

Electronificación del arbitraje¹.

The electronification of the arbitration.

Agustín Madrid Parra

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad "Pablo de Olavide", Sevilla.
Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Sevilla.

Fecha de Presentación: mayo 2011. Fecha de Publicación: septiembre de 2011.

Resumen.

El presente trabajo ofrece una visión global de las posibilidades de utilización de los medios electrónicos en el procedimiento arbitral. A tal fin se hace un repaso de la legislación aplicable en dicha materia, tanto en el Derecho interno como en el internacional emanado de Naciones Unidas. Se hace un estudio que se centra fundamentalmente en la admisibilidad jurídica de que el acuerdo compromisorio o el laudo consten en un documento que no tenga como soporte el papel, sino otro aportado por las nuevas tecnologías, genéricamente denominado electrónico. También se examina la posibilidad jurídica de realizar las comunicaciones y notificaciones en el procedimiento arbitral por medios electrónicos.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i, SEJ2007-65485/JURI "El comercio electrónico, con particular referencia al sistema financiero", subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y cofinanciado por el FEDER, en el que el autor aparece como investigador principal. Ha sido escrito como contribución al libro en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas, Catedrático de Derecho Mercantil.

Abstract.

This paper provides an overview about the possibilities of using electronic means in the arbitration procedure. In that sense, we review the law applicable in this subject, both domestic law and international regulation issued by UN. It is a study that focuses primarily on the legal admissibility of having the agreement to arbitrate or the award in a document that is not supported on a paper, but in another one mean provided by new technologies, generically called electronic means. It also examines the legal possibility to carry communications and notifications in the arbitration proceedings by electronic means.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL PACTO ESCRITO.
 1. LEGISLACIÓN DE NACIONES UNIDAS.
 2. RELECTURA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958.
 3. LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE.
- III. LAUDO ESCRITO.
 1. RIGOR EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958.
 2. LEY MODELO DE LA CNUDMI/UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (1985).
 3. LA LEY DE ARBITRAJE.
- IV. COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES.
- V. TRABAJO DE LA CNUDMI / UNCITRAL SOBRE ODR.
- VI. CONCLUSIÓN.

Palabras clave

Arbitraje, electrificación, medios electrónicos, comercio electrónico, convenio arbitral, cláusula compromisoria, laudo, resolución en línea de controversias (ODR), CNUDMI / UNCITRAL, Convención de Nueva York de 1958.

Keywords

Arbitration, electrification, electronic means, electronic commerce, arbitration agreement, award, online dispute resolution (ODR), UNCITRAL, New York Convention of 1958.

I.- INTRODUCCIÓN.

Se suele predicar la agilidad, la rapidez y la flexibilidad como características, entre otras, del procedimiento arbitral. Incluso se contraponen a la proverbial y crónica lentitud del procedimiento civil ordinario. La lentitud de la justicia ha sido señalada como mal endémico de la misma, que acaba en la afirmación de que justicia tardía no es tal justicia. Como en la Administración Pública en general, en el ámbito de la Administración de justicia, también se están tomando medidas para la informatización o electronificación de los procedimientos y tratamiento de la información en general. La legislación procesal ya admite como prueba la que se basa en soportes electrónicos o la que se práctica por medios electrónicos.

Urge, por tanto, que el procedimiento arbitral se dote también del empleo de todos los medios electrónicos y telemáticos que contribuyan a facilitar y agilizar su desarrollo. La flexibilidad del arbitraje, que se basa en el pilar fundamental del principio de autonomía de la voluntad de las partes, hace que, incluso sin norma habilitante o allí donde ésta no llega, las partes puedan convenir el empleo de medios electrónicos. Quien acude al arbitraje, especialmente en el ámbito mercantil, está buscando agilidad y celeridad; se puede inducir, pues, que ambas partes coincidirán en un mismo interés por el empleo de nuevas tecnologías, que les facilitan la consecución de su objetivo común: el pronunciamiento arbitral sobre su asunto litigioso en el período de tiempo más corto posible².

Se ha llegado a caer en un posible tópico al hablar de la celeridad y agilidad en el arbitraje. Se puede pensar que mediante el arbitraje se trata de sustraer del ámbito jurisdiccional asuntos menores para así aligerar la saturación que pesa sobre la administración de justicia. Así ha llegado a afirmarlo incidentalmente el Tribunal Constitucional español cuando, examinando la constitucionalidad de la institución arbitral, se ha referido “a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre

² Cfr. A. MADRID PARRA, “Arbitraje y electronificación (Primera parte)”, Boletín de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, nº. 35, marzo 2010, p. 38.

ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía” (STC 174/1995, de 23 de noviembre, énfasis añadido). Tal afirmación puede ser cierta si se piensa en el ámbito del arbitraje de consumo, pero en el campo del arbitraje comercial sucede todo lo contrario. Los litigios entre empresarios que estos someten a arbitraje suelen ser de cuantías más elevadas que las del arbitraje de consumo. Con frecuencia la elevada cuantía litigiosa y la especialidad de la materia motivan que se acuda a un tribunal arbitral y no al jurisdiccional.

En todo caso se busca en el arbitraje una resolución ejecutiva a través de un procedimiento ágil, flexible y rápido. Se pretende evitar demoras excesivas que acaban implicando un sobrecoste en la economía empresarial. De ahí que las partes pacten acudir al arbitraje. Se trata de una práctica en expansión que, desde luego, debe ser incentivada como vía de resolución de conflictos.

II.- EL PACTO ESCRITO.

