

# Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano<sup>1</sup>

DAVID NAMÉN BAQUERO<sup>2</sup>

## RESUMEN

El arbitraje virtual es figura *legis* de gran interés. Su temática ha tenido mayor desarrollo a nivel internacional donde se han identificado una serie de obstáculos ligados al pacto arbitral, el procedimiento y la eficacia de la decisión arbitral adoptada por medios telemáticos. En el presente estudio, se analizarán estas cuestiones y su tratamiento en el Estatuto Arbitral Internacional Colombiano- Ley 1563 de 2012-.

**Palabras Claves:** Arbitraje en línea. Laudo Electrónico. Lugar del Arbitraje. Pacto Arbitral. Reconocimiento de laudos electrónicos.

1 Fecha de recepción: 25 de agosto de 2015. Fecha de aceptación: 14 de diciembre de 2015. Para citar el artículo: Namén, D. "Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 14, N° 2, julio - diciembre, 2015. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n2.01>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional Económico y de los Negocios de Georgetown University. Diplomado en Arbitraje Internacional y Resolución de Conflictos de la misma universidad. Docente Investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de Derecho Civil.

## ABSTRACT

E-arbitration has become an interesting subject to study. This discipline has more development in the international arena, where scholars have identified several obstacles that are linked to the arbitration agreement, the electronic proceedings and the efficacy of the electronic award. In this paper, we will be analyzing these issues and their treatment under the Colombian International Arbitration Act- Ley 1563 de 2012.

**Key Words:** Cyberarbitration. Electronic Awards. Seat of Arbitration. Arbitration Agreement. Enforcement of E-awards.

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos es un método eficaz para dirimir controversias entre las partes. Quizá una de las mayores características del arbitraje en el ámbito internacional, radica en la flexibilidad de las partes para pactar las normas aplicables a la solución de determinada disputa. Por esto, es común, su decisión de someter sus diferencias a centros especializados, encargados de tramitar estos procesos, cuyas etapas procesales por lo general se surten de manera presencial por los árbitros y las partes.

Empero, con el surgimiento del internet y la implementación de las plataformas virtuales, la distancia entre individuos, es cada vez menor, facilitando la comunicación entre ellas. Esta circunstancia es provechosa en el arbitraje, y origina una especie singular del arbitraje tratada bajo el *nomen* de *Arbitraje Virtual*, *Cyberarbitration*, *Cybitration*, *E-arbitration* ó *Arbitraje en línea*.

Esta figura, si bien más reciente en algunos países, plantea múltiples inquietudes e interrogantes. En particular, las inherentes a la formación del pacto arbitral, el procedimiento aplicable, la eficacia del laudo proferido por medios electrónicos y las instituciones encargadas de adelantar el proceso. En esta oportunidad, estudiaremos estas problemáticas en el ámbito de las disposiciones reguladoras del arbitraje internacional colombiano.

### 1. NOCIÓN DE ARBITRAJE VIRTUAL

Desde el siglo pasado, el arbitraje virtual ha captado la atención de los estudiosos, con múltiples aproximaciones y sinónimos de este brocardo<sup>3</sup>. Una

3 Al arbitraje virtual también se le denomina: Online Arbitration, Cyberarbitration, Cybitration, Cyberspace arbitration, Virtual Arbitration, E-Arbitration ó arbitration using online techniques".

primera aproximación la presenta Mohamed S. Abdel Wahab, que al referir a e-arbitration, la define así: "en estricto sentido, e-arbitration, significa la integración de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los procedimientos arbitrales hasta el punto en el que son conducidos total o parcialmente en línea. Esto se extiende a las solicitudes, audiencias y laudos que puedan emitirse electrónicamente".<sup>4</sup>

En un segundo sentido, Jasna Arsic menciona que el arbitraje en línea: "significa que tanto el acuerdo arbitral como las actuaciones que se remitan al tribunal, (audiencias, laudo) se realizan en la red, a través de correos electrónicos, chats grupales, tele ó video conferencias, etc."<sup>5</sup>

Una tercera acepción, es ilustrada por Sami Kallel para quién: "en esencia, el arbitraje virtual no es diferente de el arbitraje presencial. Se trata de un mecanismo extrajudicial para resolver los conflictos, basado en la intervención neutral de un tercero que emite una decisión vinculante, con la diferencia de que en el arbitraje en línea, las partes se comunican con los árbitros, envían sus documentos, presentan su evidencia y argumentos electrónicamente, por intercambio de correos electrónicos, teleconferencias, mensajes instantáneos, etc."<sup>6</sup>

Otra postura concibe el arbitraje virtual, como un nuevo mecanismo alternativo de solución de conflictos<sup>7</sup>. Sin embargo, esta corriente no es del todo correcta, pues en el fondo, el arbitraje en línea, continua siendo arbitraje, es decir, es una de sus modalidades concretas y lo que cambia es el vehículo, en cómo se expresa.<sup>8</sup>

4 **Mohamed Abdel S. Wahab**, "ODR AND E-ARBITRATION: Trends & Challenges", en *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, por Mohamed Abdel S. Wahab, Ethan M. Katsh, and Daniel Rainey, editado por Mohamed Abdel S. Wahab (The Hague: Boom Eleven International Publishing, 2012), 402. Para el autor, "e-arbitration, strictu sensu, would mean the integration of ICTs into arbitral proceedings to the extent that the latter are conducted wholly or substantially online. This would include filings, submissions, hearings, and awards being made or rendered online."

5 **Jasna Arsic**, "International Commercial Arbitration on the Internet - Has the Future Come Too Early?" en *Kluwer Law International, Journal of International Arbitration* 14, no. 3 (1997): 209. "Offering arbitration on-line actually means that all submissions to the arbitral tribunal including conclusion of the arbitration agreement, as well as all proceedings (e.g. hearings, the making of an award) take place by network e-mail, chat groups, tele- or videoconference, etc."

6 **Sami Kallel**, "Online Arbitration", en *Kluwer Law International, Journal of International Arbitration* 25, no. 3 (2008): 345. Según Kallel, "In essence, virtual arbitration is not very different from ordinary offline arbitration. It is an extrajudicial way of dispute settlement based essentially on the intervention of a neutral third party who renders a decision that has to be enforced, with the difference that in online arbitration, parties communicate with the arbitrator and submit their documents, evidence, and arguments electronically via emails, teleconferences, instant messengers, etc."

7 **Hong-Lin Yu & Motassem Nassir**, "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework?" en *Kluwer Law International, Journal of International Arbitration* 20, no. 5 (2003): 445. Para estos autores, "Online arbitration is a new form of ADR, and there have been various problems in trying to apply traditional principles of international commercial arbitration to this new form of arbitration".

8 **Isabelle Manevy**, "Online Dispute Resolution: What Future?", Thesis, D.E.A de droit anglais et nord-américain des affaires, Université de Paris 1, 2001, disponible en: [www.juriscom.net/uni/mem/17/odr01.pdf](http://www.juriscom.net/uni/mem/17/odr01.pdf). citado por Rafal Morek: Online Arbitration: Admissibility within

Hay quienes sostienen que para que el arbitraje sea virtual, debe mirarse el origen de la controversia. De esta manera, si se trata de un conflicto electrónico, el procedimiento será electrónico. Por el contrario, si el conflicto no es electrónico, el conducto regular será el arbitraje presencial. Esta tendencia deja de lado, la hipótesis en la que el conflicto no tenga su fuente en un contexto electrónico y aún así las partes inician electrónicamente una solicitud de arbitraje. En este caso, el proceso será parcialmente electrónico y no por ello deja de ser virtual. En efecto, la génesis de la controversia no determina de suyo y ante sí, la naturaleza virtual del arbitraje. Más exactamente, la utilización de mecanismos virtuales, parece ser el elemento común determinante.

Una última noción de arbitraje virtual, es la propuesta por Thomas Schultz,<sup>9</sup> quien, diferencia entre arbitraje vinculante y arbitraje no vinculante. A partir de esa distinción, sostiene que el arbitraje en línea, es aquel que no es vinculante para las partes. Juan Eduardo Figueroa Valdés, señala acertadamente las hipótesis en las que el arbitraje en línea no sería vinculante, a saber:

*"El arbitraje que realmente ha sido exitoso "online" o en línea ha sido precisamente el que se denomina "arbitraje no vinculante" o "non-binding arbitration", en el cual el árbitro formula una recomendación que las partes pueden rechazar o aceptar; si la aceptan celebran entonces una transacción, mientras que si la rechazan son libres de llevar su controversia a los tribunales.*

*Existen igualmente algunas variantes de arbitraje no vinculante, o unilateralmente vinculante, en las cuales el proveedor se compromete a someterse a arbitraje en el caso que su cliente decida recurrir a él, obligándose igualmente a cumplir el fallo si el cliente lo invoca, sin embargo, éste último no está obligado a recurrir al arbitraje, por lo que puede optar por la justicia estatal. (...)*

*Existe otra variante del arbitraje no vinculante, tratándose de las dificultades surgidas de las reclamaciones vinculadas al uso de nombre de dominio, a cargo de la ICANN'S, en que existen mas de 6.000 casos resueltos, en el cual la cláusula arbitral es unilateralmente vinculante y obliga al demandado, sin embargo, la resolución o sentencia arbitral es facultativa para ambas partes, ya que éstas siempre tendrán la libertad de no someterse a la decisión formulada y recurrir a los tribunales ordinarios competentes."<sup>10</sup>*

the Current Legal Framework: 5. Disponible en: [http://odr.info/cyberweek/Online%20Arbitration\\_Rafal%20Morek.doc](http://odr.info/cyberweek/Online%20Arbitration_Rafal%20Morek.doc)

9 Para ampliar información acerca de esta tendencia, se recomienda consultar: Thomas Schultz, "Online arbitration: Binding or Non Binding?", ADR Online Monthly, UMASS (2002), [http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html#\\_ftn1](http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html#_ftn1) (Consultado el 12 de Junio de 2015)

10 Juan Eduardo Figueroa, "El Arbitraje Online En El Comercio Internacional", Comité XVIII. Derecho Arbitral Internacional. XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados. Cámara de Comercio de Santiago. Centro de Arbitraje y Mediación (2004): 6-7. Disponible en: <[http://www.camsantiago.com/articulos\\_online/42\\_Trabajo%20EI%20Arbitraje%20On%20line.doc](http://www.camsantiago.com/articulos_online/42_Trabajo%20EI%20Arbitraje%20On%20line.doc)

Como se observa, todas estas definiciones, se pueden agrupar en dos categorías, las cuales divergen sustancialmente, pues mientras una restringe el arbitraje virtual a que todo el proceso desde su inicio sea electrónico, la otra, es más amplia y pregona que el procedimiento sea parcialmente electrónico.

Para efectos de este escrito, entendemos por arbitraje en línea, el efectuado mediante la tecnología informática y de las comunicaciones. Esto implica, por lo tanto, un proceso realizado en sus etapas procesales a través de los sistemas informáticos, tecnológicos y de las comunicaciones. Asimismo, se descarta que el arbitraje virtual no sea vinculante, pues en este estudio abarcaremos la hipótesis en la que arbitraje electrónico culmina con laudo ejecutable y obligatorio para las partes.<sup>11</sup>

## 2. EL PACTO ARBITRAL VIRTUAL

El pacto arbitral es la fuente generatriz del proceso arbitral y consiste en un negocio jurídico por el cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje la decisión de una controversia relativa a asuntos susceptibles de libre disposición o autorizados por la ley, atribuyendo en forma temporal o transitoria al árbitro el ejercicio de la función de administrar justicia, y renunciando a hacer valer sus pretensiones ante el juez permanente (artículos 116 de la Constitución Política modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo número 003 de 2002; 1, 3, 4, 5 y 6 de la Ley 1563 de 2012).

En presencia de una controversia actual, determinada y presente, el pacto arbitral asume la modalidad del compromiso, y cuando es futura, potencial e inminente, se trata una cláusula compromisoria que podrá (art.n documento independiente.nente, de una clpresente asume la modalidad de un compromiso, consistir en una cláusula incorporada a un contrato ó en un documento independiente (arts. 4º y 6º Ley 1563 de 2012).

11 De conformidad con el artículo 3º del D.1829/13, Agosto 27, 2013, Diario Oficial No. 48.895 [D.O.] (Colom.). reglamentario de la Ley 1563 de 2010, el Arbitraje Virtual que se presta en todo el territorio nacional, es "[m]odalidad de arbitraje, en la que el procedimiento es administrado con apoyo en un sistema de información, aplicativo o plataforma y los actos procesales y las comunicaciones de las partes se surten a través del mismo"; los artículos 18 a 23, contemplan la utilización de los medios electrónicos en todas las etapas y actuaciones del proceso arbitral, presentación de memoriales, adopción de providencias, notificaciones, diligencias, audiencias, traslados, gestión documental; y los artículos 80 y siguientes al regular la opción de pacto arbitral en los contratos de adhesión, refieren al "tramite por vía virtual". En el mismo sentido, el Decreto 1069 de 2015, "Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", reproduce en lo pertinente el Decreto 1829 de 2013, define en el artículo 2.1.2.1 el Arbitraje Virtual y en los artículos 2.2.4.2.4.1 a 2.2.4.2.6 trata del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y el arbitraje virtual.

Por cuanto en línea de principio la forma de los negocios jurídicos es libre. El acuerdo dispositivo de intereses podrá presentarse de cualquier manera que lo exprese incluyendo la denominada "forma electrónica", tratándose del pacto arbitral, y en particular, en sede del arbitraje virtual, se plantean interrogantes atañedores a la existencia, eficacia y validez de la cláusula arbitral.<sup>12</sup>

En efecto, se pregunta si los acuerdos celebrados a través de plataformas virtuales ó por intercambio de correos electrónicos pueden suplir la noción clásica de documento, equivalen a éste y si las partes realmente expresan su acuerdo y consienten el arbitraje virtual<sup>13</sup>. A continuación, abordaremos estas inquietudes.

## 2.1 EL CONSENTIMIENTO EN EL PACTO ARBITRAL VIRTUAL

### 2.1.1. Los Términos de Referencia y la Cláusula Compromisoria

El consentimiento implica la aceptación de ambas partes a los términos contractuales. Para el caso del arbitraje electrónico, se pregunta si la cláusula arbitral puede ser incorporada por referencia y si esa incorporación resulta o no vinculante para las partes.

