenio arbitral como: “... un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.”

Esta segunda opción consagra en forma absoluta el principio de libertad de forma en el acuerdo arbitral. La redacción de esta norma en ningún momento menciona la forma escrita o la necesidad que el acuerdo de arbitraje conste en un soporte que sea accesible para su ulterior consulta, admitiéndose en consecuencia el pacto arbitral electrónico y los arbitrajes verbales. El problema en estos casos siempre se reconduce a la prueba, por lo tanto es necesario que de alguna forma se pueda probar la existencia de un acuerdo arbitral válido, ya que de este hecho depende la eficacia jurídica del laudo.

En relación con la adecuada interpretación de la CNY en la época que vivimos también es importante recordar que el convenio arbitral no es otra cosa que un contrato en el cual las partes acuerdan que una controversia se resuelva por medio de arbitraje⁹. Al tratarse de un acuerdo contractual donde tradicionalmente se exigía el escrito son aplicables las disposiciones de la LMCE y la CCECI¹⁰, que introducen el principio de equivalencia funcional que permite a las partes utilizar medios electrónicos en la formación de un contrato. Bajo esta normativa, el convenio arbitral es susceptible de materializarse a través de medios electrónicos, configurando una modalidad de contrato electrónico. La CCECI menciona en forma expresa su aplicación a los Estados que forman parte la CNY, esto implica que si un Estado es parte de estas dos convenciones, incorpora automáticamente a la CNY el principio de equivalencia funcional que permite el cumplimiento de los requisitos jurídicos de “escrito”, “firma” o “documento original”, a través de un documento electrónico¹¹.

⁹ Un estudio amplio del convenio arbitral vid. PERALES VISCASILLAS, Pilar: Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2005.

¹⁰ El reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas se encuentra en el artículo 8 que dispone: “No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.”

¹¹ MADRID PARRA, Agustín: “La electrificación del arbitraje”, op. cit., p.17.

A efectos probatorios, la LMCE exige la conservación del documento electrónico en el formato que éste se generó, envió o recibió o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información original, de modo que pueda comprobarse que la misma no ha sido alterada, esto implica que la accesibilidad, integridad e inalterabilidad de la información son las cualidades básicas para acreditar la constancia de la existencia y validez de un acuerdo arbitral electrónico.

2.- Consideraciones respecto al requisito de firma en el convenio arbitral

El estudio la firma en el convenio arbitral requiere unas precisiones, ya que con el paso de los años la normativa respecto a este requisito ha sido sustancialmente modificada.

En la CNY de 1958, la expresión “acuerdo escrito”, se refiere a “...una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de telegramas y acuerdos”. Siguiendo los principios de esta Convención, la redacción original de la LMA de 1985 exigía para la validez del acuerdo que éste constara por escrito, entendiendo que “... el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes”.

Del contenido de estas normas puede observarse que antiguamente no sólo era necesario el documento escrito para dar validez al acuerdo de arbitraje sino que además este escrito debía estar firmado por las partes. En una estricta interpretación del contenido de estas normas, estos requisitos (documento escrito y firmado) eran considerados requisitos solemnes, de forma que el incumplimiento de uno de ellos daba lugar a la nulidad del contrato, y por ende, a la nulidad del laudo arbitral. Si bien hoy en día ambos requisitos pueden satisfacerse a través de un documento y una firma electrónica en atención al principio de equivalencia funcional que rige la contratación electrónica, la exigencia de la firma en el convenio arbitral ha cambiado sustancialmente.

Las modificaciones introducidas en la LMA en 2006 no mencionan el requisito de firma en ninguno de sus preceptos. Ni la opción I ni la II contemplan esta exigencia y el escrito ya no es un requisito *ad solemnitaten*, sino *ad probationem* en el entendido que la prueba del convenio arbitral es el elemento clave para determinar la existencia del mismo¹², es así que se permiten los acuerdos de arbitraje verbales, siempre que quede constancia del acuerdo. Al tratarse de un documento electrónico la prueba debe presentarse en su formato original y demostrar que la información no ha sido alterada.

¹² PERALES VISCASILLAS, Pilar: “Arbitraje electrónico”, en ETCHEVERRY, Raúl e ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Coord.) Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 604-607.

CONCLUSIONES

La determinación sobre la validez y admisión del convenio arbitral electrónico incide directamente en la fuerza obligatoria del laudo arbitral, de ahí la importancia de su estudio. Como pudo comprobarse en el desarrollo de esta investigación, las normas del DUCI admiten esta posibilidad en una doble vertiente, por un lado nos encontramos con la proclamación de los principios de la contratación electrónica y por el otro, con la modernización de las normas de arbitraje, que se ha producido como consecuencia del desarrollo tecnológico experimentado en el sector de las comunicaciones y del cambio en la concepción tradicional del soporte documental, restringido antiguamente al papel.

En virtud de los principios de equivalencia funcional, inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, y la neutralidad tecnológica es posible que el acuerdo de arbitraje se exprese a través de un correo electrónico, la interacción en una aplicación, un mensaje de texto o una comunicación verbal grabada.

El principio fundamental de autonomía de la voluntad de las partes que rige todo proceso arbitral (y que también forma parte de los principios de la contratación electrónica) es el elemento básico que otorga validez a los convenios que hayan sido celebrados en el marco de un contrato electrónico a través de la incorporación de una cláusula compromisoria, o en un acuerdo separado e independiente de la relación comercial original.

En la actualidad las normas del DUCI aplicables al arbitraje reconocen en forma expresa la validez y eficacia jurídica de los convenios arbitrales celebrados a través de medios electrónicos. Lo importante es que se pueda probar tanto la existencia como la validez del acuerdo que establece que el conflicto se resolverá por medio de arbitraje. Las normas que rigen la contratación electrónica determinan las condiciones y requisitos que deben cumplir los documentos electrónicos como medios de prueba, así como la forma de comprobar su autenticidad, lo cual permite concluir que en la actualidad no existe ningún impedimento legal para celebrar y probar un acuerdo arbitral electrónico.

BIBLIOGRAFÍA

- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: “La comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y la modernización del Derecho mercantil”, en ALCALDE, J. y EMID IRUJO, J.M. *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile, (1865-2015)*.
- MADRID PARRA, Agustín: “La electrificación del arbitraje”, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, No. 2, 2011.

- MADRID PARRA, Agustín.: “Sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York,2005)”, en SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V.: (Dir.) Comercio electrónico. *Del derecho uniforme del comercio internacional al derecho de la contratación electrónica* San José, Investigaciones Jurídicas S. A., 2018.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: “¿La forma escrita en el convenio arbitral?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 197, 2007, pp. 5-18.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2005.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: “Arbitraje electrónico”, en ETCHEVERRY, Raúl e ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Coord.) *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 604-607.
- RICO CARRILLO, M. *Comercio electrónico, Internet y Derecho*, 2ª edición Legis, Colombia, 2005.