Precisamente porque el arbitraje se basa sobre la libre decisión de las partes³, los textos internacionales y nacionales requieren que ésta conste de forma indubitada. De ahí que se requiera que el convenio arbitral conste “por escrito”. No se trata de un requisito de pura formalidad que se agota en sí mismo. Se exige, como primer paso, que haya una manifestación de voluntad fácilmente accesible para conocer la voluntad de las partes y el alcance de ésta. Luego vendrá la determinación del contenido de la cláusula arbitral que señala el ámbito o límites de la actuación arbitral. Pues bien, el primer paso en pro de la electrificación se da por parte del regulador al admitir expresamente que la constancia escrita del convenio arbitral no se circunscribe al soporte papel, sino que abarca también el soporte electrónico. Es obvio que, tradicionalmente, cuando una norma ha requerido que un contrato, acuerdo, convenio o cláusula constase por “escrito” se estaba refiriendo a un escrito en papel, aunque no solo en este puede constar la escritura: desde el fino lienzo, pasando por la madera se puede llegar a la dura piedra.

³ Sin perjuicio de la posibilidad constitucional de que por razones de interés general el legislador pudiera disponer la obligación de acudir al arbitraje en determinados supuestos. Vid. STC 174/1995, de 23 de noviembre.

Hoy día la información escrita puede estar también en un soporte electrónico. Una rigurosa interpretación, pues, ha de llevar a concluir que una cosa es la escritura, en cuanto cauce de transmisión de información, y otra es el soporte. El requisito jurídico de escrito, stricto sensu, se refiere a que no basta una manifestación de la voluntad de forma verbal o mediante gesticulación, sino que la información en que consiste esa manifestación ha de quedar plasmada en signos escriturarios de manera que dicha información sea accesible para ulterior consulta. El soporte es cuestión distinta que no se toca. El uso y la práctica vienen a centrarse en el empleo del papel. Pero difícilmente sería rechazable una cláusula que debiera constar escrita por el hecho de que el soporte no fuese papel, sino un lienzo, una madera o un metal.

1. LEGISLACIÓN DE NACIONES UNIDAS.

No obstante, cuando, frente a soportes tangibles como los mencionados, se generaliza el empleo de otros de índole electrónica que resultan intangibles e inaprensibles, surge la incertidumbre y se demanda seguridad jurídica. Esta necesidad de norma habilitante es aun mayor si el requisito de escrito para el convenio arbitral viene referido a concretos y determinados medios. Así la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (1985) determinaba en su artículo 7.2: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o 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 otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” Se seguía así la pauta ya marcada, a propósito del requisito de

“escrito”, por el artículo 2.2 de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras⁴.

En los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Convención de Nueva York de 1958 se dispone:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito 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.”

Conforme al apartado 1 los Estados partes de la Convención se obligan a reconocer las cláusulas compromisorias que consten por escrito. Parece clara la finalidad de requerir que haya constancia clara de la voluntad de las partes que deciden en el convenio arbitral someter a arbitraje la resolución de su conflicto. Ahora bien, a la hora de aclarar el apartado 2 qué ha de entenderse por “escrito” se limita a contemplar tres supuestos:

- Un documento firmado: Puede ser el propio contrato u otro documento en que conste la cláusula compromisoria. A mediados del siglo XX había que entender que el documento se refería a un soporte en papel y que la firma era la manuscrita.

- Un canje de cartas: Constituyen más de un documento, pero que alcanzan el mismo resultado, esto es, poner de manifiesto la voluntad de la partes de someterse a arbitraje. El soporte material es también el papel y la acreditación de la voluntad se hará mediante la plasmación de firma manuscrita.

- Un canje de telegramas: La voluntad compromisoria se puede expresar también mediante telegrama. Evidentemente no se requiere la firma manuscrita del interesado y se

⁴ España se adhirió a la Convención el 12 de mayo de 1977, entrando en vigor en nuestro país el 10 de agosto de 1977. A 17 de agosto de 2011 son Estados partes de la Convención 146. Cfr. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

admite el uso de un medio tecnológico para acreditar la voluntad de las partes. Se admite la electrificación en el medio de transmisión de la cláusula compromisoria, que finalmente queda plasmada en un documento en papel (en el que se comunica el contenido del telegrama). Se acepta un medio tecnológico existente en el momento que permite conservar la información para ulterior consulta. Tal es el caso de telegrama frente al teléfono. Las partes podían pactar también por teléfono o radio, pero en estos casos la constancia documental posterior no resultaba viable. Por tanto, no se trata tanto de discriminación -arbitraria- en la aceptación del uso de distintas tecnologías, cuanto de admitir solo aquel medio tecnológico que permite mantener la constancia de la información disponible y accesible en el futuro.

Entrados en el Tercer Milenio, las nuevas tecnologías han avanzado mucho, más allá del telégrafo y la electricidad. De la electrificación se ha pasado a la electrificación⁵. El tratamiento automatizado de la información, esto es, la informática⁶, permite que los datos (la información) consten, se transmitan y archiven por medios electrónicos (entendido este término en sentido amplio abarcando más allá de lo estrictamente electrónico o relacionado con el electrón, también lo analógico, digital, óptico, e incluso cuántico, es decir, todo medio existente que proporcionan las nuevas tecnologías o que, sin duda, aportarán en el futuro). Se trata de un proceso imparable de retroalimentación en el que la tecnología da respuesta a las demandas existentes en la sociedad, en general, y en el ejercicio de la actividad económica, en particular, al tiempo que, una vez que existen nuevos recursos técnicos, se utilizan y rentabilizan sustituyendo los viejos instrumentos. Rasgo característico y definidor de la sociedad de nuestros días es el del tratamiento de la información. De ahí la denominación “Sociedad de la Información”. El desarrollo

5 Término acuñado por el Prof. R. Illescas. Cfr. R. ILLESCAS ORTIZ, “El transporte terrestre de mercancías: Internacionalización y electrificación”, en *El transporte terrestre nacional e internacional*, Madrid, 1997, p. 129.