La inclusión por términos de referencia, ocurre cuando el contrato principal incorpora otro documento con solo mencionarlo. Siguiendo esta línea, el pacto arbitral es incorporado por referencia, cuando el contrato principal simplemente lo enuncia. En algunos países, la incorporación por referencia está supeditada a que las partes hayan tenido la oportunidad de conocer el

12 Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Junio 30, 2010, M.P. William Namen Vargas, Exp. 08001-3103-014-2000-00290-01. [Colom.]. "En atención a la particular naturaleza dinámica y exigencias pragmáticas del tráfico jurídico, la forma del contrato, en línea de principio, de suyo y ante sí, es libre. Más exactamente, según una orientación firme, salvo precepto en contrario, el negocio jurídico y, por consiguiente, el contrato, admite la posibilidad de presentarse en su exterioridad, por toda forma idónea, sea expresa y directa, ora tácita e indirecta, verbi gratia, mediante el empleo del lenguaje, escrito, oral o articulado, signos y gestos (verbis o rebus ipsis et factis), comportamiento, conducta concluyente (facta concludentia), omisiva, mecanizada y socialmente tipificada en cuanto dispositiva de intereses. La relevancia de esta regula iuris es, por lo tanto, notable, en tanto de ordinario la forma de los negocios jurídicos es libre, desprovista de formalidades, ritualidades o solemnidades, a punto que el acto dispositivo de intereses, podrá consistir en una declaración, manifestación o, incluso, en un comportamiento o conducta, y derivar material u objetivamente de los hechos (rebus ipsis et factis) o de la ejecución práctica de los elementos esenciales (essentialia negotia) del tipo negocial específico, siempre que desde luego exprese la disposición y el ordenamiento no establezca la forma ab substantiam actus".

13 O.Cachard, "Electronic Arbitration", module of the UNCTAD Course on International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2 Geneva, United Nations Publications, (2003): 15, disponible en: <[http://unctad.org/es/Docs/edm-misc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/es/Docs/edm-misc232add20_en.pdf)> (Consultado el 1 de Mayo de 2015.)

documento que se incorpora; mientras que en otros, el requisito se agota con una mención general del documento principal. Sobre este particular, tanto la jurisprudencia, como la doctrina jurídica internacional no han sido pacíficas.

En Francia, por ejemplo, la **Corte de Casación Francesa**, ha sido consistente en mencionar que cuando en un contrato se incorpora una cláusula arbitral por referencia, es menester que las partes hayan tenido un conocimiento mínimo de ella y la hayan aceptado así sea tácitamente.<sup>14</sup>

En contraste, la jurisprudencia italiana no ha sido coherente. En un primer momento, la **Corte de Casación Italiana** dictaminó que las referencias a cláusulas arbitrales deben ser expresas para obligar a las partes<sup>15</sup>. Años más tarde, la Corte varió su criterio, y concluyó que la simple referencia a una cláusula arbitral, es suficiente para que sea vinculante<sup>16</sup>.

14 Cour de Cassation (Cass) (Corte de Casación) 1e civ, Nov 9, 1993, Bull.Civ I, No.313.218 (Fr). "En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat-type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat".

15 Corte di Cassazione Sez. Un. Civili, 19 maggio 2009, n. 11529 - Pres. Vittoria - Est. Segreto. (It.). "Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata con la legge 19 gennaio 1968, n. 62, e dell'art. 808 cod. proc. civ., agli arbitri stranieri nel c.d. arbitrato estero può deferirsi, in via preventiva ed eventuale, la decisione delle controversie non ancora insorte, tramite una clausola compromissoria redatta in forma scritta "ad substantiam", la quale identifichi con esattezza le future controversie aventi origine dal contratto principale: tale requisito di forma è soddisfatto - con riguardo alle clausole compromissorie "per relationem", ovvero quelle previste in un diverso negozio o documento cui il contratto faccia riferimento - allorchè il rinvio, contenuto nel contratto, preveda un richiamo espreso e specifico della clausola compromissoria e non, invece, allorchè il rinvio sia generico, richiamandosi semplicemente il documento o il formulario che contenga la clausola stessa, in quanto soltanto il richiamo espreso assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione".

16 Corte di Cassazione Sez. Un. Civili, 16 Junio 2011, n. 13231-. Giur.it 2011 (It.). "Deve in primo luogo evidenziarsi come la decisione impugnata abbia in maniera adeguata richiamato e valutato la disposizione contenuta nell'art 833 C.P.C., introdotto con l'l. n. 5 gennaio 1994, n. 25, che, anche ad avviso de la migliore dottrina, ha riproposto una disciplina già desumibile da una corretta lettura de la convenzione di New York. Ed invero il richiamato art. 833 C.P.C., al secondo comma, dispone: "E valida la clausola compromissoria contenuta in condizioni generali che siano recepite in accordo scritto delle parti, purché le parti abbiano avuto conoscenza de la clausola o avrebbero dovuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza. Tale disposizione si colloca nel solco di un'evoluzione intesa a superare, nel settore del commercio internazionale, difficoltà di ordine formalistico, internazionale, indicando, nell'ambito di un evidente favore per l'arbitrato internazionale, una chiarascelta per la c.d. relatio imperfecta, nell'ambito del contrasto in precedenza delineatosi in merito al riferimento per relationem alla clausola compromissoria. Como è stato già puntualizzato da questa Corte, tale evoluzione non trova ostacolo nella normativa convenzionale, perché l'art.2 de la convezione di New York, 10 giugno 1958, ratificata con legge no. 62 de 1968, nel precisare che "per convenzione scritta si intende una clausola compromissoria inserita in un contratto o un compromesso, firmato dalle parti o contenuto in uno scambio di lettere o di telegrammi", offre una definizione così ampia della convenzione scritta, da risultare del tutto compatibile anche con l'ipotesi di rinvio imperfetto in esame. (Cass., 16 novembre 2000, n. 14860). Ne consegue che il richiamo per relationem imperfectam utilizzato

En el derecho inglés, el legislador se percató de esta situación y mediante la Ley de Arbitraje de 1996 consagró varias disposiciones, en las que toca la cláusula arbitral por referencia. Así, la Sección Sexta de este cuerpo normativo, menciona que este tipo de cláusulas son eficaces, siempre y cuando la remisión que se haga a estas, sea expresa y permita concluir inequívocamente que forman parte integral del contrato.<sup>17</sup>

En otros países, como en Estados Unidos, tanto a nivel federal, como estatal, las cortes le han otorgado eficacia a cláusulas arbitrales incorporadas por referencia.<sup>18</sup> A manera de ejemplo, se resalta el caso de *Level Export Corporation v. Wolz, Aiken & Co.* En esta oportunidad, la **Corte de Apelaciones de Nueva York**<sup>19</sup>, conoció de un contrato, donde las partes acordaron la venta de unos textiles y especificaron que se incluirían en el contrato las disposiciones generales sobre la venta de textiles, las cuales, contenían un capítulo referente a el arbitraje. Cuando el incumplimiento se suscitó entre las partes, *Wolz, Aiken & Co* convocó a un tribunal de arbitraje. Ante ello, *Level Export Corporation* se negó, aludiendo que entre las partes no existía un acuerdo de arbitraje. La Corte determinó que la intención de las partes al referirse a estas disposiciones, era la de integrarlas al contenido del contrato y esa integración comprendía el pacto arbitral. No obstante, en otros estados, como Texas<sup>20</sup>, la referencia a los acuerdos arbitrales debe ser expresa.

*dalle parti nel contratto commerciale in questione è idoneo a configurare una valida clausola compromissoria, tanto più che l'ignoranza del contenuto del contratto tipo non risulta neppure dedotta dalla ricorrente".*

- 17 **Arbitration Act, 1996, c.23, S.6 (2).** *"The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement".*
- 18 Véase. **Gabriel M Wilner, Martin Domke, and Larry Edmonson, Domke on Commercial Arbitration (The Law and Practice of Commercial Arbitration), 3 ed (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003). § 10:1.**
- 19 **Level Export Corp. v. Wolz, Aiken & Co. 305 N.Y. 82, 111 (N.E.2d. 218.1953)** *"Each of those contracts contains the statement that it is made 'subject to the provisions of Standard Cotton Textile Salesnote' which, as we have seen, was expressly 'incorporated as a part of this agreement and together herewith constitutes the entire contract between buyer and seller.' Difficult it would be to find words more clearly to express the contractual intent of the parties. There is no evidence that an attempt was made to limit the application of the standard cotton textile salesnote, nor was there indication that any one of the ten subdivisions of the salesnote was not intended to apply. Indeed, a contrary intention is indicated by the sentence which immediately follows the contract provision last quoted above 'No variation therefrom shall be valid unless accepted in writing. The effect of the foregoing contract provisions was to adopt, and to integrate into each purchase agreement, the terms of the standard cotton textile salesnote. Among those provisions is the tenth subdivision, bearing the caption 'Arbitration', beneath which is the printed statement 'Any controversy arising under, or in relation to, this contract, shall be settled by arbitration', followed by procedural provisions in the event arbitration should become necessary".*
- 20 **F. O'neil GRIFFIN V. Semperit Of America. Texas 414 F.Supp. 1384, 1393 (S.D. Tex. 1976)** *"An agreement which incorporates another agreement providing for arbitration should spell out in unequivocal terms those provisions or terms expressly excluded".*

En Colombia, el nuevo estatuto de arbitraje internacional –en adelante EDAI–, **contempla en el literal d del artículo 69 lo siguiente:** “La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

En interpretación de este artículo, vale la pena destacar la precisión que efectúa el profesor **Juan Pablo Cárdenas Mejía:** “Por otro lado la ley contempla también, en materia de arbitraje internacional, la cláusula compromisoria por referencia. Esto es, cuando en un contrato se hace referencia a otro documento. A tal efecto, la ley establece que existirá acuerdo de arbitraje siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”<sup>21</sup>.

Estas reflexiones son aplicables al pacto arbitral virtual. El intercambio de páginas web facilita la incorporación de los términos por referencia. Ergo, es perfectamente plausible que el usuario al momento de realizar una transacción a través del comercio electrónico, acepte una cláusula arbitral que está siendo incorporada por el contrato principal. Sin embargo, su eficacia estará supeditada a que el usuario haya tenido la oportunidad de conocerla.

### 2.1.2. La Manifestación del Consentimiento en el Pacto Arbitral Virtual

¿Desde cuando se entiende que hay una aceptación de la cláusula arbitral por medios electrónicos? ¿Basta con oprimir el botón de aceptación?

En el derecho comparado, el simple hecho de oprimir el botón de aceptación, es suficiente para que el contrato se perfeccione y la cláusula arbitral se entienda pactada. Sin embargo, para que la cláusula sea vinculante a ambas partes, se ha dicho que la página web, deberá indicar las condiciones generales del contrato y la cláusula arbitral deberá resaltarse<sup>22</sup>.

De esa manera, el usuario podrá conocer de antemano lo pactado y no tendrá problemas al momento de discutir la validez de la cláusula arbitral.

Sobre el consentimiento por medios electrónicos, no puede dejarse de lado, el estudio del Contrato de “Click-wrap”<sup>23</sup>. En este tipo de contrato, hay una oferta de arbitraje oculta, cuya aceptación deviene por el simple hecho de oprimir un botón que diga “I agree” ó “I accept”. Como mencionábamos en el párrafo anterior, el hecho de oprimir el botón, en algunas legislaciones, es

21 **Juan Pablo Cárdenas**, “El Acuerdo En El Arbitraje Internacional”, en Estatuto Arbitral Colombiano, por Antonio Aljure et al. (Bogotá: Legis, 2013), 386.

22 Cachard, Electronic Arbitration, 17-18.

23 Los Contratos de Click-Wrap, son contratos en los que el proveedor establece los términos y condiciones del acuerdo en su página-web y el usuario expresa su aceptación, oprimiendo un botón, comúnmente denominado “I agree”, “I accept”, “Acepto”, para continuar con la transacción.

prueba suficiente de la celebración del pacto arbitral, mientras que en otras, la validez dependerá de requisitos adicionales.

En concepto de algunos doctrinantes colombianos, como Jaime Arrubla Paucar, el contrato de click wrap *"será perfecto si quien cliquee su aceptación ha estado en la posibilidad de examinar en pantalla, las condiciones y términos del contrato, teniendo además la posibilidad de rehusarlos o aceptarlo y ha decidido mediante este procedimiento la segunda alternativa"* (...) *No se forma el contrato cuando al navegante se le presentan en pantalla condiciones generales, sin la indicación que para el efecto de contratar debe oprimir el botón de acepto"*<sup>24</sup>.

A su vez, Nelson Remolina Angarita, señala que en el Contrato de Click-Wrap la aceptación es expresa y encuentra respaldo en la Ley 527 de 1999:

*"Nos parece que dar click o pinchar un ícono de aceptación (click wrap) es una forma expresa de manifestar la voluntad en la formación de un contrato en el contexto electrónico que tiene aval normativo en los artículos 5, 14 y 15 de la Ley 527 de 1999. Nótese que como consecuencia de pinchar o dar un click se genera un mensaje de datos de aceptación de esos términos y condiciones"*.<sup>25</sup>

En Colombia, el consentimiento expresado por medios electrónicos, tiene respaldo en los artículos 5, 14 y 15 de la Ley 527 de 1999. Estos artículos tratan del reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, la formación y validez de los contratos electrónicos; y del reconocimiento de los mensajes de datos por las partes, respectivamente.

Ahora bien, con el fin de brindarle mayor seguridad jurídica al intercambio de voluntades por mensajes de datos, la legislación contempla a su vez, el funcionamiento de entidades de certificación, cuyo objeto es la expedición de certificados digitales, que permiten corroborar que el usuario fue quien efectivamente desplegó la acción, y su intención era la de contratar.

Se colige entonces, que si un usuario a través de una página web, donde ha tenido la oportunidad de conocer detenidamente las condiciones ó los términos de referencia del objeto a contratar y si en ellos se encuentra una cláusula arbitral y consciente de su existencia, decide oprimir el botón de aceptación, la cláusula arbitral será eficaz.

24 **Jaime Arrubla**, *Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos*, 3rd ed. (Bogotá: Legis, 2013). 376.

25 **Nelson Remolina**, *"Aspectos Legales Del Comercio Electrónico, La Contratación Y La Empresa Electrónica."*, *Revista de Derecho, Comunicaciones Y Nuevas Tecnologías. Universidad de los Andes. Revista no. 2 (2006): 365.*

## 2.2. EL CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES (FORMALIDAD “ESCRITA” DEL PACTO ARBITRAL)

Los Tratados Internacionales exigen que el pacto arbitral debe estar contenido en un escrito y firmado por las partes. Así, el Art. 2 de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencia Arbitrales Extranjeras –en adelante Convención de Nueva York–, reza:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito (resaltado fuera de texto) conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas<sup>26</sup>.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”<sup>27</sup>

Si bien la convención de Nueva York data del año 1958, hay quienes sostienen, que mediante un proceso analógico, es posible actualizar el contenido del artículo II, para encajar dentro de su definición, el pacto arbitral que ha

26 Christian Tautschnig, “Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Legal Challenges and Opportunities for the Next Generation of Online Arbitration”, in *Austrian Yearbook on International Arbitration*, por Gerold Zeiler, Irene Welser et alia (2015). 91. “Considering the literal meaning of the word telegraphy, i.e. writing over a distance, “without the physical exchange of an object bearing the message” also referred to as telegram, and the fact that today telegrams have been displaced almost entirely by emails, it appears to be clear that the word ‘telegram’ in the New York Convention at the time when the Convention was made, in 1958, was referring to the transmission of written messages via means of ‘telecommunication’. That the commonly used mode of transferring written messages via telecommunication has evolved and the message itself is no longer being referred to as ‘telegram’ are clear signs indicating an ‘evolving meaning’, the present embodiment of which is to be used for applying the Convention today”.