6 “El término informática fue creado en Francia, a mediados de la década de los sesenta (“Informatique”, de *Information-auto-matique*), con el objeto de designar las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones, extendiéndose de ahí y a partir de esa época, a todo el mundo.” (A. LOREDO: “Contratos Informáticos y Telemáticos, Comercio Electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana”, *Revista de Derecho Informático*, n.º. 89, Diciembre 2005, p.2). Vid. el apartado “Derecho y nuevas tecnologías” en A. MADRID PARRA, “Los contratos electrónicos y los contratos informáticos”, en *Memorias. II Congreso Internacional de Derecho Comercial: Presente y Futuro del Derecho Comercial*, Cámara de Comercio de Bogotá, 2010, p. 186.

de las telecomunicaciones y la informática hace que la información se genere y transmita sin solución de continuidad prácticamente en unidad de tiempo. El acceso en línea o tiempo real a la información, que “circula” a velocidad “vertiginosa” (aunque sin desplazamiento físico de medio de transporte convencional) es una nota que marca y califica las relaciones sociales y económicas en el siglo XXI.

El hecho es que las nuevas tecnologías en el ámbito de la informática han transformado el planteamiento y el escenario en que se desarrolla la actividad empresarial, de forma que para competir hay que informatizar⁷. Los empresarios aplican los nuevos desarrollos tecnológicos en sus procesos productivos y comercializadores. De ahí que también se electrifique la celebración de contratos. Existirán, pues, convenios arbitrales en un contrato electrónico o se pactará una cláusula compromisoria en un acuerdo separado que conste en un soporte electrónico. Asimismo, los nuevos medios informáticos y electrónicos pueden facilitar y aligerar el procedimiento de resolución de conflictos.

Esta nueva realidad fáctica no pudo contemplarla la Convención de Nueva York de 1958. Pero transcurrido ya más de medio siglo hay que buscar vías para propiciar el uso de nuevos medios desarrollados con posterioridad, que no se oponen, sino al contrario, se alinean en la misma dirección de la consecución del objetivo pretendido: fomentar y facilitar el arbitraje aceptando los medios técnicos que a ello coadyuven. En tal dirección supuso un primer paso el ya citado artículo 7.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (1985) al aceptar el télex, telegramas u “otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”. Aquí se pone de manifiesto esa posición abierta a la recepción de toda innovación que facilite la contratación y a resolución de conflictos de intereses.

Un hito digno de mención en la trayectoria de prestación de atención por parte de Naciones Unidas al uso de medios electrónicos en las transacciones comerciales internacionales lo marca

7 A. MADRID PARRA, “Contratación electrónica”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. III, Madrid, 1996, p. 2914.

la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito (1992). Como se afirma en el primer párrafo de la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre dicha ley modelo, esta “fue preparada para atender al cambio fundamental que se había producido en los medios de efectuar transferencias internacionales de fondos. Ese cambio comprendía dos elementos: la creciente utilización de medios electrónicos, y no papel, para el envío de órdenes de pago, y el paso de la utilización generalizada de las transferencias de débito a la utilización generalizada de las transferencias de crédito.” La utilización, pues, de medios electrónicos en vez de papel se calificaba como “cambio fundamental”. De ahí la necesidad de prestar atención al mismo y tomarlo en consideración a la hora de promover legislación uniforme entre los Estados.

Terminada esta Ley Modelo, la CNUDMI / UNCITRAL se puso a trabajar en otra Ley Modelo que sería la que incorporaría al acervo de disposiciones internacionales el equivalente funcional de “escrito”. El artículo 6.1 de la Ley Modelo sobre comercio electrónico (1996/1998) dispone: “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.” Se entiende que la función que cumple la exigencia de un escrito es que la información que el documento contiene esté disponible para un posterior acceso a la misma. Si se garantiza el desempeño de esta función o cumplimiento de este requisito, un mensaje de datos puede ser considerado un escrito a todos los efectos jurídicos. El artículo 2 de la misma Ley Modelo sobre comercio electrónico establece: “Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Hay, pues, una concepción amplia. Se admite como mensaje de datos, o dicho en otros términos, registro electrónico, comunicación electrónica o documento electrónico, toda aquella información que consta en un soporte que va desde la combinación de papel y otro medio (como el fax) hasta el que es estrictamente

intangible (cualquiera sea el soporte: electrónico, óptico o similar), pero que permite tener acceso a la información (visualizable, por ejemplo, en una pantalla).

La expresión que indica el requisito necesario para que se aplique el principio de equivalencia funcional a “escrito”, esto es, que la información esté “accesible para su ulterior consulta”, ha hecho fortuna y ha sido incorporada a distintos ordenamientos jurídicos que han seguido la pauta de la Ley Modelo de la CNUDMI / UNCITRAL al contemplar la validez jurídica de la información existente en soporte electrónico. Así se ha hecho también en textos posteriores de la CNUDMI / UNCITRAL, como son los siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005): Artículo 9.2: “Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.” (énfasis añadido)⁸.

- Guía Legislativa de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las operaciones garantizadas (2007): La Recomendación 11 dice: “El régimen -global único de las operaciones garantizadas- debería prever que, cuando sea exigible que una comunicación o un contrato conste por escrito, o se asigne algún efecto a la ausencia de un escrito, ese requisito quedará satisfecho por una comunicación electrónica si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta.” (énfasis añadido)⁹.