27 *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, (Nueva York, 10 de Junio de 1958). 330 U.N.T.S. 3, *Vigente a partir del 7 de junio de 1959, Art.XII*. Disponible en <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/ny-convention/text.html>. Aprobada en Colombia mediante la L. 39/90. Noviembre 23, 1990. *Diario Oficial [D.O] No. 39.587. [Colom]*.

concluido por un intercambio de correos electrónicos ó por cualquier otro medio electrónico<sup>28</sup>.

Esta analogía se efectuaría a partir del numeral segundo de la Convención y de lo que las normas domésticas de cada país entiendan por escrito<sup>29</sup>.

Esta posición que resulta bastante atractiva, no deja de presentar inquietudes en torno a los fraudes que se pueden cometer a través del medio informático. La firma electrónica puede ser una solución ya que permite determinar la autenticidad del documento<sup>30</sup>.

Hay otro grupo que se inclina por una interpretación más exegética y afirma que el artículo II de la convención, contiene una lista taxativa de lo que se entiende por escrito y por tanto requiere de una actualización, la cual, solo se logra mediante la adopción de un protocolo adicional, que incluya tanto a los acuerdos concluidos por medios informáticos, como la firma digital.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (en adelante CNUDMI) avala la primera postura, pero no descarta del todo la segunda. En una recomendación del 7 de Julio del 2006, relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II sostuvo:

"1 . Recomienda que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas"

La anterior recomendación, es consonante con los estudios previos que la CNUDMI adelantó en el año 2002, a propósito del artículo 7 de la ley mo-

28 En este sentido, véase Cachard, "Electronic Arbitration", 20. "Article II can be adapted to electronic exchanges in a variety of way, depending on the contractual process adopted by the parties. If the parties conclude the contract by an Exchange of electronic mails, Article II (2) can be interpreted by analogy in fine".

29 Quiénes se inclinan por esta postura, afirman que la convención en ningún momento quiso excluir los medios electrónicos, solo que para la época en que fue redactada, lo más avanzado eran las comunicaciones por telegramas. En tal sentido, **Mohamad S. Abdel Wahab**, "The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for Dispute Resolution", en *Kluwer Law International, Journal of International Arbitration* 21, no. 2 (2004): 153. (Accordingly, the New York Convention did not intentionally exclude electronic means of communication, which did not exist at the time)

30 *Ibid.*, 156. "The validity and effectiveness of electronic signatures in online contracting has been ascertained by the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, and the EU Community Framework Directive on Electronic Signatures. In order to verify the authenticity of the parties and maintain a secure and private communication in online arbitral proceedings, security enhancers, such as the use of Secure Multipurpose Internet Mail Exchange Protocol ("S/MIME") and Pretty Good Privacy ("PGP") for securing email communication, Secure Sockets Layer technology ("SSL") and Hypertext Transfer Protocol ("HTTP") for securing web-based communication, as well as data encryption technology and digital signatures, provide effective risk minimizing tools in this respect"

delo sobre el Arbitraje Comercial Internacional- en adelante Ley Modelo CNUDMI.<sup>31</sup>

Dichos estudios concluyen la importancia de entender que los acuerdos arbitrales también pueden celebrarse recurriendo a los procesos electrónicos<sup>32</sup>.

Esta tendencia también apela a tratados internacionales, cómo la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, que en su artículo 31 numeral 3 literal c<sup>33</sup>, permite la aplicación de normas de derecho internacional que sean

- 31 **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985**, con las enmiendas aprobadas en 2006 (Viena: Naciones Unidas, 2008) disponible en: <[http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)> Capítulo II. Acuerdo de Arbitraje. Opción I. Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 1) El "acuerdo de arbitraje" es 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 contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) 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, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) 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. 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
- 32 Cfr. **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Preparación de Disposiciones Uniformes en Forma Escrita para Acuerdos de Arbitraje**, 6 de Febrero de 2002, A/CN.9/WG.II/WP.118. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html). **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje**. 19 de Julio de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.136. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html). **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje** 14 de Diciembre de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.139. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html).
- 33 **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**, (Viena, 23 de Mayo de 1969). 1155 U.N.T.S. 331. Vigente a partir del 27 de Enero de 1980, Art. 84(1). Disponible en: [http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc\\_referencia/Convencion\\_Viena.pdf](http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf) - "Artículo 31 Regla General de Interpretación 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos :a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) Todo instrumento formulado por una o mas partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con

relevantes a la relación entre las partes. De ahí, que puedan integrarse otros textos, cómo La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Ley Modelo CNDUMI sobre comercio electrónico y la Ley Modelo CNDUMI sobre arbitraje comercial internacional; todos estos permiten la comunicación electrónica y en auxilio de la Convención de Nueva York, satisfaría el requisito del escrito y de la firma del pacto arbitral.<sup>34</sup>

A nivel local, algunas legislaciones son mas liberales en lo que respecta a la aceptación del convenio arbitral por otros medios diferentes al escrito.

En la experiencia francesa, la reforma que trajo consigo el Decreto No. 2011-48 del 13 de Enero de 2011 al artículo 1507 del Código de Procedimiento Civil, abrió la ventana, para que el acuerdo de arbitraje internacional, estuviera desprovisto de cualquier formalismo<sup>35</sup>. Bajo esta redacción, no cabe la menor duda que dentro de esta disposición, podrían encajarse los acuerdos celebrados en soporte informático, ya que lo importante es el acuerdo de las partes.

En Reino Unido, la Sección 5 de la Ley de Arbitraje de 1996, preceptúa:

Agreements to be in writing. (1) *The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.* (2) *There is an agreement in writing—(a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing.* (3) *Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.* (4) *An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.* (5) *An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.* (6) *References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.*

el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

34 **Abdel Wahab**, "The Global Information Society and Online Dispute Resolution", 154-155. "Based on such rules of interpretation, one could claim that in light of the object and purpose of the New York Convention, and taking into consideration subsequent provisions of the 1964 European Convention on International Commercial Arbitration ("European Convention"), the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, and the EU Directive on Electronic Commerce, which could provide guidance in regard to the interpretation of the New York Convention, a purposive interpretation of the New York Convention requirement of written format is satisfied through electronic communication"

35 Code de Procédure Civile. [C.P.C] art. 1507 (Fr.) "La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme".

Una interpretación integrada de esta disposición, ha dado pie para que se afirme que la intención del legislador inglés, fue la de incluir cualquier soporte que dé evidencia de que el acuerdo se encuentra escrito.

En el Derecho Estadounidense, la revisión de la Ley Uniforme de Arbitraje del año 2000, permite que los documentos se incorporen en un medio informático<sup>36</sup>. No obstante, cuando se está en la esfera federal, el estatuto aplicable es el Estatuto Federal Arbitral (FAA), el cual, en su artículo 2 hace mención al acuerdo arbitral<sup>37</sup>.

A propósito de esta norma, la **Corte del Distrito de Illinois**, conoció de un caso, donde concluyó que la cláusula compromisoria contenida en un soporte electromagnético tiene cabida en la definición de "escrito" del artículo . El caso surgió porque **Michael Lieschke, Robert Jackson, y Todd Simon**, descargaron unos programas a través de internet que ofrecía **Realnetworks Inc.** Una vez iniciada la descarga, el usuario aceptaba los términos del contrato de licencia y en el se incluyó una cláusula, en la que se dijo que cualquier conflicto que se presentara en razón del contrato, sería sometido a arbitraje en el estado de Washington.

Los usuarios del software, impetraron demanda ante la Corte, argumentando que el programa le permitía a **Realnetworks** invadir su privacidad, pues interceptada las comunicaciones electrónicas con el fin de obtener datos personales. Los demandados contestaron que ese asunto debía remitirse a arbitraje, conforme a lo estipulado; a lo que los accionantes, respondieron que no existía una cláusula arbitral pues no estaba por escrito. Con esta decisión la Corte de Illinois fijó un precedente, al reconocer que en efecto existía una cláusula compromisoria que había concluido por medios magnéticos y se encontraba por escrito<sup>38</sup>.

36 La ley actualmente ha sido acogida por los estados de Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Distrito de Columbia, Florida, Hawaii, Michigan, Minnesota, Nevada, Nueva Jersey, Nuevo Mexico, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Oklahoma, Oregon, Utah, Washington y West Virginia. <[http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Arbitration%20Act%20\(2000\)](http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Arbitration%20Act%20(2000))>

37 **9 U.S.C § 2 (2006)** – "Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate. *A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract*"

38 **In re Real Networks, Inc Privacy Litigation, 2000 WL 631341 (ND.Ill. 2000)**. "However, the modern congressional discussions that Intervenor points to do not serve as evidence of Congress' intent when it enacted the FAA in 1925. That Congress may now, with some hindsight on the advance of electronic communication, explicitly provide for written and electronic agreements in new legislation, does not mean that Congress in 1925 excluded electronic communications from the category of written communications by not explicitly providing for it. Rather, "New words may be designed to fortify the current rule with a more precise text that curtails uncertainty." See *ProCD, Inc. v. Zeiderberg, 86 F.3d 1447, 1452 (7th Cir.1996)*.

Dentro de este enfoque liberal, queda comprendida Colombia, pues mediante la Ley 1563 de 2012, adoptó las recomendaciones de la ley modelo CNDUMI sobre arbitraje comercial internacional. Si bien quedó establecido que el acuerdo quede por escrito, el literal b del artículo 69, menciona:

"b) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se entenderá cumplido con una comunicación electrónica si la información contenida en ella 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, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax"

Como se observa, el "escrito" también comprende aquellos acuerdos arbitrales celebrados por medios electrónicos, siempre que las partes puedan acceder nuevamente a ellos.<sup>39</sup>

El análisis de este requisito, estaría fragmentado, sino tocáramos así sea someramente, el tema de la firma digital. Como mencionábamos ut-supra, el acuerdo además de estar escrito, debe estar firmado por las partes. Estos dos elementos en armonía, le suman seguridad y autenticidad al acuerdo electrónico.

La firma por medios electrónicos se introdujo gracias a los esfuerzos de la CNDUMI en redactar una ley modelo que recogiera la importancia de asegurar que un documento electrónico había sido enviado por una persona específica. Esta normatividad ha sido acogida por varios países y abre paso para la consolidación de la era digital. En su artículo 7, contempla:

*Modern Congress' discussions indicate that it was, in fact, the "uncertain" legal effect of an electronic record or an electronic signature that prompted Congress to consider the "Electronic Signatures in Global and National Commerce Act," to which Intervenor cites. See House Report No. 106-344(I), September 27, 1999. Moreover, it seems that the License Agreement would, nevertheless, constitute a writing even for purposes of Congress' discussions today because the License Agreement may be printed and stored. See 145 Cong. Rec. S14881-01, at S14884, November 19, 1999. Thus, the License Agreement, including the arbitration provision, is a written agreement."*

39 Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 7, 2008 M.P. William Namén Vargas, Exp. 2001-06915-. [Colom.]. De otra parte, bajo los parámetros de la Ley 527 de 1999, declarada exequible por Sentencia C-662 de junio 8 de 2000 y C-831 de 8 de agosto de 2001, y reglamentada por el Decreto 1740 de 2000 e inspirada en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI) aprobada mediante Resolución 51/162 de la Asamblea General de la ONU, [...] cualquier negocio jurídico respecto del cual se exija documento privado con firma manuscrita, puede celebrarse bajo una forma electrónica, esto es, por vía telemática, con el uso de un computador u ordenador, mediante un documento virtual y con estricta observancia de todas las exigencias normativas contempladas en la ley (cas. septiembre 12/ 2000, exp. 5397)".

"1) Cuando la ley requiere la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) 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; y

b) Si este método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier documento pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no era aplicable a: [...]."

Colombia, no es ajena a estas actualizaciones informáticas. En efecto, la primera parte de la Ley 527 de 1999, define la firma digital como: "Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación"; y en su tercera parte, el artículo 28<sup>40</sup> señala los requisitos para que tenga los mismos requisitos que una firma manuscrita.<sup>41</sup>

Así las cosas, es evidente que la flexibilización de los requisitos formales del pacto arbitral por medios electrónicos, dependerá de la legislación a la que las partes se acojan. En algunos países, la aceptación de los medios electrónicos tiene mayor cabida que en otros. El reconocimiento y la homologación del laudo que haya tenido origen en un acuerdo arbitral electrónico, dependerá del rigorismo de cada país y de la rapidez con la que la normatividad pueda adecuarse a las nuevas formas de tecnología. Como bien se observa, Colombia ya dio pasos para la aceptación de estos medios, mediante la Ley 527 de 1999.

40 L. 527/99. Agosto 21, 1999. Diario Oficial. [D.O] No. 43.673. (Colom). ARTÍCULO 28. *Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo. PARÁGRAFO. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos: 1. Es única a la persona que la usa. 2. Es susceptible de ser verificada. 3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa. 4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada. 5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.*

41 Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala Civ. Diciembre 16, 2010. M.P Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 11001 3110 005 2004 01074 01.-. [Colom.].

### 3. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ELECTRÓNICO

#### 3.1 PROCEDIMIENTO APLICABLE Y LA AUTONOMÍA PRIVADA O DE LA VOLUNTAD

Otro de los problemas que trae consigo el arbitraje virtual, es el del procedimiento que debe seguirse. Tradicionalmente, el procedimiento en el arbitraje virtual puede tomar dos formas diferentes. La primera, inicia con la solicitud electrónica de arbitraje y concluye de manera presencial; y la segunda, en el que el procedimiento, desde su origen hasta su culminación, se realiza por medios informáticos<sup>42</sup>.

Las partes en razón al principio de la autonomía privada, son libres de pactar el procedimiento aplicable. Si las partes hacen uso de esa facultad, pueden moldear con facilidad el procedimiento a los medios electrónicos. No obstante, esa autonomía procedimental, en ningún caso podrá ir en contravía de las normas imperativas, como aquellas que resulten del debido proceso. En caso de que no lo mencionen, este resultará del lugar donde el arbitraje virtual se lleve a cabo. Sin embargo, este último aspecto es de difícil determinación cuando se está en el espacio cibernético, pues no se sabe a ciencia cierta en donde ocurre. Esta cuestión será profundizada más adelante cuando se haga referencia a la eficacia del arbitraje virtual.

#### 3.2. SOLICITUD DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ELECTRÓNICO

El pacto arbitral marca la pauta acerca de la manera en como debe iniciarse el procedimiento electrónico. Si en el acuerdo, las partes manifestaron que basta con una comunicación electrónica para dar inicio al trámite, no hay mayores complicaciones. Por el contrario, si las partes no han hecho ningún reparo al respecto, el vacío deberá llenarse con base en las normas de procedimiento que le asisten a ese proceso, en donde, no todas, contemplan la posibilidad o suficiencia de la comunicación electrónica para iniciar el trámite.

Las mayoría de las instituciones arbitrales internacionales que ventilan esta clase de procesos, contemplan en sus reglamentos, unas normas referentes a la manera en como debe surtirse este aviso. Asimismo, la producción legislativa de algunos países, señalan unas reglas básicas referentes a si la comunicación electrónica es suficiente para dar inicio a el arbitraje telemático.

El reglamento de la Corte de Arbitraje de Londres (en adelante LCIA), por ejemplo, permite que la comunicación electrónica sea un medio eficaz para iniciar el proceso arbitral<sup>43</sup>. En igual sentido, la American Arbitration Association

42 Yu & Nasir, "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework"? . 464

43 London Court of International Arbitration. LCIA Arbitration Rules (2014). Disponible en: <[http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)> "Article 4. (4.1) Any written communication by the LCIA Court, the Registrar or any party may be delivered personally or

(en adelante ICDR-AAA), en su reglamento de Mediación y Arbitraje, va un poco más allá, pues además de permitir la comunicación electrónica para dar inicio al proceso arbitral, consagra la posibilidad de que la parte convocante lo inicie online a través de su página AAA web File <sup>44</sup>.

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París –en adelante ICC–, se aparta de esta línea. En efecto, el reglamento permite las comunicaciones electrónicas entre las partes, el secretariado y el tribunal, pero en lo que respecta a la iniciación electrónica del trámite arbitral, el reglamento es excluyente, lo que dificultaría en parte el desarrollo de un arbitraje virtual<sup>45</sup>.

La ley modelo CNDUMI, acogida por muchos países, menciona en su artículo 21 que las actuaciones arbitrales “iniciarán cuando el demandado haya recibido el requerimiento de someter una controversia a arbitraje”. Se aprecia que el artículo 21 solo hace referencia a un “requerimiento” pero no enfatiza en la manera en que deba surtir ese requerimiento. Pues bien, el literal a del numeral 1 del artículo 3 de la misma normativa, permite disipar la duda al decir que las comunicaciones escritas entre las partes se pueden dar por “cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega”. De una lectura cuidadosa de estos dos artículos, es forzoso concluir que la solicitud de arbitraje se puede dar través de un medio electrónico, siempre y cuando se pruebe inequívocamente que hubo intento de su entrega.

*by registered postal or courier service or (subject to Article 4.3) by facsimile, e-mail or any other electronic means of telecommunication that provides a record of its transmission, or in any other manner ordered by the Arbitral Tribunal”.*

- 44 **International Centre For Dispute Resolution. American Arbitration Association. (IC-DR-AAA) Procedimientos Internacionales de Resolución de Disputas (Incluyendo el Reglamento de Mediación y de Arbitraje) (2014). Artículo 2. Notificación de Arbitraje.** 1. *La parte que desee iniciar el arbitraje (“Demandante”) comunicará esta circunstancia, de conformidad con el Artículo 10, por escrito mediante una Notificación de Arbitraje que se enviará al Administrador y, al mismo tiempo, a la parte frente a la que se esté formulando la reclamación (“Demandado”). El Demandante también podrá iniciar el arbitraje por medio del sistema online del Administrador en la página [www.icdr.org](http://www.icdr.org).” Disponible en: <[https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADR\\_STAGE2030058&\\_afLoop=1159480202379151&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=qgf1x2q5k\\_378#%40%3F\\_afWindowId%3Dqgf1x2q5k\\_378%26\\_afLoop%3D1159480202379151%26doc%3DADR\\_STAGE2030058%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3Dqgf1x2q5k\\_438](https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADR_STAGE2030058&_afLoop=1159480202379151&_afWindowMode=0&_afWindowId=qgf1x2q5k_378#%40%3F_afWindowId%3Dqgf1x2q5k_378%26_afLoop%3D1159480202379151%26doc%3DADR_STAGE2030058%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dqgf1x2q5k_438)>”*
- 45 **Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2012).** Disponible en: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> “Artículo 3 numeral 2: *Todas las notificaciones o comunicaciones de la Secretaría y del tribunal arbitral deberán hacerse a la última dirección de la parte destinataria o de su representante según haya sido comunicada por ésta o por la otra parte. Dichas notificaciones o comunicaciones podrán efectuarse mediante entrega contra recibo, correo certificado, servicio de mensajería, correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación que provea un registro del envío”.*

Si bien, la normatividad sobre Arbitraje Comercial Internacional en Colombia tiene sus raíces en la Ley modelo CNDUMI, la norma que nos traza el camino se aparta un poco de esta redacción. En Colombia, la solicitud para iniciar un trámite arbitral de carácter internacional, podrá hacerse por cualquier medio, incluyendo la transmitida por medios electrónicos<sup>46</sup>. La única limitación al respecto, es que esté dirigida a una dirección electrónica que haya sido designada o autorizada por las partes. Esta redacción resulta más favorable y hace plausible el inicio de un proceso arbitral telemático.

De todo lo dicho, las partes podrían perfectamente acogerse a cualquiera de los tres reglamentos institucionales que hemos estudiado ó escoger normas de procedimiento que le sean más favorables al arbitraje virtual.

### 3. 3. AUDIENCIAS Y DELIBERACIONES ELECTRÓNICAS

En virtud del principio de la autonomía privada, las partes están en la libertad de excluir las audiencias electrónicas si así lo desean. Son muchos los cuerpos normativos que reconocen este principio. *Ad exemplum*, el derecho inglés ha reconocido de antaño, la posibilidad de que las partes determinen que el proceso arbitral sea por escrito- *documents-only arbitration*-, es decir, prescindiendo de cualquier tipo audiencia<sup>47</sup>.

En igual sentido, el numeral 1 del artículo 24 de la Ley Modelo CNUDMI, es una clara manifestación de este principio: "1) *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes*". La ley sobre Arbitraje Internacional en Colombia, sigue de cerca esta redacción y la recoge en su art.97<sup>48</sup>.

46 L.1563/12. Julio 12, 2012. Diario Oficial. [D.O.] No. 48.489. (Colom.). "Artículo 65. Recepción De Comunicaciones Escritas. *Salvo acuerdo en contrario de las partes: a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en la dirección señalada en el contrato o, en su defecto, en la dirección o residencia habitual o lugar de actividades principales de aquel. Si, tras una indagación razonable, no pudiere determinarse ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada, o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega en la última dirección o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario; b) La comunicación por medios electrónicos podrá dirigirse a una dirección que haya sido designada o autorizada para tal efecto. La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación de arbitraje, caso en cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario. Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones surtidas en un procedimiento ante una autoridad judicial.*"

47 Cachard, "Electronic Arbitration", 33. "The United Kingdom has for a long time recognized "documents-only arbitration, requiring no hearings".

48 L.1563/12."Artículo 97. Audiencias y actuaciones por escrito. *Salvo acuerdo en contrario de*

La consecuencia lógica que se deriva de estas reglamentaciones, es que el arbitraje en línea, dejaría de ser un proceso oral para convertirse en un proceso netamente escrito, ya que la comunicación entre las partes se daría por intercambio de documentos electrónicos. Esta circunstancia inquieta a varios investigadores, como O. Cachard<sup>49</sup>, quien advierte acerca de la manera en como la ausencia de audiencias podría afectar el proceso en tres aspectos. El primero, estaría relacionado con ciertos documentos que son presentados al tribunal arbitral, donde la decisión acerca de su pertinencia, ocurre en audiencia. El segundo, refiere a las audiencias de testimonios y peritajes, donde los árbitros se pueden percatar de ciertos elementos que no son evidentes por escrito, y por último, la carencia de una audiencia de alegatos de conclusión, dejaría a los representantes legales sin la oportunidad para reiterar sus argumentos más convincentes.

Por otro lado, las partes también pueden decidir que van a llevar a cabo audiencias electrónicas ó pueden acogerse a un reglamento institucional que así lo disponga; éstas, podrán realizarse a través de videoconferencias, audioconferencias ó cualquier otro recurso tecnológico a su alcance.

Acerca de la calidad de la transmisión de las videoconferencias electrónicas la doctrina se cuestiona que ocurre cuando es deficiente, hay interrupciones en la comunicación, ó incluso, los testigos no pueden ser escuchados o vistos con claridad<sup>50</sup>. Por consiguiente, es recomendable que las partes cuenten con herramientas tecnológicas análogas, como banda ancha, etc.

Finalmente, debe recordarse que el principio de la autonomía privada está limitado por normas de orden de público. Así, si hay legislaciones que contemplan si quiera la obligatoriedad de una audiencia ó de cualquier otro requisito, las partes no podrían derogarlo, porque el laudo sería inejecutable.

Otro punto que merece especial reparo es el de las deliberaciones electrónicas. Las legislaciones mas avanzadas no proscriben la posibilidad de que estas ocurran electrónicamente. En la experiencia Suiza, deben cumplirse cuatro

*las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación o práctica de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Salvo que las partes hubiesen convenido que no se lleven a cabo audiencias, el tribunal arbitral las celebrará a petición de cualquiera de ellas. El tribunal arbitral notificará a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y su objeto. El tribunal arbitral dará traslado a la otra u otras partes de las declaraciones, documentos e información que cualquiera de ellas le suministre y pondrá a disposición de estas los peritajes y los documentos probatorios en los que pueda basar su decisión."*

49 Cachard, "Electronic Arbitration", 33- 34.

50 Al respecto, **Julia Hörnle** recomienda la implementación de dos cámaras de video que capturen totalmente la sala de audiencia. En: **Julia Hörnle**, "Online Dispute Resolution: The Emperor's New Clothes" Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and It's Application to Commercial Arbitration." *International Review of Law, Computers & Technology* 17, no. 1 (2003): 27-37: "In order to avoid a coaching of the witness, the picture should cover the whole room at the witness end, which necessitates at least two cameras."

condiciones para que las deliberaciones puedan tener un soporte electrónico. En primer lugar, los árbitros deben haber acordado el uso de mecanismos electrónicos. En segundo lugar, todos los árbitros deben participar en la discusión, a menos que no puedan por condiciones de salud. En tercer término, la deliberación electrónica, solo está permitida si las partes la han pactado; y finalmente, el procedimiento de estas deliberaciones debe estar estrictamente señalado<sup>51</sup>.

En el derecho francés, al igual que en el italiano, no cabe duda de que las deliberaciones del panel arbitral puedan darse por medios electrónicos, siempre que las partes no los hayan excluido<sup>52</sup>.

Para el caso colombiano, no existe una disposición expresa en el EDAI, que mencione la posibilidad de hacer deliberaciones electrónicas<sup>53</sup>.

Sin embargo, la implementación de las deliberaciones electrónicas no está del todo excluida en un arbitraje internacional que se lleve a cabo en Colombia. Esta implementación podría darse por medio de tres caminos. El primero, estaría respaldado por el principio de la autonomía privada, donde por acuerdo, las partes podrían incluir las deliberaciones electrónicas en el proceso arbitral. El segundo, por el diferimiento de las partes a un arbitraje institucional,<sup>54</sup> en el

51 Cfr. **Richard Hill**, "On-Line Arbitration: Issues and Solutions", *Arbitration International* 15, no. 2 (1999): 199–207. Disponible en <http://www.umass.edu/dispute/hill.htm>. "A sentence of the Swiss Supreme Court shows that the arbitrators need not meet in person and are free to conduct deliberations by electronic means, including E-Mail, provided that suitable precautions are taken. This sentence concerns an arbitration conducted under the regime of the Concordat sur l'arbitrage (CIA), an arbitration law which would normally no longer be applicable to international arbitrations. However, the provisions of the more recent law, the Swiss Private International Law Act (LDIP), are analogous to those of the CIA for what concerns this matter, so the sentence should be applicable to arbitrations conducted under the regime of the LDIP. (...) Thus the arbitrators may make an award after discussing the case and any draft awards either by synchronous electronic means (such as audio-conference) or by asynchronous electronic means (such as circulation of drafts and comments by E-Mail), provided that: a) all the arbitrators agree to such electronic means; b) all the arbitrators participate in the discussion, or one arbitrator is excluded for valid reasons such as illness or refusal to participate in any form of deliberation, including conventional physical presence; c) the parties have not ruled out such electronic deliberations; d) the agreement of the parties to such electronic deliberations, or, in the absence of such party agreement, the agreement of the arbitrators, is properly documented, for example in a procedural order"

52 Cfr. **Manevy**, *Online Dispute Resolution: What Future?* 41. "According to the French Cour d'appel de Paris, "no particular form is imposed for the deliberations of the arbitral tribunal, in international it is difficult to hold multiple meetings of a group of people who live in different countries".

53 No siendo igual para el arbitraje nacional, donde el artículo 23 expresamente permite la implementación de mecanismos electrónicos. L.1563/12.Art. 23. "En el proceso arbitral podrán utilizarse medios electrónicos en todas las actuaciones y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta".

54 **Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional. (2014)**. Consagra explícitamente en su art. 3.21 numeral 4, la posibilidad de "El Tribunal y las partes podrán acudir a la utilización de los medios elec-

que se contemple la posibilidad de hacer uso de los medios electrónicos para este tipo de deliberaciones. Y el tercer y último camino, se podría presentar en el supuesto en el que las partes no se pronuncien al respecto, y el tribunal, de común acuerdo, considere que las deliberaciones podrían ser llevadas a cabo por este conducto<sup>55</sup>.

### 3.4 ALGUNOS PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE EN LÍNEA

Al igual que cualquier otro proceso, el arbitraje virtual está sujeto a los principios de la contradicción y debido proceso, confidencialidad e imparcialidad. Todos buscan darle igualdad y transparencia al proceso. Estas garantías, se recogen en la mayoría de los reglamentos institucionales.

#### 3.4.1 Contradicción

De acuerdo con este principio, las partes deben tener igualdad de oportunidades para presentar sus alegatos, acceder a la evidencia, controvertirla y contar con los mismos recursos tecnológicos que garanticen el curso normal del proceso. Sin embargo, este principio puede verse desdibujado en este tipo de arbitraje de varias maneras.