⁸ La Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales aporta en su párrafo 146 la explicación por la que se utiliza esta terminología, diciendo: “Con la palabra “accesible” se intenta dar a entender que la información consignada en forma de datos informáticos debe ser legible e interpretable y que deben conservarse los programas informáticos que sean necesarios para dar legibilidad a tal información. En la versión inglesa, la palabra “usable” pretende abarcar tanto el uso humano como el procesamiento electrónico. Se prefirieron las palabras “ulterior consulta” a conceptos como el “carácter duradero” o la “inalterabilidad”, que habrían establecido pautas excesivamente estrictas, así como a conceptos como los de “legibilidad” o “inteligibilidad”, que podrían constituir criterios demasiados subjetivos.”

⁹ En el párrafo 120 de la Guía Legislativa de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las operaciones garantizadas (2007) se afirma: “En primer lugar, la Guía adopta la postura de que los Estados deberían facilitar el recurso a la vía electrónica. En este punto, obrando en consonancia con lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos

- Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo ("Reglas de Róterdam", 2008): Esta Convención acoge los principios y criterios sobre electrificación de documentos contenidos en las Leyes Modelo sobre comercio electrónico y firmas electrónicas, así como en la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Se ha de destacar, especialmente, en el artículo 1, dedicado a las definiciones, la que en el número 17 se ofrece de comunicación electrónica. En ella se refunden las definiciones de mensaje de datos de la Ley Modelo de comercio electrónico y de comunicación electrónica de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales junto con el principio de equivalencia funcional de "escrito". El referido artículo 1.17 dice: "Por 'comunicación electrónica' se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales u otros medios análogos, con el resultado de que la información comunicada sea accesible para su ulterior consulta." (énfasis añadido)¹⁰.

Hay más textos de la CNUDMI / UNCITRAL en los que se contempla la posibilidad de utilización de medios electrónicos, tales como:

Internacionales (6) y en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (7), la Guía recomienda que se faculte a los comerciantes para negociar por vía electrónica. La idea esencial de esta política es la de que el régimen de las operaciones garantizadas no debe constituir un obstáculo para el desarrollo de estas prácticas comerciales modernas al impedir que los comerciantes satisfagan los requisitos exigibles para la validez de un escrito o de una firma mediante el recurso a algún método electrónico adecuado (véanse las recomendaciones 11 y 12 de la Guía; véanse también los párrafos 143 a 165 de la nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (8) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico junto con su Guía para la incorporación al derecho interno, 1996, así como con el artículo adicional 5 bis aprobado en 1998, párrafos 47 a 61)."

10 Otros preceptos de la Convención contemplan también el principio de equivalencia funcional electrónica de escrito. Así, el artículo 3 determina: "Cualquier notificación, confirmación, consentimiento, pacto, declaración y demás comunicaciones ... deberán hacerse por escrito. Podrán utilizarse comunicaciones electrónicas para dicho fin, con tal de que se haga uso de tales medios con el consentimiento del autor de la comunicación y de su destinatario." (énfasis añadido). Por otra parte, en el artículo 8 se dispone: "A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio: a) Todo lo que deba figurar en un documento de transporte con arreglo a lo previsto en el presente Convenio podrá ser consignado en un documento electrónico de transporte, siempre y cuando la emisión y el subsiguiente empleo del documento electrónico de transporte se hagan con el consentimiento del porteador y del cargador;" (énfasis añadido). En la misma dirección el artículo 38.2 establece: "Todo documento electrónico de transporte deberá llevar la firma electrónica del porteador o de una persona que actúe en su nombre. Dicha firma electrónica deberá identificar al firmante en relación con el documento electrónico de transporte y deberá indicar que el porteador autoriza el documento electrónico de transporte."

- Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre firmas electrónicas (2001), cuyo artículo 2.a) define la firma electrónica mientras que el artículo 6 aplica el principio de equivalencia funcional en el caso de la firma electrónica siguiendo el precedente del artículo 7 de la Ley Modelo sobre comercio electrónico.

- Guía Legislativa de la CNUDMI/UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia (2004), que dice en su Recomendación 169: “El régimen de la insolvencia debería exigir a los acreedores que deseen participar en el procedimiento que comuniquen sus créditos, detallando su fundamento y su cuantía. El régimen debería también reducir al mínimo los requisitos de forma exigidos para comunicar los créditos y permitir que éstos se comuniquen de diversos modos, incluso por vía postal y por medios electrónicos.” (énfasis añadido).

- Guía Legislativa de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las operaciones garantizadas (2007): También incide en el uso de la firma electrónica en la Recomendación 12¹¹.

En el ámbito del arbitraje existen dos actuaciones específicas que ponen de manifiesto la voluntad de la comunidad internacional por actualizar los textos o la interpretación de los mismos para dar acogida al uso de los medios electrónicos en el camino que va desde el pacto de la cláusula compromisoria hasta la plasmación de la resolución arbitral final en un laudo. Así, la CNUDMI / UNCITRAL emprendió la tarea de actualización tanto de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional (1985) como del Reglamento de arbitraje (1976) al tiempo que aprobó la Recomendación de 7 de julio de 2006 relativa a la interpretación del Convenio de Nueva York de

11 En dicha Recomendación se dice: “El régimen debería disponer que, cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una persona, o asigne algún efecto a la ausencia de una firma, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si cabe utilizar un método que identifique a esa persona y que indique cuál es su voluntad respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método empleado:

i) es tan fiable como proceda para los fines para los que se creó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) ha cumplido fiablemente en la práctica, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, las funciones descritas en el apartado a) -12-.”