En primer término, se vulnera el principio de contradicción si una de las partes no tiene la oportunidad de contradecir un documento electrónico, que ha sido enviado por la otra al panel arbitral. Al respecto, los árbitros deben enviar la documentación pertinente en un término razonable para que la parte que no ha ejercido su derecho de contradicción, lo haga.

En segundo término, las videoconferencias podrían ser un obstáculo para alguna de las partes, sino se cuentan con los mismos recursos tecnológicos que garanticen la seguridad del proceso. Para superar este contratiempo, se plantea la posibilidad de que los centros de arbitraje cuenten con varias sedes que permitan la realización de conferencias electrónicas con los mejores estándares tecnológicos.

El artículo 91<sup>56</sup> del Estatuto Arbitral Internacional- Ley 1563 de 2012- es una clara expresión del principio de contradicción, pues le otorga la posibilidad a las partes de hacer valer sus derechos de manera igualitaria.

*trónicos para la realización de audiencias y práctica de pruebas, a través de sistemas como videoconferencia, teléfono o medios similares de comunicación". De igual manera, podrán establecer el envío de comunicaciones y documentos a través de correo electrónico a las direcciones de correo aportadas por las partes y por el tribunal arbitral. Bien podrían las partes ó los árbitros echar mano de este reglamento, para llevar a cabo tanto las audiencias virtuales, cómo deliberar electrónicamente.*

55 La L.1563/12 en su art. 92 autoriza a los árbitros a dirigir el arbitraje del modo que considere más apropiado, ante el silencio de las partes.

56 L.1563/12. Art.91 "El tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una

### 3.4.2. Confidencialidad

La confidencialidad es un principio propio del arbitraje internacional y no solo se predica de las partes y los árbitros, sino también de terceros y la institución arbitral. Este principio, implica que tanto las deliberaciones de los árbitros, como los medios de prueba que se aporten al proceso y el laudo, se mantengan lejos de la luz pública. En oportunidades, la obligación de guardar confidencialidad, puede haberse pactado *ab-initio*. También la confidencialidad podrá estar disciplinada expresamente en normas de derecho internacional, En otros casos, el diferimiento de las partes a un reglamento institucional, trae consigo esta obligación.

Dentro de estos reglamentos, vale la pena mencionar, el de la ICC y la LCIA. El primero, recoge en sus artículos 6 y 22 el deber de confidencialidad así:

Art. 6 "La actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título. La Corte definirá las condiciones bajo las cuales las personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a documentos relacionados con las actividades de la Corte y a su Secretaría"

"Art. 22 Numeral 3. A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial".

Por su parte, el reglamento de la LCIA alude al deber de confidencialidad, en los siguientes términos:

**Artículo 30 Confidencialidad.** 30.1 *Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial.* 30.2 *Asimismo, las deliberaciones del Tribunal Arbitral son confidenciales entre sus miembros, salvo y en la medida en que, de conformidad con los Artículos 10, 12 y 26 de este Reglamento, se requiera su revelación de los miembros del Tribunal Arbitral para justificar el rechazo de un árbitro a participar en el arbitraje.* 30.3 *La Corte de la LCIA no publica –ni total, ni parcialmente– ningún laudo sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral.*

de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos"

La ley modelo CNDUMI, no se pronunció al respecto, por lo que, en Colombia, si las partes quieren guardar la confidencialidad del proceso arbitral, deberán pactarlo expresamente ó se entenderá incorporado tácitamente si se acogen a las reglas de una institución arbitral.

Para el caso del arbitraje virtual, esta obligación también estaría presente en los mismos términos que en el arbitraje presencial, siempre que las partes lo hayan acordado o se acojan a un reglamento que contenga esta obligación. La confidencialidad, en el arbitraje virtual también podría verse afectada si no se cuentan con las herramientas necesarias que permitan mantener la información oculta. El manejo de la información a través del internet puede ser objeto de manipulaciones fraudulentas y podría caer en manos no deseadas. Por lo anterior, es imperativo que se apliquen protocolos de seguridad para preservar la confidencialidad en el intercambio de correos electrónicos y se equipen los centros de arbitraje virtual de Firewalls para evitar posibles ataques de hackers.

Finalmente, deben destacarse los esfuerzos de la ICC, en torno a la creación de una plataforma virtual que busca preservar la confidencialidad de los casos que se ventilan ante esa institución. Este servicio que se le conoce como Net-Case, surgió en el año 2005 y tiene un doble propósito. Por un lado, proteger la confidencialidad de la información a través de un proceso de encriptación; y por el otro, asegurar que los documentos no contengan programas maliciosos ó virus que puedan alterar la confidencialidad de las partes.

### 3.4.3. Imparcialidad

No es necesario hacer un estudio exhaustivo del principio de imparcialidad, para señalar que en el arbitraje virtual, podría verse afectado el criterio de los árbitros, cuando el proveedor del servicio electrónico, es quién los elige. A nivel doctrinario, se plantea que los árbitros que se encuentran en la listas de instituciones arbitrales virtuales, deben haber sido sometidos a un escrutinio que garantice su imparcialidad. En adición, deberán revelar cualquier circunstancia que notablemente pueda cegar su juicio en el proceso<sup>57</sup>.

57 Sylvia Kierkegaard. *“Legal Conundrums in Cyber-Arbitration”*, en IADIS INTERNATIONAL CONFERENCE-E-COMMERCE, por IADIS, ed. Nitya Karmakar y Pedro Isaías (Lisbon: IADIS Press, 2004), 410. *“Impartiality. The problems of impartiality arise if the arbitration service provider chooses the Arbitrator. In order to avoid this problem, a roster of all registered and accredited arbitrators must be made available online from whom the parties can choose. All arbitrators must be accredited by the national bodies and possessing the competence and background necessary in dealing with legal issues. They must have been screened to ensure impartiality. No party should have a unilateral communication with the Arbitrator”*.

### 3.5. ALMACENAMIENTO DE LA EVIDENCIA ELECTRÓNICA

En el comercio electrónico, la gran parte de los contratos se perfeccionan y concluyen a través de internet. De ahí, que estos documentos puedan constituirse en evidencia potencial e inquiete la manera en como se recaudan, almacenan y revelan este tipo de pruebas.

Frente a la producción de la evidencia electrónica, es pertinente resaltar que su recaudo dependerá de la clase de prueba que se pretenda allegar al proceso y su recolección deberá hacerse con sujeción a las reglas propias de cada medio probatorio. En el arbitraje internacional, las partes muchas veces incorporan las reglas de la **International Bar Association** sobre el recaudo de evidencia en el arbitraje internacional –IBA Rules-, como pauta para que los árbitros recauden la evidencia que les resulte relevante para el caso. En el arbitraje virtual, estas reglas resultan útiles, especialmente en lo que toca a la producción del documento electrónico.

Adicionalmente, el comunicado del año 2011 de la ICC, esclarece un poco más el manejo y producción del documento electrónico. De acuerdo con este escrito, el documento electrónico puede ser recuperado a través de dos formas: de manera activa ó inactiva. La recuperación será activa, cuando los documentos pueden ser extractados de la computadora personal del usuario, de servidores compartidos, del servidor activo de la compañía que presta el servicio ó de computadores de terceros, donde la información ha sido transmitida a través de protocolos ("FTP"). La recuperación es inactiva, si para ello, se requiere restablecer documentos que han sido borrados ó se encuentran en servidores dedicados exclusivamente a resguardar copias de seguridad. A través de estas dos formas de recuperación de documentos, las partes podrían reconstruir la evidencia en aras de aportarla al proceso.

Respecto a el valor probatorio de la evidencia electrónica, debe determinarse si las partes inicialmente incorporaron reglas de procedimiento ó si los árbitros tienen libertad para hacerlo. Si se trata del primer supuesto, la autonomía de los árbitros frente a la valoración probatoria se encontraría restringida, no siendo igual para el segundo evento, donde los árbitros tienen amplia libertad para determinar con fundamento en que normas se valoran las pruebas electrónicas. Tanto los árbitros como las partes, perfectamente podrían incorporar normas procedimentales de un país específico, u otras normas que hagan parte de lo que la doctrina denomina *soft law-derecho flexible*.

Como ejemplos de este derecho flexible, se resalta el reglamento de Arbitraje de la **CNUDMI**, el cual le confiere amplia discrecionalidad a los árbitros para valorar la admisibilidad, pertinencia e importancia de las pruebas que se aportan al proceso<sup>58</sup>. En sentido análogo, los reglamentos del Centro

58 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Reglamento de Arbit-

Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC, sigla en inglés)<sup>59</sup> y de la LCIA<sup>60</sup>. Reglamentaciones de esta clase, le otorgan mayor flexibilidad a los árbitros para adaptarse y valorar las pruebas que se produzcan en el medio electrónico.

El EDAI colombiano, no contempla un capítulo específico acerca de las pruebas en el arbitraje internacional.

Sin embargo, hay varios artículos que permiten determinar la manera como un tribunal de arbitraje internacional puede conducir la etapa probatoria del proceso. Una de estas, es el artículo 91 que le permite a los árbitros "determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas" sin someterse a las normas procesales sede del arbitraje. De ahí que los árbitros tengan amplia discrecionalidad para valorar las pruebas, incluyendo aquellas que estén en soporte magnético conforme a las reglas que estimen más pertinentes.

Especial referencia debe hacerse frente al valor probatorio del documento electrónico.

En principio, los árbitros deberán analizar la fuerza probatoria de esta clase de documentos bajo el marco normativo escogido por las partes. Si las partes nada han dicho al respecto, los árbitros están en libertad de aplicar las normas probatorias que estimen pertinentes.

De acuerdo con O. CACHARD<sup>61</sup>, una pauta que podrían considerar los árbitros para no acudir a normas procesales locales, resultaría de la conjunción entre la ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la ley mo-

raje de la CNUDMI, revisado en el 2010. (Viena: Naciones Unidas, 2011) disponible en: <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>> "Art. 27 Práctica de la Prueba. 4. El tribunal determinará la admisibilidad la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas."

59 Singapore International Arbitration Centre. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre. SIAC RULES (2013). Disponible en: <[http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013#siac\\_rule16](http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013#siac_rule16)> "Rule 16. (2) Conduct of the Proceedings The Tribunal shall determine the relevance, materiality and admissibility of all evidence. Evidence need not be admissible in law"

60 LCIA Arbitration Rules. "Article 22.1 (vi) The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraphs (viii), (ix) and (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: to decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material tendered by a party on any issue of fact or expert opinion, and to decide the time, manner and form in which such material should be exchanged between the parties and presented to the Arbitral Tribunal"

61 Cachard, "Electronic Arbitration", 42. "When the parties do not submit the arbitration procedure to a particular law, how can the arbitrator decide on the probative force of an electronic document? How can he/she resolve disputes over probative force between two electronic documents? The emergence of a transnational law on electronic documents relieves the arbitrator of the need to resolve these difficulties using a particular national law. The arbitrator can base a decision both on the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and on the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures".

delo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas. Ambas, contemplan normas en las que los árbitros pueden apoyar su decisión<sup>62</sup>.

Si las partes pactan que en un arbitraje internacional se aplicarán las normas procesales Colombianas, los árbitros se verán en la obligación de acudir al Código General del Proceso, en consonancia con la Ley 527 de 1999, que trata del comercio electrónico y las firmas digitales. Esta última, reproduce parcialmente el contenido de las leyes CNUDMI sobre Firmas Electrónicas y Comercio Electrónico. De hecho, los artículos 5, 6, 7 y 8 de esta ley, se inspiran en los ya mencionados artículos de la ley modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico. A contrario sensu, la segunda parte de esta ley, difiere del texto de la ley modelo CNUDMI sobre firmas electrónicas, pero contempla otras disposiciones<sup>63</sup> que le permiten a los árbitros determinar la fiabilidad de las firmas digitales.

En caso de que una de las partes tache de falso un documento electrónico, el árbitro deberá apoyarse en los certificados que expiden las entidades encargadas de certificar la autenticidad de las firmas electrónicas ó también podrán acudir a un perito que analice el tema, cuando el reporte de la entidad se encuentre manipulado.

Por último, en lo que toca al deber de revelación de la evidencia en posesión de una de las partes, es una práctica común por parte de las instituciones arbitrales internacionales, la expedición de guías o protocolos sobre este particular. Las Reglas del ICDR-AAA, sobre el intercambio de información, son uno de estos tantos manuales y consagra específicamente en la Sección Cuarta, una regla acerca del deber de revelar documentos que se encuentran en soporte electrónico<sup>64</sup>.

62 Por ejemplo, la primera refiere en su artículo 5, al reconocimiento jurídico de los mensajes de datos; el artículo 6, al escrito; el artículo 7, a la firma; y el artículo 8, al original. La segunda, por su parte, en el artículo 10 refiere a la fiabilidad y certificación del documento electrónico.

63 Dentro de estas, se hallan, entre otras, los artículos, art. 28 atributos jurídicos de la firma electrónica; y art. 29, Características y requerimientos de las entidades de certificación.

64 **International Centre For Dispute Resolution. American Arbitration Association. (ICDR-AAA) ICDR Guidelines For Arbitrators Concerning Exchanges Of Information.** (2008) Disponible en: <[https://www.icdr.org/icdr/faces/icdrresources/icdrarbitratorsmediators?\\_afLoop=43997731687640&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=null#%40%3F\\_afrWindowId%3Dnull%26\\_afrLoop%3D43997731687640%26\\_afrWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3D03btjymkf\\_158](https://www.icdr.org/icdr/faces/icdrresources/icdrarbitratorsmediators?_afLoop=43997731687640&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26_afrLoop%3D43997731687640%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D03btjymkf_158)> Section 4. "Electronic Documents". *When documents to be exchanged are maintained in electronic form, the party in possession of such documents may make them available in the form (which may be paper copies) most convenient and economical for it, unless the Tribunal determines, on application and for good cause, that there is a compelling need for access to the documents in a different form. Requests for documents maintained in electronic form should be narrowly focused and structured to make searching for them as economical as possible. The Tribunal may direct testing or other means of focusing and limiting any search*". (Traducción libre al Español) "Cuando los documentos que se van a intercambiar se encuentren en soporte electrónico, la parte

En el mismo sentido, el International Institute for Conflict Prevention and Resolution- CPR -emitió en el año 2008, un protocolo acerca de la divulgación de documentos y citación de testigos en el arbitraje comercial. La sección 1(d) (2) señala bajo el esquema 2, los diferentes modos en los que las partes pueden revelar los documentos electrónicos que están en su poder<sup>65</sup>. Estas directrices, son de gran utilidad para que los árbitros cuenten con la evidencia, que estando en posesión de las partes, les permita formar un criterio apropiado para decidir de fondo el asunto.

#### 4. LA LEY SUSTANCIAL EN EL ARBITRAJE VIRTUAL

Actualmente, existe un debate en la doctrina de si deben o no crearse nuevas normas sustanciales que cobijen las disputas, susceptibles de ventilarse a través de un arbitraje virtual.