1958¹². En 2006 se dio nueva redacción al artículo 7 de la Ley Modelo para ampliar la perspectiva de qué ha de entenderse por escrito cuando se exige tal requisito para el convenio arbitral. A este respecto el nuevo apartado 4 del artículo 7 (opción I) establece: “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”

Se incorpora de esta manera el concepto amplio de mensaje de datos proveniente de la Ley Modelo sobre comercio electrónico y el de comunicación electrónica proveniente de la Convención sobre comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. De esta forma se inserta en el texto de la Ley Modelo sobre arbitraje el equivalente funcional electrónico de escrito. Así se reconoce en la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI/UNCITRAL acerca de la Ley Modelo sobre arbitraje. En su párrafo 19 se afirma que el “acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. La importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas. Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones

12 Para un tratamiento in extenso, vid. P. PERALES VISCASILLAS, “Arbitraje electrónico”, en ETCHEVERRY-ILLESAS ORTIZ (dirs.), Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica, Buenos Aires, 2010, p. 593-624. También IDEM, “El convenio arbitral electrónico: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional”, Revista de la Contratación Electrónica, n.º. 77, diciembre 2006, p. 35-50; A. MONTESINOS GARCÍA, Arbitraje y nuevas tecnologías, Madrid, 2007; F. MERINO MERCHÁN, “El pacto de arbitraje telemático”, en Régimen jurídico de Internet, Madrid, 2002, pp. 529-545; A. LÓPEZ ORTIZ, “Arbitraje y nuevas tecnologías”, Revista de la Contratación Electrónica, n.º. 51, julio/agosto 2004, pp. 35-67.

Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.”

En la versión revisada de 2010 del Reglamento de arbitraje se contempla ya expresamente la posibilidad de realizar comunicaciones electrónicas en el procedimiento arbitral¹³.

2. RELECTURA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958.

A fin de propiciar la compatibilidad entre el texto de la Convención de Nueva York cuando requiere que el convenio arbitral conste por escrito y el uso de medios electrónicos, la CNUDMI / UNCITRAL preparó una Recomendación que la Asamblea General pidió a los Estados que siguieran. En el texto de la Recomendación de 7 de julio de 2006 relativa a la interpretación del Convenio de Nueva York la Comisión

“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;

2. Recomienda que el párrafo 1) artículo VII 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 de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.”

“La recomendación se formuló -según se afirma en nota de la Secretaría- en vista del uso cada vez más extendido del comercio electrónico, y de la promulgación de leyes nacionales, así como de la jurisprudencia en la materia, que son más favorables que la Convención de Nueva

¹³ Vid. art. 2 del Reglamento de arbitraje (2010).

York en lo tocante al requisito de forma al que han de ajustarse el acuerdo de arbitraje, las actuaciones arbitrales y la ejecución de laudos.”¹⁴

Obviamente la Recomendación no tiene fuerza vinculante, pero no deja de ser una indicación muy cualificada que marca una pauta a seguir. Se indica un criterio interpretativo del artículo 2.2 (transcrito más arriba) de la Convención de Nueva York en el sentido de que dicho precepto no cercena la posibilidad de que pueda existir una cláusula compromisoria que conste en un soporte que no sea alguno de los citados -y ya comentados- en dicho precepto. La Recomendación propone que no se entienda como exhaustiva la relación de supuestos mencionados que se pueden considerar “acuerdo por escrito”. De esta mera no se dice qué otros supuestos se pueden incluir, pero sí se deja abierta la puerta a la posibilidad de considerar “escrito” aquellos convenios arbitrales que consten en un soporte electrónico. Es una interpretación coherente con la propia Convención, que llegó en su día a admitir la tecnología del telegrama, de forma que ahora también se podrá admitir la tecnología electrónica. En uno y otro caso lo importante es, siguiendo los textos internacionales vistos, que la información de la cláusula compromisoria esté accesible para su ulterior consulta.

En apoyo de este criterio interpretativo la propia Recomendación acude al artículo 7.1 de la Convención de Nueva York¹⁵, que permite acogerse a toda norma jurídica que facilite la ejecución de los laudos arbitrales. Es una obviedad que toda la Convención es un instrumento “pro arbitraje”. Por tanto se ha de optar por aplicar aquel Derecho nacional o internacional que propicia la práctica arbitral. De ahí que la Recomendación opte por extender el mismo criterio del

14 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI/UNCITRAL acerca de la Ley Modelo sobre arbitraje, párr. 20. Donde se indica que en su Resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General señaló que “con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo -sobre arbitraje-, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, es especialmente oportuna”.

15 “Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.” (art. 7.1 Convención de Nueva York).

artículo 7.1 al artículo 2.2; esto es, de la misma forma que la propia Convención propicia la extensión y efectividad de los laudos arbitrales, así se ha de hacer también en relación con el convenio arbitral. La interpretación de la Convención en relación con este se ha de dirigir también hacia la consideración de validez y eficacia de los convenios arbitrales, sin que para eso suponga un obstáculo el hecho de constar en un soporte electrónico. La Recomendación, pues, no hace sino constatar y aplicar una exigencia del tráfico jurídico económico actual: la electrificación -constancia electrónica- de las relaciones jurídicas, especialmente de los contratos comerciales.