Para algunos académicos, la naturaleza de la disciplina, amerita la creación de estas normas, pues se trata de operaciones deslocalizadas. Esta tendencia plantea el nacimiento de la *lex informática* como un subgrupo de la *lex mercatoria*, específica para las relaciones que nacen en el ciberespacio<sup>66</sup>. No obstante, la *lex informática*, no es del todo aceptada en la comunidad jurídica, por tanto, es preferible que las partes, si así lo desean, se refieran a la *lex mercatoria*.<sup>67</sup>

*que está en posesión de ellos, podrá reproducir su contenido en la forma (que pueden ser copias físicas) más económica posible, a menos que el Tribunal, determine que su reproducción deba constar en otro medio. La solicitud de documentos que están en medios magnéticos, deberán encontrarse estructurados de la forma más sencilla que facilite su búsqueda. El tribunal podrá limitar por otros medios la búsqueda”.*

65 Véase. International Institute for Conflict Prevention & Resolution. CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration. (2009). 11. Disponible en: <<http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/ProtocolonDisclosureofDocumentsPresentationofWitnessesinCommercialArbitration.aspx>>

66 Jana Herbočzková, “Certain Aspects of Online Arbitration”, en *Sborník Konference Dny Práva*, por Právnická fakulta Masarykovy univerzity (Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2008), 620–31. “According to the advocates of this approach, the *lex informatica* forms a subgroup of *lex mercatoria*, but contains rules that reflect the specifics of cyberspace transactions”. Disponible en: <<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/SBORNIK.pdf>> (Consultado el 17 de Mayo de 2015)

67 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias: Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 7, 2008. M.P William Namen Vargas, [SC-007-2008]. Exp. 2001-06915-01.[Colom.]. Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Julio 1, 2008. M.P William Namen Vargas, Exp. 2001-00803-01-. [Colom.]. Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Agosto 20, 2011. M.P William Namen Vargas. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01\_-. [Colom.]. Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Septiembre 8, 2011. M.P William Namen Vargas, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01\_-. [Colom.]. Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 21, 2012. M.P William Namen Vargas Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01\_-. [Colom.], acentúa la importancia de la “*lex mercatoria*”, los instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -Principles

Es también opinión de esta tendencia, que las normas locales son inadecuadas para gobernar las relaciones del comercio internacional. En efecto, uno de los contratantes podría encontrarse en una situación de desventaja al aplicársele normas que no conoce. Asimismo, las leyes nacionales no se adaptan con facilidad a las relaciones del comercio internacional, lo que resultaría en un entorpecimiento de las relaciones comerciales y una falta de uniformidad en el comercio electrónico .

La resolución de las controversias aplicando la *lex informatica*, en nada contradice o afecta la Convención de Nueva York, pues mediante la Resolución de 1992 de la Asociación de Derecho Internacional, se aceptó que los laudos que se basen en normas internacionales pueden ser homologados, siempre que las partes así lo hayan pactado ó que los árbitros ante el silencio de estas, las hayan aplicado. Dentro de este grupo quedaría comprendida la *lex informatica*<sup>68</sup>.

En el otro extremo, se encuentran quienes consideran que el espacio cibernético, simplemente es un vehículo y por tanto las partes deben acomodarse al marco normativo existente. En efecto, las transacciones que ocurren en el comercio electrónico no son muy diferentes de aquellas que ordinariamente se presentan en el mundo materializado, ya que los comerciantes, siguen tratando con los mismos bienes y servicios. De ahí, que existan un sinnúmero de legislaciones que puedan encuadrarse en el ciberespacio, lo que hace innecesaria la creación de nuevas normas.

of International Commercial Contracts (PICC), y la labor de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). En sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 11001-3103-040-2006-00537-01, anotó "[...] Los *Principios*, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos".

68 Ibid, 628. "The awards based on *lex mercatoria* are widely recognized and confirmed by the 1992 Cairo Resolution of the International Law Association (providing that arbitration awards based on transnational rules are enforceable if they have been applied by the arbitrators pursuant to agreement of the parties or when the parties have remained silent regarding the applicable law), national court decisions as well as writings by a honorable scholars. As the *lex informatica* forms a part of *lex mercatoria*, there is no reason why there should be any differentiation between the enforceability of awards based on *lex mercatoria* and *lex informatica*"

## 5. EFICACIA DEL ARBITRAJE VIRTUAL

### 5.1 SEAT OF THE ELECTRONIC ARBITRATION –LUGAR DEL ARBITRAJE VIRTUAL–

La determinación del lugar del arbitraje no solo es útil para conocer la ley aplicable al procedimiento, sino que también determina la nacionalidad del laudo y los recursos judiciales con los que cuentan las partes. En un arbitraje virtual, el lugar, no se evidencia fácilmente, pues tanto los árbitros, como los actos procesales, pueden ocurrir en múltiples lugares, poniendo en entredicho la eficacia del arbitraje virtual.

La anterior inquietud, pareciera resolverse con facilidad si las partes han acordado de manera directa o involuntaria la sede del arbitraje, pero si no han hecho uso de esa facultad, la cuestión se torna compleja. La doctrina jurídica contemporánea, ha venido desarrollando varias teorías, que buscan dotar a los árbitros de herramientas, capaces de solucionar este tipo inconvenientes.

#### 5.1.1. Lex Loci Arbitri

De conformidad con esta teoría, el lugar del arbitraje será aquel donde se encuentren ubicados los árbitros. A simple vista, esta tendencia podría explicar el arbitraje virtual que se lleve a cabo por un solo árbitro, pero: ¿Qué pasaría si el arbitraje está compuesto por más de un árbitro y cada uno de ellos está en distintos lugares?

Uno de los mayores precursores de esta teoría, el Dr. Mann, manifiesta que si el procedimiento y el laudo no estuvieran ligados a un territorio en particular, los árbitros podrían abusar de su poder, afectando gravemente el debido proceso y sin posibilidad de efectuar un control judicial por las cortes locales<sup>69</sup>.

Este esquema, si bien funciona para el arbitraje tradicional, se queda corto para el arbitraje virtual. En efecto, "si se aplicara este método a el arbitraje virtual, traería consigo una incertidumbre jurídica y una indeterminación pa-

69 Yu & Nasir, "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework"? 461. "The basis of this argument is the denial of the existence of "international" commercial arbitration. Dr. Mann, the most enthusiastic among this group of scholars, has argued that every arbitration is national in character because the private international law serving as the jurisprudence of arbitration is, in fact, a system of national law. Therefore, any international commercial arbitration should be subject to a specific system of national law. As far as the specific national law is concerned, the law of the country of the seat of arbitration is considered as the most suitable one to regulate the arbitration since it can provide the most complete and effective control over the arbitral procedures. The problem of international arbitration cannot be discussed except against the background of a given lex arbitri, the legal systems of the world differ so considerably that no general rule can, or is intended to, be put forward. It follows that, in principle and always subject to such freedom of choice as it may allow, the lex arbitri governs the validity and effect of the submission, the constitution of the tribunal, the procedure, the law applicable by the arbitrators, the making, publications, interpretation, annulment and revision of the award."

ra las partes de predecir bajo que sistema legal la decisión debe hacerse ó en donde puede ser homologado ó anulado el laudo<sup>70</sup>.

### 5.1.2. Lex Loci Server

Otra de las tantas teorías, que surge como una adaptación de la regla tradicional, es aquella, según la cual, el lugar del arbitraje, se determina con fundamento en la ubicación del servidor de internet– “Lex Loci Server”-. Sin embargo, opositores de esta tendencia, consideran que en el arbitraje virtual hay múltiples servidores que pueden ser utilizados para llevar a cabo el proceso. Asimismo, los árbitros también pueden acceder a internet a través de varias direcciones IP, lo que no proporciona un factor concluyente para determinar el lugar del arbitraje<sup>71</sup>.

### 5.1.3. Teoría de la Deslocalización –Delocalization Theory–

Se viene discutiendo en la doctrina, la posibilidad de plantear que el arbitraje no se encuentre supeditado a las leyes de un lugar en particular. Esto implica la posibilidad de que el laudo tenga aceptación en otras jurisdicciones sin necesidad de que haya habido un pronunciamiento acerca de su validez por parte del país en el que se produjo. En el igual sentido, la deslocalización del arbitraje, refiere a que los actos procesales no estén sujetos a normas obligatorias del lugar donde se esté llevando a cabo el arbitraje, es decir, que el procedimiento esté desnacionalizado<sup>72</sup>.

El fundamento de esta tendencia, es similar al que se plantea acerca de la “*lex mercatoria*”. De hecho, se dice que las leyes nacionales no responden eficazmente al rápido crecimiento del arbitraje internacional y el laudo debe ser juzgado conforme a las normas del lugar donde se pretende hacer valer esa decisión.

70 **Arsic**, “International Commercial Arbitration on the Internet - Has the Future Come Too Early?” 218. “In any case, one should stress that the application of this method would undermine the principle of legal certainty and result in the parties not being able to predict under which legal system the decision would be rendered or where it would be enforced or set aside.”

71 **Ibid**, 218. “Multiple servers could be used in the process of arbitration and each, regardless of where the parties and arbitrators are and what the telephone numbers of those servers are, could be anywhere on the globe. Moreover, different parts of different servers can be used, with electronics in many jurisdictions even if the same “network provider” is used. The same arbitrator can be at many Internet addresses and the mere fact that on one particular day he accessed the network through one of these addresses should not in any case be the prevailing factor in determining the place of arbitration”.

72 **Tautschnig, Chapter I: The Arbitration Agreement** (...) 95. “Delocalization’ refers to the possibility that an award may be accepted by the legal order of an enforcement jurisdiction whether or not the legal order of its country of origin has also embraced it”. (...) the second aspect of the delocalization theory is the possibility of arbitral proceedings not being subject to national legislation at the situs, i.e. there would not be a mandatorily applicable *lex arbitri*”

Los opositores de la teoría de la deslocalización, señalan que esta interfiere con la redacción de la Convención de Nueva York y el principio de territorialidad en el que ésta se respalda. En efecto, la Convención de Nueva York, le otorga la facultad a la corte del lugar donde se pretende su homologación, de restarle fuerza al laudo, si éste último, no es válido conforme a las leyes del país donde se creó<sup>73</sup>. No obstante, la replica que se le hace a este argumento, es que la deslocalización en todo caso, implica que el laudo va a ser analizado bajo la normatividad del país en el que se pretende su homologación, con independencia de las normas del país en el cual se originó.

#### 5.1.4. Comentario Final

De lo expuesto, es conveniente para las partes escoger libremente el lugar del arbitraje virtual ó en caso de someterse a una institución arbitral, ésta será quien lo determinará. Si nada se ha dicho al respecto, serán los árbitros quienes lo determinan de conformidad con las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes; donde éstos, podrán acudir a cualquiera de las teorías que anteriormente mencionamos para fijarlo.

Lo anterior, esta respaldado por la ley modelo CNDUMI, que en su artículo 20 numeral 1 consagra: *"Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes"*. Esta regla es igualmente aplicable a un arbitraje virtual internacional que se esté llevando a cabo en Colombia, pues la Ley 1563 de 2012, en su artículo 93, copia su contenido.<sup>74</sup>

### 5.2. LAUDO ELECTRÓNICO

#### 5.2.1. El requisito de escrito y firma en el laudo electrónico

Otro de los mayores obstáculos para el arbitraje cibernético, es la tendencia a considerar que el laudo debe constar por escrito y estar firmado por los árbitros. Un sector de la doctrina, intenta reconciliar estos requisitos, con los medios electrónicos. Otro por el contrario, duda que el laudo electrónico sea suficiente para que se entiendan cumplidas estas exigencias.

73 **Convención de Nueva York.** Art (I) (d) (e)-"Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada la sentencia.

74 **L.1563/12.** "Artículo 93. *Sede del arbitraje. Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas"*.

Los partidarios de la tendencia a la reconciliación entre los medios electrónicos y el escrito, parten de una interpretación flexible del Artículo IV<sup>75</sup> de la Convención de Nueva York. Para estos, el contenido de este artículo, tan solo le impone a la parte que pretende el reconocimiento del laudo, la obligación de presentar una copia auténtica del laudo original. La inquietud reposa entonces, en si el requerimiento del "original" puede cumplirse a través del documento electrónico. En respuesta a esta inquietud, aluden a la doctrina de la "equivalencia funcional" del documento electrónico.

Al efecto, se apoyan en el artículo 8 de la ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que refiere a la posibilidad de que un mensaje de datos satisfaga el requisito de la "originalidad". En igual sentido, consideran que el objetivo del Artículo IV, es dotar al laudo de autenticidad<sup>76</sup>. En términos generales, conforme a esta posición, los requisitos de escrito y firma se cumplirían a través de la equivalencia funcional del documento electrónico y la firma digital, la cual deberá estar debidamente acreditada por una entidad de certificación.

Los contradictores de la reconciliación entre los medios electrónicos y el escrito, consideran necesaria la revisión del Artículo IV de la Convención de Nueva York y plantean igualmente su actualización, por considerar insuficiente el soporte electrónico<sup>77</sup>.

En efecto, para que el laudo sea válido es necesario que la decisión final quede consignada en una copia física. La razón, radica en que tanto la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, como muchas legislaciones nacionales que la han acogido, si requieren que el laudo sea es-

75 **Convención de Nueva York. Artículo IV.** 1. *Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:* a) *El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;* b) *El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.* 2. *Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.* Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/ny-convention/text.html>

76 **Cachard**, *Electronic Arbitration*, 51. "Authors rightly consider that the object of Article IV of the Convention is to confirm the integrity of the award and the identity of the arbitrators". En el mismo sentido, **Abdel Wahab**, "The Global Information Society and Online Dispute Resolution", 163. "The New York Convention does not explicitly state that an award must be in writing and signed. It merely requires—for the purposes of enforcement—the party seeking enforcement to provide the duly authenticated original award or a duly certified copy".

77 **M.H.M Schellekens**, "Online Arbitration and E-Commerce", en *Kluwer Law International, Electronic Communication Law Review* 9 (2002): 121-122. "Many national arbitration laws however do require a writing and signatures. For this reason, I doubt whether an award that is solely rendered in electronic format is sufficient. Online arbitration will thus still have to result in a paper award. From a practical perspective, this may not constitute a very large obstacle to online arbitration: it is probably not that burdensome, if the arbitrator sends a paper version of the award to the parties"

crito y esté firmado por las partes para su reconocimiento. En esta línea, se sitúan países como Alemania<sup>78</sup>, Suecia<sup>79</sup> y Holanda<sup>80</sup>.

Asimismo, para que la equivalencia sea total, los opositores consideran, que las legislaciones nacionales deben adaptarse poco a poco a los medios electrónicos, como ha sido el caso de Inglaterra y Estados Unidos de América. En el primero de estos dos países, la ley de arbitraje de 1996, señala: "las partes son libres de acordar la forma del laudo"; y en el segundo, la revisión a la Ley Uniforme de Arbitraje del año 2000 en su sección 19, autoriza a los árbitros a usar la firma electrónica.<sup>81</sup> Estas experiencias, pueden servir de ejemplo para la introducción de nuevas tecnologías y hacer mas benigno el tratamiento legal de los laudos electrónicos.

El nuevo Estatuto Arbitral Internacional Colombiano, pareciera inclinarse por la oposición a la equivalencia funcional. Su artículo 104, explícitamente consagra: "El laudo se proferirá por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros" (*negritillas fuera de texto*)<sup>82</sup>. Una interpretación literal de esta norma, permitiría concluir que el laudo debe estar contenido en un documento físico, lo que nos sitúa en la innecesaria tarea, en el arbitraje virtual, de imprimir la decisión final para su eficacia. No obstante, ese culto al papel no responde a los avances tecnológicos, ni fortalece los mecanismos alternativos de solución de conflictos en

78 **Zivilprozessordnung** [ZPO] [Codigo de Procedimiento Civil Alemán], Dic.5, 2005, Bundesgesetzblatt [BGBl.I] 3202, § 1054. (Ger.) Form and content of the arbitration award (1) *The arbitration award is to be delivered in writing and is to be signed by the arbitral judge(s). In arbitration proceedings in which more than one arbitral judge was involved, the signature of the majority of all members of the arbitral tribunal shall correspond to the present formal requirement, provided that the reasons for which a signature is missing are specified.* Disponible en: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html)>

79 **Lag om skiljeförfarande (Svensk författningssamling [SFS] 1999:116)** (Swedish Arbitration Act) (Sue.). "Section 31. *An award shall be made in writing, signed by the arbitrators. It suffices that the award is signed by a majority of the arbitrators, provided that the reason why all of the arbitrators have not signed the award is noted therein. The parties may decide that the chairman of the arbitral tribunal alone shall sign the award. The award shall state the place of arbitration and the date when the award is made. The award shall be delivered to the parties immediately.* Disponible en: <<http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>>

80 Art.1057: 2 (Rv.) (NL) "The award shall be in writing and signed by the arbitrator or arbitrators". Disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/civilprocedure044.htm>

81 **Revised Uniform Arbitration Act § 19 (a) [RUAA] 2000.** (US) "(a) *An arbitrator shall make a record of an award. The record must be signed or otherwise authenticated by any arbitrator who concurs with the award. The arbitrator or the arbitration organization shall give notice of the award, including a copy of the award, to each party to the arbitration proceeding. (. . .)* Asimismo, en el comentario oficial del artículo 19, se reconoció explícitamente, que los árbitros pueden firmar electrónicamente el laudo. The terms "or otherwise authenticated" are intended to conform with the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 15 U.S.C.A. § 7001, noted in Section 30. *An arbitrator can execute an award by an electronic signature which is intended to mean "an electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with a contract or other record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record."* 15 U.S.C.A. § 7006(5)".

82 L.1563/12. Art.104

línea. Tampoco, puede desatenderse que Colombia desde el año 1999<sup>83</sup>, se vió en la necesidad de alinearse a las exigencias del comercio electrónico, reconociendo el principio de la equivalencia funcional y la importancia de la firma digital. Por tanto, es preciso entender que los requisitos de escrito y firma a los que refiere la norma, podrían cumplirse a través de un soporte electrónico, siempre y cuando el laudo contenga la firma digital de los árbitros, dando fe de su integridad y autenticidad. Para reforzar la autenticidad de la que hablamos, podría acompañarse un certificado digital expedido por una entidad de certificación debidamente acreditada en Colombia.<sup>84</sup>

De igual forma, no está de menos mencionar el programa piloto de apostillas electrónicas (e-app), que surgió en el año 2006, producto de la unión de fuerzas entre la Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado, la Unión Internacional de Notariado Latino y la Asociación Nacional de Notarios de Estados Unidos. Mediante este programa, se busca facilitar el proceso de autenticación electrónico de documentos entre distintos países, y bien podrían perfectamente, incluirse, los laudos electrónicos, con el fin de facilitar su reconocimiento a nivel internacional<sup>85</sup>.

### 5.2.2. Notificación el laudo electrónico

La notificación del laudo electrónico además de informar la decisión del panel arbitral, tiene efectos de carácter sustancial y procesal. El carácter sustancial, implica que el asunto ya ha sido juzgado, por lo que las partes pueden hacer valer los derechos reconocidos en el. Por su parte, el aspecto procesal, está

83 Sobre este particular, es pertinente destacar los artículos 2,5,6,7,8,9,28 y 29 de la L.527/99

84 En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación reconoce la eficacia del documento electrónico y de la firma digital. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación reconoce la eficacia del documento electrónico y de la firma digital. En [SC-007-2008] ibid, precisó: "En este orden de ideas, la forma electrónica es idónea para la celebración de los negocios jurídicos y el documento electrónico es equivalente al documento escrito" y en sentencia del 16 de diciembre de 2010, Exp. No.11001 3110 005 2004 01074 01 ibid, puntualizó:" Dicha especie de firma electrónica se equipara a la firma ológrafa, por cuanto cumple idénticas funciones que ésta, con las más exigentes garantías técnicas de seguridad, pues no sólo se genera por medios que están bajo el exclusivo control del firmante, sino que puede estar avalada por un certificado digital reconocido, mecanismos que permiten identificar al firmante, detectar cualquier modificación del mensaje y mantener la confidencialidad de éste".

85 En el sistema de apostilla electrónica, el usuario descarga la apostilla en línea y obtiene un registro electrónico que cuenta con un certificado numérico y firmas encriptadas que verifican la autenticidad de un documento emitido que va a surtir efectos en otro país. La ventaja de este sistema, es que la apostilla electrónica puede ser consultada en otros estados, por medio de internet, en una central electrónica que contiene toda la información respecto de las apostillas emitidas por los gobiernos que son partes del Convenio de la Haya. Colombia cuenta con este servicio desde el 2007 y el trámite puede efectuarse a través de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores.

relacionado con el término para la interposición de los recursos procedentes ó para solicitar aclaraciones, complementaciones o correcciones del laudo. Este término empezará a correr a partir de la notificación.

En algunas legislaciones, se ha adoptado una posición más conservadora, en lo que tiene que ver con la posibilidad de suplir la notificación tradicional, a través de los medios electrónicos. Tal es el caso de Egipto, donde se requiere contar con el aval de la corte para notificar la decisión arbitral<sup>86</sup>. En otros países e incluso en la mayoría de las institucionales arbitrales internacionales, el enfoque es aún más liberal, pues le dejan abierta la puerta a las partes para que puedan elegir la manera en como quieren que se surta la notificación del laudo. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje de 1996 inglesa, contempla: "las partes son libres de acordar las formalidades que deben observarse en orden a la notificación de la sentencia"<sup>87</sup>. Bajo esta normativa, la notificación del laudo por medios electrónicos es plausible; y en consecuencia, se fortalece el arbitraje virtual.

En Colombia, el numeral 3 del artículo 104 de ley 1563 de 2012 dispuso que: "Una vez dictado el laudo, el tribunal lo notificará a las partes mediante la entrega de sendas copias firmadas por quienes lo suscribieron". A simple vista, pareciera que este artículo limitara la notificación del laudo a las formas tradicionales. Sin embargo, el artículo 104 debe ser entendido en consonancia con el artículo 65 ibídem, el cual permite- *salvo pacto en contrario de las partes*- el uso de las notificaciones electrónicas en el trámite de un arbitraje de esta naturaleza. Bien podría entonces, notificarse un laudo electrónico por estos medios y el requisito de la firma escrita suplirse con firma la digital.

### 5.2.3. Reconocimiento de laudos electrónicos

Como mencionábamos líneas atrás, existe la tendencia a distinguir entre el arbitraje vinculante y no-vinculante. En esta sección partiremos de la premisa, según la cual, el arbitraje en línea ha culminado con una decisión vinculante para las partes, pues de no ser así, no quedaría comprendida dentro del alcance de la Convención de Nueva York.

Así las cosas, cuando la parte favorecida, busca el reconocimiento del laudo en alguno de los estados que son parte de la Convención de Nueva York, puede encontrarse frente a tres obstáculos.

El primero, deviene de la lectura Art. I de la Convención de Nueva York, el cual refiere a su ámbito de aplicación. De acuerdo con este precepto, la convención "se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales

86 Abdel Wahab, 'ODR AND E-ARBITRATION.' *Trends and Challenges*. 427. "For example, under Egyptian law, courts have, in the context of traditional offline arbitration, shown inclination to prefer formal court bailiff notification for the aversion of any challenges to institutional or informal notifications"

87 Arbitration Act, 1996, c.23, S.55 (1). Notification of award. "The parties are free to agree on the requirements as to notification of the award to the parties".

*dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”.*

Este artículo claramente es una manifestación del principio de territorialidad, ya que circunscribe el laudo a un territorio en particular.

Cuando la parte favorecida busque el reconocimiento de una sentencia arbitral, proferida en el marco de un arbitraje virtual, se encontrara ante la dificultad de determinar en que estado fue elaborado el laudo.

Sin embargo, esa aparente dificultad puede disiparse fácilmente, si las partes han determinado la sede del arbitraje virtual ó en su defecto, los árbitros lo hayan hecho, conforme a las teorías que abordamos anteriormente, cuando nos referimos al lugar del arbitraje virtual.

Al tenor del artículo 111 de la Ley 1563 de 2012, los laudos arbitrales proferidos en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se consideran laudos nacionales, no están sujetos al procedimiento de reconocimiento y pueden ejecutarse directamente sin necesidad de éste, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación. Aquellos laudos extranjeros proferidos por un tribunal arbitral con sede fuera de Colombia, requieren el reconocimiento previo.

El segundo problema, tiene que ver con las causales 1 (d) y 2 (b) del Artículo V de la Convención de Nueva York, que tratan de la denegación de laudos arbitrales cuando se incurre en una violación al debido proceso ó se viola orden público del foro.

En lo que toca con la causal 1 (d)<sup>88</sup> para evitar una eventual denegación del laudo electrónico, debe garantizárseles a las partes igualdad de oportunidades para presentar su caso. Así por ejemplo, deben contar con los mismos recursos tecnológicos, por tanto es aconsejable, que tanto los centros de arbitraje que presten este servicio ó aquellos creados para este propósito, cuenten con plataformas similares. A su vez, los árbitros deben estar atentos de velar por que las partes, tengan las mismas oportunidades para presentar y controvertir la evidencia electrónica.

Respecto a la causal 2(b)<sup>89</sup>, la partes podrían argumentar que el laudo electrónico vulnera el orden público del país de origen. Esto podría ocurrir cuando

88 *Convención de Nueva York. Artículo V (1) (d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*, Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/ny-convention/text.html>

89 *Ibid. Artículo V (2) (b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*. Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/ny-convention/text.html>

una de las partes no tiene los mismos conocimientos técnicos y le impiden presentar su caso en línea; ó simplemente en algunos estados, como la noción de arbitraje virtual es muy reciente, podrían negar reconocimiento, aludiendo a que los medios electrónicos afectan el orden público interno.<sup>90</sup> En comento de esta causal, hay quienes consideran que estos eventos no son suficientes para configurar el supuesto de la causal, ya que se requiere que haya una afectación grave a los principios y valores fundamentales del orden público interno<sup>91</sup>.

Finalmente, nos encontramos con el problema relativo a los requisitos de escrito y firma del laudo electrónico, bajo el entendido de la Convención de Nueva York. Sobre este particular son pertinentes las consideraciones que se hicieron en la sección 5.2.1, donde se discutió la posibilidad de reconciliar estos requisitos con los medios electrónicos.

## 6. ALGUNOS CENTROS DE ARBITRAJE VIRTUALES

A nivel internacional han sido muchas las instituciones creadas con el fin de prestar sus servicios y permitir la ejecución de procesos arbitrales en línea. Dentro de este desarrollo, se hará una breve reseña de cuatro experiencias: 6.1) Virtual Courthouse.com; 6.2) Internet Arbitration 6.3) AAA- WebFile; y 6.4) Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá- CAC-CCB.

### 6.1 VIRTUAL COURTHOUSE.COM –VCH92-

Virtual Courthouse.com es un proveedor en línea de mecanismos alternativos de solución de conflictos, cuya sede se encuentra en el estado de Maryland. Este proveedor ofrece una variedad de productos que van desde la mediación electrónica, hasta el arbitraje virtual.

90 **Abdel Wahab**, *"The Global Information Society and Online Dispute Resolution"*, 165. *"Professor Lasprogata gives examples of cases where online awards may be considered in contravention of the forum's public policy: (a) if one party has less technical expertise than the other, resulting in their inability to present their case properly; (b) as the notion of online arbitration may be so novel, some signatories will simply find online arbitral awards an unacceptable legal practice and render them unenforceable on public policy grounds."*

91 *Ibid.* 165. *"With respect to the second case, it should be noted that although ODR mechanisms (including online arbitration) are novel, it is not sufficient to say that the recognition of online awards would be in contravention of the forum's public policy per se. The non-existence and/or organization of ODR systems and online arbitration in the state where enforcement is sought is not sufficient to trigger the operation of public policy, which in its true sense requires that some fundamental principles and values are at stake."* Sobre el orden público, ver *Sentencias de exequátur de la Corte Suprema de Justicia [C.S.]*, Sala Civ. Julio 27, 2011. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00; y *Corte Suprema de Justicia [C.S.]*, Sala Civ. Diciembre 19, 2011. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Exp. 1100102030002008-01760-00. [Colom.].

92 Para ampliar información, consultar: <http://www.virtualcourthouse.com/index.cfm/>

El sistema está inicialmente previsto para pequeñas causas y cuenta con una lista propia de árbitros y mediadores que pueden ser seleccionados por las partes a su conveniencia. La iniciación del proceso ocurre a través de internet, donde se cuenta con una plataforma que le permite a las partes, administrar el caso, subir documentos, hacer pagos electrónicos, conducir videoconferencias y recibir el laudo electrónicamente.

## 6.2. INTERNET ARBITRATION –NET-ARB<sup>93</sup>–

Otro proveedor con sede en los Estados Unidos, específicamente en el estado de Georgia, es net-ARB. Esta compañía fue fundada en el año 2005 y su característica principal, es que presta exclusivamente servicios de e-arbitration.

La página web de net-ARB, detalla a fondo la manera en como se desarrolla el proceso arbitral electrónico. El proceso consta de cuatro fases. En la primera fase, se da la apertura del proceso mediante un relato que efectúa el usuario de los hechos. En la segunda fase, el árbitro interviene cuestionando al usuario para auscultar los temas jurídicos sobre los cuales debe indagar. En la tercera fase, se da la apertura del periodo probatorio, donde las partes, pueden allegar la evidencia que estimen pertinente. La última fase, comprende los alegatos de conclusión y el laudo electrónico.