Consecuencia de esta realidad es la puesta a disposición de los Estados de una nueva Convención de las Naciones Unidas para que dicho fenómeno de electrificación se incorpore a Convenciones ya existentes sin necesidad de una modificación formal de las mismas. Tal es la pretensión del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005) al determinar su aplicación a varias Convenciones entre las que se encuentra la de Nueva York de 1958. De esta forma indirecta los Estados que ratifiquen la Convención de 2005 están incorporando a otras Convenciones (salvo que lo excluyan) el principio de equivalencia funcional electrónica aplicado a los requisitos jurídicos de “escrito”, “firma” o “documento original”.

3. LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE.

La Ley de arbitraje sigue las pautas marcadas por la Ley Modelo de la CNUDMI / UNCITRAL sobre arbitraje. Así se confiesa en la propia Exposición de Motivos (apartado II) de la Ley donde se afirma: “La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras,

que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.”

A la hora de regular los requisitos del convenio arbitral se pone de manifiesto el seguimiento de la Ley Modelo. El artículo 9.3 determina:

“El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.”

El primer párrafo deja claro que se puede utilizar cualquier medio de comunicación que las partes puedan necesitar para alcanzar el pacto compromisorio escrito. En el segundo párrafo se incorpora el principio de equivalencia funcional de “escrito” proveniente de la Ley Modelo sobre comercio electrónico. En consecuencia, se admite cualquier tipo de soporte que proporcionen las nuevas tecnologías. Se mencionan expresamente los soportes electrónicos u ópticos al tiempo que se formula la regla de la analogía en una relación enunciativa y no cerrada, quedando abierta a cualquier otro tipo de soporte. El único requisito que se exige es el ya visto de la accesibilidad de la información (el convenio arbitral) para su ulterior consulta.

III.- LAUDO ESCRITO.

Todo el procedimiento arbitral está dirigido a la formulación de un laudo por parte del árbitro o árbitros, que ponga fin a la controversia o conflicto de intereses. Con el laudo se obtiene un instrumento ejecutivo que, en caso de incumplimiento voluntario por el obligado, puede ser ejecutado manu militari por vía jurisdiccional. Por tanto, si importante es la certidumbre en

relación con el convenio arbitral, tanto o más lo es respecto del laudo. De ahí que también se exija la constancia escrita del laudo arbitral.

La cuestión en relación con la electrificación del arbitraje se suscita, como en el caso del convenio, a la hora de determinar cuándo o cómo se tiende se entiende cumplido el requisito de la constancia por escrito.

1.RIGOR EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958.

La Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras no se limita a determinar que éstas hayan de constar por escrito. Es algo que se da por supuesto. El artículo 4 exige requisitos formales especiales para que se pueda llevar a cabo el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en otro país. A tal fin dicho precepto dispone:

“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.”

Aquí el problema no se limita ya a que conste por escrito el laudo, sino que el documento original o copia que se aporte ha de estar autenticado. Se apunta así a un procedimiento absolutamente formalizado de autenticación de documentos en papel en el contexto internacional. La finalidad de la norma es asegurar que se presenta un laudo auténtico, no falsificado, ya se aporte el

original o una copia. Si se utilizara un soporte electrónico no habría práctica diferencia entre el original o la copia. Aunque los procedimientos formales de autenticación tengan como supuesto de hecho que recaen sobre documentos en papel, nada impide que también se puedan autenticar documentos que constan en soportes electrónicos. No obstante, es obvio que por razones históricas la Convención no contemplaba posteriores métodos de autenticación electrónica.

Su admisibilidad debe venir de la mano de la ya mencionada Recomendación de la CNUDMI / UNCITRAL de 7 de julio de 2006 para hacer una interpretación amplia de la Convención para dar entrada a los medios electrónicos así como de la paulatina aplicación que se pueda dar del también citado artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005).

2.LEY MODELO DE LA CNUDMI/UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (1985).

La Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (1985) ya disponía que el laudo arbitral debía tener forma escrita. En la revisión de 2006 el texto no ha sufrido alteración. Así el artículo 31.1 dispone: “El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.”

Si bien el laudo no tiene naturaleza contractual, aunque trae causa de un pacto o convenio, incluso en los laudos transaccionales su contenido puede ser convencional, sería deseable que se diera acogida a la aplicación del principio de equivalencia funcional, de forma que el requisito de constar por escrito se cumpla siempre que su contenido esté accesible para ulterior consulta, con independencia de cual sea soporte en que conste (papel o electrónico).

3. LEY DE ARBITRAJE.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje sí exige expresamente el requisito de que el laudo conste por escrito. El artículo 37.3 dispone:

“Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

“A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.”

Se puede constatar que el primer párrafo sigue la pauta de la Ley Modelo sobre arbitraje al requerir la constancia escrita y firmada del laudo. Pero, además, añade en el párrafo segundo, siguiendo la pauta de las Leyes Modelos sobre comercio electrónico y firmas electrónicas, el principio de equivalencia funcional al admitir tanto el documento como la firma electrónicos.

Con la admisión de las nuevas tecnologías, el legislador, pues, está optando claramente a favor de la electronificación del arbitraje. Así se confiesa abiertamente en el apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley: “Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que —análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral— la ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo la ley considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados. Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen

tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.”

IV.- COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES.