Respecto a los árbitros, el centro de arbitraje virtual cuenta con una lista especializada y dependiendo de la naturaleza de la controversia, es la misma institución quién procederá a su nombramiento. De igual forma, los árbitros están en la obligación de declinar el caso ó las partes pueden recusarlos, por motivos de imparcialidad ó independencia.

Finalmente, en lo que toca a el laudo electrónico, el arbitraje de net-ARB es vinculante, por lo que la parte que ha sido favorecida con el laudo, deberá solicitar su cumplimiento ante los jueces.

## 6.3. ICDR-AAA- WEBFILE<sup>94</sup>-

La AAA cuenta con servicio de arbitraje en línea conocido cómo WebFile. A través de esta página web los usuarios pueden iniciar el proceso. Si se cuenta con toda la información necesaria, la AAA le dará impulso al proceso electrónico. Si se determina que una de las partes, no atiende a la notificación de arbitraje por medios electrónicos o no cuenta con la capacidad para llevar a cabo el arbitraje por estos medios, la AAA podrá instar a la parte que inició el procedimiento, para que desista de este e inicie un arbitraje presencial.

93 Para mayor información consultar: <https://www.net-arb.com>

94 Para mayor información consultar: <https://www.adr.org/>

Los árbitros podrán o no llevar a cabo audiencias virtuales, si así lo estiman pertinente. En audiencia, se escucharán a los testigos y se aceptarán documentos adicionales. Una vez el árbitro llegue a su decisión, enviará el laudo a WebFile y se le notificará por correo a las partes la decisión.

#### 6.4 CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ- CAC-CCB

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tampoco ha sido ajeno a la implementación de recursos tecnológicos con la capacidad de administrar un proceso arbitral en línea.

En la actualidad, el CAC de la CCB, cuenta con un plan que se denomina Plan Online, cuya finalidad, es brindarle a las partes y a sus apoderados tecnología de punta para que puedan adelantar, no solo un arbitraje virtual, sino también una conciliación telemática. Mediante este sistema, que se le conoce como SIMASC, las partes pueden radicar demandas, consultar el expediente de manera virtual, llevar a cabo audiencias virtuales, aportar documentos e incluso notificar a las partes de las decisiones del panel arbitral.

Si bien este servicio aún es muy reciente en Colombia, no significa que a través de este, no pueda ventilarse un arbitraje internacional.

### CONCLUSIONES

1. El uso de los recursos tecnológicos en el arbitraje resulta innovador. El arbitraje virtual constituye una realidad indiscutible y es tendencia pragmática en el ámbito de los negocios internacionales.

2. La aplicación *strictu sensu* del marco normativo existente a las figuras del arbitraje virtual, impide su correcto desarrollo.

3. El simple hecho de oprimir un botón de aceptación en una página web, no implica necesariamente un acuerdo sobre el pacto arbitral. La cláusula se tornaría eficaz, siempre y cuando la parte contratante haya tenido la oportunidad de leer los términos y condiciones que se despliegan en la página y consciente de ellos, oprime el botón.

4. El pacto arbitral por referencia tiene plenos efectos jurídicos cuando las partes han tenido la oportunidad de conocer la incorporación y esta se encuentre disponible para posterior consulta.

5. El acuerdo de arbitraje por medios electrónicos, tiene y conserva plena eficacia y validez. El principio de la equivalencia funcional, permite equiparar los requisitos tradicionales de escrito y firma a los del documento electrónico y la firma digital.

6. Las partes pueden señalar el procedimiento que debe seguirse en un arbitraje telemático. A falta de acuerdo, corresponderá a los árbitros fijarlo. Estos

podrán hacer uso de las herramientas que tengan a su alcance para definirlo, atendiendo a las circunstancias del caso.

7. Los obstáculos relativos al reconocimiento de laudos electrónicos, pueden ser fácilmente disipados bajo el esquema normativo actual, cuando las partes señalan la sede del arbitraje o en su defecto confieren esa facultad a los árbitros.

8. Las instituciones arbitrales que presten servicios de arbitraje virtual ó aquellas creadas para este propósito, deben contar con los recursos tecnológicos apropiados en aras de proporcionarle a las partes un acceso igualitario al proceso y evitar así, posibles anulaciones del laudo.

## BIBLIOGRAFÍA

Abdel Wahab, Mohamed S. "ODR AND E-ARBITRATION. *Trends and Challenges*", en *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, 399-441. The Hague: Boom Eleven International Publishing, 2012.

Abdel Wahab, Mohamed S. "The Global Information Society and Online Dispute Resolution: A New Dawn for Dispute Resolution." *Journal of International Arbitration* 21, no. 2 (2004): 143–168.

American Arbitration Association, Consultado el 12 de Junio de 2015, <https://www.adr.org/>.

Arrubla, Jaime. *Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos*. Bogotá: Legis, 2013.

Arsic, Jasna. "International Commercial Arbitration on the Internet - Has the Future Come Too Early?" *Journal of International Arbitration* 14, no. 3 (1997): 209–222.

Cachard, O. "Electronic Arbitration", module of the UNCTAD Course on International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2 Geneva: United Nations Publications, 2003, <[http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add20_en.pdf) >

Cárdenas, Juan Pablo. "El Acuerdo En El Arbitraje Internacional" en *Estatuto Arbitral Colombiano*, editado por Legis, 377-390. Bogotá: Legis, 2013.

Code de Procédure Civile Française. [C.P.C]

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Preparación de Disposiciones Uniformes en Forma Escrita para Acuerdos de Arbitraje, 6 de Febrero de 2002. A/CN.9/WG.II/WP.118. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo

de arbitraje. 19 de Julio de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.136. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje 14 de Diciembre de 2005, A/CN.9/WG.II/WP.139. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 (Viena: Naciones Unidas, 2008) disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico (Viena: Naciones Unidas, 1996) disponible en: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley modelo CNUDMI sobre firmas electrónicas, (Viena: Naciones Unidas, 2001) disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en el 2010. (Viena: Naciones Unidas, 2011) disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, (Viena, 23 de Mayo de 1969). 1155 U.N.T.S. 331. Vigente a partir del 27 de Enero de 1980, Art. 84(1). Disponible en: [http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc\\_referencia/Convencion\\_Viena.pdf](http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf)

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, (Nueva York, 10 de Junio de 1958). 330 U.N.T.S. 3, Vigente a partir del 7 de junio de 1959, Art.XII. Disponible en <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/ny-convention/text.html>.

Corte di Cassazione Sez. Un. Civili , 16 Junio 2011, n. 13231-. Giur.it 2011 (It.).

Corte di Cassazione Sez. Un. Civili , 19 maggio 2009, n. 11529 - Pres. Vittoria - Est. Segreto. (It.).

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2012). Disponible en: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Agosto 20, 2011. M.P William Namen Vargas. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01<sub>2</sub>-. [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Diciembre 16, 2010. M.P Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 11001 3110 005 2004 01074 01-. [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 21, 2012. M.P William Namen Vargas Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01<sub>2</sub>-. [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 7, 2008 M.P. William Namen Vargas, Exp. 2001-06915-. [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 7, 2008. M.P William Namen Vargas, [SC-007-2008]. Exp. 2001-06915-01.[Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Julio 1, 2008. M.P William Namen Vargas, Exp. 2001-00803-01-. [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Julio 27, 2011. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00;

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Junio 30, 2010, M.P. William Namen Vargas, Exp. 08001-3103-014-2000-00290-01. [Colom.]. "

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Septiembre 8, 2011. M.P William Namen Vargas, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01<sub>2</sub>-. [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Diciembre 19, 2011. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Exp. 1100102030002008-01760-00. [Colom.].

Cour de Cassation (Cass) (Corte de Casación) 1e civ, Nov 9, 1993, Bull.Civ I, No.313.218 (Fr).

D.1829/13, Agosto 27, 2013, Diario Oficial No. 48.895 [D.O] (Colom.).

English Arbitration Act, 1996.

F. O'neil GRIFFIN V. Semperit Of America. Texas 414 F.Supp. 1384, 1393 (S.D. Tex. 1976)

Figueroa, Juan Eduardo. "El Arbitraje Online en el Comercio Internacional", Comité XVIII. Derecho Arbitral Internacional. XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados., 1-24. Santiago de Chile: Cámara de Comercio de Santiago. Centro de Arbitraje y Mediación (2004): Disponible en: <[http://www.camsantiago.com/articulos\\_online/42\\_Trabajo%20El%20Arbitraje%20On%20line.doc](http://www.camsantiago.com/articulos_online/42_Trabajo%20El%20Arbitraje%20On%20line.doc)

Herboczková, Jana. "Certain Aspects of Online Arbitration", en *Sborník Konference Dny Práva*, por Právnická fakulta Masarykovy university, 620–31. (Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2008.

Hill, Richard. "On-Line Arbitration: Issues and Solutions." *Arbitration International* 15, no. 2 (1999): 199–207. Disponible en <http://www.umass.edu/dispute/hill.htm>

Hörnle, Julia. "Online Dispute Resolution: The Emperor's New Clothes" Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and It's Application to Commercial Arbitration." *International Review of Law, Computers & Technology* 17, no. 1 (2003): 27–37.

In re Real Networks, Inc Privacy Litigation, 2000 WL 631341(ND.Ill. 2000).

International Centre For Dispute Resolution. American Arbitration Association. (ICDR-AAA) ICDR Guidelines For Arbitrators Concerning Exchanges Of Information. (2008) Disponible en: <[https://www.icdr.org/icdr/faces/icdrresources/icdrarbitratorsmediators?\\_afLoop=43997731687640&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=null#%40%3F\\_afWindowId%3Dnull%26\\_afLoop%3D43997731687640%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3D03btjymkf\\_158](https://www.icdr.org/icdr/faces/icdrresources/icdrarbitratorsmediators?_afLoop=43997731687640&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D43997731687640%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D03btjymkf_158)>

International Centre For Dispute Resolution. American Arbitration Association. (ICDR-AAA) Procedimientos Internacionales de Resolución de Disputas (Incluyendo el Reglamento de Mediación y de Arbitraje) (2014). Disponible en: <[https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTAGE2030058&\\_afLoop=1159480202379151&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=qgf1x2q5k\\_378#%40%3F\\_afWindowId%3Dqgf1x2q5k\\_378%26\\_afLoop%3D1159480202379151%26doc%3DADRSTAGE2030058%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3Dqgf1x2q5k\\_438](https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTAGE2030058&_afLoop=1159480202379151&_afWindowMode=0&_afWindowId=qgf1x2q5k_378#%40%3F_afWindowId%3Dqgf1x2q5k_378%26_afLoop%3D1159480202379151%26doc%3DADRSTAGE2030058%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dqgf1x2q5k_438)>

International Institute for Conflict Prevention & Resolution. CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration. (2009). Disponible en: <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/Protocolon-DisclosureofDocumentsPresentationofWitnessesinCommercialArbitration.aspx>

Internet-ARBitration: Online Arbitration Firm for Internet Arbitration & Dispute Resolution." Consultado el 12 de Junio de 2015. <https://www.net-arb.com>

Kallel, Sami. "Online Arbitration." *Journal of International Arbitration* 25, no. 3 (2008): 345–353.

Kierkegaard, Sylvia. ""Legal Conundrums in Cyber-Arbitration"." En *IADIS INTERNATIONAL CONFERENCE-E-COMMERCE*, por IADIS, 405–412. Editado por Nitya Karmakar y Pedro Isaías. Lisbon: IADIS Press, 2004.

Lag om skiljeförfarande (Svensk författningssamling [SFS] 1999:116) (Swedish Arbitration Act)

- Level Export Corp. v. Wolz, Aiken & Co. 305 N.Y. 82, 111 (N.E.2d. 218.1953)
- Ley 1563 de 2012. Julio 12, 2012. Diario Oficial. [D.O] No. 48.489. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional Colombiano
- Ley 527 de 1999. Agosto 21, 1999. Diario Oficial. [D.O] No. 43.673. Ley de Comercio Electrónico y Firmas Digitales.
- London Court of International Arbitration. LCIA Arbitration Rules (2014). Disponible en: [http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)
- Manevy, Isabelle. " *Online Dispute Resolution: What Future?*", Thesis, D.E.A de droit anglais et nord-américain des affaires, Université de Paris 1, 2001, disponible en: [www.juriscom.net/uni/mem/17/odr01.pdf](http://www.juriscom.net/uni/mem/17/odr01.pdf).
- Morek, Rafal. Online Arbitration: Admissibility within the Current Legal Framework: 5. Disponible en: [http://odr.info/cyberweek/Online%20Arbitration\\_Rafal%20Morek.doc](http://odr.info/cyberweek/Online%20Arbitration_Rafal%20Morek.doc)
- Reglamento de Arbitraje Internacional. Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. (2014) Disponible en: <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/documentos/NUEVO%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL.pdf>
- Remolina, Nelson. "ASPECTOS LEGALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO, LA CONTRATACIÓN Y LA EMPRESA ELECTRÓNICA." *Revista de Derecho, Comunicaciones Y Nuevas Tecnologías. Universidad de Los Andes* 2 (2006): 323-370.
- Revised Uniform Arbitration Act. [RUAA] 2000. (US)
- Schellekens, M.H.M. "Online Arbitration and E-Commerce." *Electronic Communication Law Review* 9 (2002): 113–125.
- Schultz, Thomas. "Online Arbitration: Binding or Non-Binding?", May 3, 2006. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=898622](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898622).
- Singapore International Arbitration Centre. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre. SIAC RULES (2013). Disponible en: [http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013#siac\\_rule16](http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013#siac_rule16)
- Tautschnig, Christian. "Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Legal Challenges and Opportunities for the Next Generation of Online Arbitration", en *Austrian Yearbook on International Arbitration*, editado por Klausegger, Christian, Peter Klein Florian Kreamlehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Jenny Power, y Gerold Zeiler. (Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2015) 87 - 111

United States of America. Federal Arbitration Act. 9 U.S.C (2006) (US)

VirtualCourtHouse. Consultado el 12 de Junio de 2015. <http://www.virtualcourthouse.com/index.cfm/>.

*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* [Code of Civil Procedure of the Netherlands]

Wilner, Gabriel M, Martin Domke, and Larry Edmonson. *Domke on Commercial Arbitration (The Law and Practice of Commercial Arbitration)*. 3 ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.

Yu, Hong-Lin, and Motassem Nassir. "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework?," *Journal of International Arbitration* 20, no. 5 (2003): 445-473

Zivilprozessordnung [ZPO] [Código de Procedimiento Civil Alemán].