Las partes pueden optar por la plena electrificación del procedimiento arbitral. Hasta que se llega al momento final del pronunciamiento del Árbitro en el laudo hay hitos en los que se puede emplear y perder mucho tiempo. Se trata de las notificaciones. Es frecuente que el trámite de la notificación y la constancia (acuse de recibo) de ésta conlleve el transcurso de excesivo tiempo dentro de un procedimiento que pretende distinguirse por la celeridad. La notificación y acuse de recibo electrónicos deben ser el medio natural empleado en el arbitraje. Igual hay que decir sobre la práctica de toda comunicación o entrega de documentación. Hay que insistir: lo importante no es el soporte o forma de representación, sino la información. Siempre que se garantice la autenticidad y la integridad de la información, se ha de optar por el medio más rápido de transmisión de la misma. Se ahorra tiempo y, por ende, recursos económicos. Las partes son las primeras beneficiarias, y han de ser, pues, las primeras interesadas. También a este respecto se pronuncia expresamente la propia Ley de Arbitraje cuando determina en su artículo 5.a) que “será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado.”¹⁶

El inciso final del precepto legal citado deja claro que los medios a utilizar han de ser designados o aceptados por los interesados. En materia de electrificación se aplica el criterio general de máxima aplicación de la voluntad de las partes en el arbitraje; la Ley permite, no impone. Pero en el mismo hecho de la permisón expresa está optando e incentivado el uso de las nuevas

¹⁶ La apuesta por el empleo de los medios electrónicos está también hecha en la Ley Modelo de arbitraje y específicamente en el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI / UNCITRAL (2010), cuyo artículo 2.2 contempla expresamente la posibilidad de utilizar medios electrónicos para notificaciones y comunicaciones.

tecnologías, de los medios electrónicos y telemáticos. El empleo de plataformas electrónicas para la instrumentación de un procedimiento arbitral sin papel no sólo es posible, sino que existe y ya es una realidad. Falta la generalización de su uso. De todas formas los cambios culturales no se producen de la noche a la mañana. En sólo unos días puede acaecer un gran cambio o revolución tecnológica. Pero su asunción generalizada por la sociedad implica cambios culturales que requieren su tiempo, a pesar de que dichos cambios están teniendo lugar en períodos de tiempo cada vez menores¹⁷.

V.- TRABAJO DE LA CNUDMI / UNCITRAL SOBRE ODR.

La resolución de controversias en línea (“on line dispute resolution”: ODR) se ha convertido en una cuestión de especial relevancia en el comercio electrónico. Si se puede celebrar contratos por medios electrónicos y desarrollar una actividad comercial empleando las nuevas tecnologías, es lógico que se demande también la posibilidad de resolver controversias utilizando esos mismos medios. De ahí que se hayan desarrollado plataformas electrónicas y telemáticas que ofrecen el servicio de resolución de controversias en línea. Cuando las partes celebran un contrato acuerdan resolver por esta vía (ODR) cualquier posible conflicto que surja entre ellas relativo al contrato.

De hecho existen en el mundo más de un centenar de plataformas que ofrecen este servicio. Todas ellas tienen en común el uso de medios electrónicos para resolver a distancias conflictos de intereses entre personas que se encuentran distantes entre sí. Sin embargo, difieren bastante unas plataformas de otras. Cada una presenta su propio diseño o configuración con significativas diferencias entre ellas. Esa diversidad es considerada como un elemento negativo en el desarrollo del comercio electrónico. De ahí que los propios operadores de ODR (“la industria” o sector) hayan demandado a la CNUDMI / UNCITRAL que dedique uno de sus Grupos de Trabajo

17 Cfr. A. MADRID PARRA, “Arbitraje y electronificación (Segunda parte)”, Boletín de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, nº. 36, junio 2010, p. 35.

a la elaboración de un instrumento internacional que contenga los principios y principales reglas que deban regir el ODR en el mundo. Se entiende que dicha tarea se inserta plenamente en uno de los objetivos fundamentales que tiene asignados esta Comisión de las Naciones Unidas: la armonización de reglas aplicables al comercio internacional.

De ahí que en su 33º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000), la Comisión tuviera un primer intercambio de opiniones sobre la propuesta de incluir ODR en su futuro programa de trabajo.¹⁸ Hubo general coincidencia en que se podría abordar dicho trabajo para determinar si existe necesidad de establecer reglas específicas para facilitar el empleo cada vez mayor de mecanismos de resolución de conflictos en línea.¹⁹ En su 42º período de sesiones, (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009), la Comisión recibió una propuesta en el sentido de que se debería preparar un estudio sobre el posible trabajo futuro en materia de resolución de conflictos por vía electrónica en el ámbito transfronterizo del comercio electrónico a fin de examinar los tipos de conflictos de intereses que podrían ser resueltos mediante sistemas de ODR, la conveniencia de elaborar unas reglas de procedimiento, la conveniencia o posibilidad de mantener un base única de datos de proveedores acreditados de ODR, la ejecutoriedad de los laudos dictados dictados en un procedimientos ODR en aplicación de convenciones internacionales.²⁰

En su 43º período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010), la Comisión acordó que un Grupo de Trabajo debía ocuparse del siguiente tema: la resolución en línea de las controversias relativas a las transacciones transfronterizas de comercio electrónico, incluyendo tanto las que tienen lugar entre empresarios como las que se producen entre éstos y los

18 Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 17 (A/55/17), par. 385.

19 A/CN.9/WG.III/WP.106, par. 5.

20 Official Records of the General Assembly, Sixty-fourth Session, Supplement No. 17 (A/64/17), par. 338, and A/CN.9/681/Add.2, para. 4.

consumidores.²¹ Se acordó asimismo que se decidiría la forma del instrumento jurídico a adoptar con posterioridad al estudio y debate del tema encomendado.²²

En su 22ª período de sesiones (Viena, 13 a 17 de diciembre de 2010), el Grupo de Trabajo III comenzó su tarea en la preparación de reglas o estándares jurídicos aplicables a la resolución de controversias en línea de transacciones electrónicas transfronterizas. Hubo general coincidencia en que se debía adoptar un concepto amplio que comprendiera todo el abanico de posibles soluciones de conflictos utilizando medios electrónicos, ya sea mediante una plataforma electrónica en línea o simplemente mediante correo electrónico. A pesar de esta amplia y abierta perspectiva, predominó la tendencia a limitarse al ODR en el caso de controversias surgidas como resultado de contratos electrónicos transfronterizos.

El hecho es que hay muchos casos que se abordan mediante ODR, pero la mayoría de ellos son de escasa cuantía. De ahí que el instrumento ODR que se diseñe ha de ser sencillo y barato. De lo contrario el coste sería mayor que el valor objeto de la controversia. Por esa razón el instrumento que elabore la CNUDMI / UNCITRAL debe ocuparse sólo de principios básicos y reglas generales. Hubo igualmente amplio consenso en que la definición de ODR debería ser suficientemente amplia y abierta para no excluir cualquier desarrollo tecnológico futuro, de manera que quede siempre garantizada la aplicación del principio de neutralidad tecnológica (*rectius* neutralidad en el uso de la tecnología).²³ Esta precaución tiene especial relevancia ya que todo el procedimiento ODR se desarrolla por medios electrónicos. En consecuencia, cualquier avance futuro será beneficioso y, por tanto, bienvenido.

La cuestión principal en relación con el arbitraje reside en el hecho de que la mayoría de los casos se resuelven en la primera fase de negociación, sin necesidad de llegar a la última de arbitraje propiamente dicho. Las partes suelen alcanzar un acuerdo que resuelve la controversia

21 Official Records of the General Assembly, Sixty-fifth Session, Supplement No. 17 (A/65/17), par. 257.

22 A/CN.9/WG.III/WP.106, par. 11.

23 A/CN.9/716, par. 38.

sin que realmente se entre en el arbitraje. Sólo un pequeño porcentaje de caso alcanza la fase de arbitraje. Este dato resulta crucial a la hora de diseñar un modelo o sistema de ODR. El procedimiento completo debe incluir, en última instancia, la resolución de la controversia mediante arbitraje (todo por medios electrónicos), si bien será ese pequeño porcentaje de casos el que finalmente llegue a la fase arbitral. Por tanto, cualquier regulación en la materia debe contemplar también esta fase final aunque sea de relativa importancia cuantitativa en el ámbito del ODR. Por eso, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI / UNCITRAL vino a coincidir en que las resoluciones arbitrales en el procedimiento ODR deben ser “finales” y “obligatorias”, es decir, deben producir el efecto de cosa juzgada y ser susceptibles de ejecución. De todas formas se consideró que la posibilidad de aplicación de convenios internacionales para la ejecución de laudos dictados en un arbitraje ODR debería quedar para un último momento de las deliberaciones del Grupo de Trabajo.²⁴

El debate sobre esta cuestión continuó en el 23º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de Mayo de 2011) del Grupo de Trabajo III. Se pusieron de manifiesto dos diferentes posiciones en relación con la opción de política legislativa que se debería seguir. Por una parte se pretendía mantener el modelo presentado por la Secretaría, que contemplaba un procedimiento único de ODR con tres fases: negociación, mediación y arbitraje. Por otra parte, se defendió un modelo basado en dos fases separadas no integradas en un procedimiento único: la negociación entre las partes, y la intervención de un tercero neutral. Quedó pendiente la toma de una decisión final al respecto.

En cualquier caso, la cuestión principal que se ha de subrayar en relación con el Grupo de Trabajo sobre ODR, en conexión con la electrificación del arbitraje, es que cualquiera sea el instrumento final que se adopte estará regulando el uso de medios electrónicos en la resolución de conflictos surgidos en el marco de la contratación, generalmente, electrónica. El procedimiento entero se desarrolla sobre la base de una plataforma electrónica. La peculiaridad

24 /CN.9/716, par. 99.

en el ODR reside en que, como se ha indicado, en la mayoría de los casos no se llega a la fase final arbitral. La mayoría de los conflictos se resolverán o terminarán en una fase previa. El procedimiento ODR se aplica a un número muy elevado de transacciones de escasa cuantía (“high volume of low-value transactions”). Estas controversias necesitan ser resueltas antes de llegar al arbitraje. De lo contrario se entraría en un procedimiento cuyo coste superaría el valor de la propia controversia o reclamación.

VII.- CONCLUSIÓN.

Es verdad que estamos ya en la Sociedad de la Información, que caminamos hacia la sociedad sin papeles (paperless society). Pero todavía, en muchas ocasiones, seguimos prefiriendo tener un papel en la mano donde se dice que somos titulares de un determinado derecho. Con seguridad las partes de un procedimiento arbitral tendrán interés en recibir cuanto antes el laudo que dirime su conflicto de intereses. Pero probablemente haya muchos casos en los que todavía se prefiera esperar unos días a recibir los folios donde consta el laudo. Es posible que se siga confiando más en un papel, entregado días más tarde tras plasmar el Ábitro en el mismo su firma manuscrita, que en un documento electrónico, con firma electrónica del Ábitro y recibido inmediatamente tras su verificación en una plataforma electrónica. Conocemos la firma electrónica así como su regulación legal; comenzamos a utilizarla; pero nos cuesta trabajo olvidar el viejo papel.

Sin embargo, la pauta internacional marcada en pro de la electronificación en relación con el arbitraje ha sido también seguida por el legislador español con reflejo en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. La marcha, pues, hacia la electronificación del arbitraje es ya una realidad incuestionable en cuanto a la regulación e imparable en cuanto a su implantación. Si bien, como todo cambio humano, requiere su tiempo.