



EDICIÓN ESPECIAL
"ARBITRAJE, COVID-19 Y
NUEVAS TECNOLOGÍAS"

REVISTA

ARBITRAJE
ALUMNI

SEPTIEMBRE 2020



ASOCIACIÓN ARBITRAJE ALUMNI

Comisión de Revista Digital

Julio Olórtegui Huamán (*Codirector*)
Lucero García (*Codirectora*)
Juan Ignacio Amado Aranda (*Coordinador*)
María Eugenia Ferreyra
Omar Mestanza García
Gabriel Madrigal Olguín
María Victoria Rosales Pelleschi

Consejo Directivo (2019-2021)

Dione Meruane Osorio (*Presidenta*)
Thomas Biscomb (*Vicepresidente*)
Julio Olórtegui Huamán (*Vicepresidente*)
María Eugenia Piacquadio (*Secretaria*)
Sonia Queija
Josefina Silva Lavín
Jorge López Fung
Flavio Javier Loza Vargas
Mateo Nosedá
Solana Beserman
Mauricio Rapso
Nicolás Rosero
Lucero García

Revista Arbitraje Alumni

Índice

ÍNDICE	i
EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL	
<i>María Eugenia Ferreyra</i>	1
CLÁUSULAS ARBITRALES Y FLEXIBILIDAD DE FORMALIZACIÓN: LAS CONSECUENCIAS DEL COVID-19 CONLLEVAN A LA ERA DIGITAL DEL ARBITRAJE	
<i>Lidia Andrea Vaca Nazrala</i>	22
LA IMPLEMENTACIÓN DE TECNOLOGÍA EN UN ESTADO DE EMERGENCIA	
<i>Renato Sebastiani León Mazza</i>	38
INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: UN CRUCE NECESARIO	
<i>Jorge Bogarin Azuaga</i>	49
LA IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS “BLOCKCHAIN” EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: UN BREVE ANÁLISIS Y LOS RETOS DE UNA NUEVA ERA TECNOLÓGICA	
<i>Antonio Ochoa Quintana, Gabriel Madrigal Olgún y Martín Daniel Brito Moreno</i>	60
SOLUCIONES JUSTAS EN TIEMPOS DIFÍCILES. CÓMO SORTEAR LOS OBSTÁCULOS LEGALES EN MATERIA DE IMPREVISIÓN Y LEY APLICABLE.	
<i>Milena Rocío Combina</i>	75
EL ARBITRAJE DE CLASE EN TIEMPOS DE LA COVID-19: UNA INTRODUCCIÓN A LA TUTELA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL ARBITRAJE	
<i>Kevin Jesús Alarcón Chunga</i>	96

El Arbitraje Internacional en el Nuevo Orden Mundial

María Eugenia Ferreyra*

Resumen- Partiendo del contexto actual de crisis mundial como una coyuntura global que afecta en el área social, económica, jurídica, e institucional, entre otras, resulta interesante investigar cuales son las perspectivas que se barajan sobre la formación de un nuevo orden mundial, entendiendo por tal la situación en la que posiblemente nos encontraremos luego de la erradicación definitiva de la pandemia del COVID-19, suponiendo que se erradique definitivamente a nivel global. Y, en ese contexto hipotético y futuro, revisar el papel que cumpliría el arbitraje internacional, si es posible su permanencia en tal escenario, si se requerirán modificaciones en su regulación y práctica y en ese caso cuáles. Probablemente este trabajo no agotará a cabalidad tan ambiciosa pretensión, pero intentará ilustrar un futuro posible.

Abstract- Starting from the current context, of world crisis as a global conjuncture that affects the social, economic, legal, and institutional areas, just to name a few, it is interesting to investigate what are the perspectives that are considered on the formation of a new world order, understanding by this, the world situation in which we will possibly find ourselves after the definitive eradication of the COVID-19 pandemic, assuming that it will be definitively eradicated (or at least that it will be possibly contained/prevented somehow) at the global level. And, in this hypothetical and future context, it is also interesting to review the role that international arbitration would play: whether it is possible to stay in that scenario, whether modifications will be required to its regulations

* Abogada litigante, Especialista en Derecho Procesal, Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, Miembro de la cátedra A de Derecho Internacional Privado, Entrenadora del equipo de arbitraje comercial internacional, todo de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Arbitraje Alumni. Correo: mef.estudiojuridico@gmail.com

and practice, and, in that case, which ones. Probably, this work will not exhaust such an ambitious claim, but it will try to illustrate a possible future.

I. INTRODUCCIÓN	2
II. EL NUEVO ORDEN MUNDIAL	3
A. GLOBALIZACIÓN 4.0	3
B. BREXIT	3
C. CAPITALISMO DE PARTES INTERESADAS	5
D. EL PROPÓSITO UNIVERSAL DE UNA EMPRESA EN LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL	6
E. DESARROLLO SOSTENIBLE	8
F. DERECHO GLOBAL	9
III. ARBITRAJE EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL	10
A. ARBITRAJE DE INVERSIÓN.....	10
B. ARBITRAJE Y DERECHOS HUMANOS.....	13
C. ARBITRAJE E INTELIGENCIA ARTIFICIAL	15
D. ARBITRAJE EN LÍNEA	16
E. EJECUCIÓN DEL LAUDO	18
IV. CONCLUSIÓN	20

I. INTRODUCCIÓN

A los fines de este artículo, el entorno se encuentra determinado por un nuevo orden mundial, entendiéndose por tal, el escenario futuro tras la crisis mundial ocasionada por la pandemia del COVID-19, a esos fines circunscribí el contexto en las siguientes premisas: Globalización 4.0, Brexit, Capitalismo de partes interesadas, El propósito universal de la empresa en la cuarta revolución industrial, Desarrollo Sostenible y Derecho Global.

Para luego analizar el arbitraje en ese nuevo orden mundial, considerando el arbitraje de inversión, el arbitraje y los derechos humanos, el arbitraje y la inteligencia artificial, el arbitraje en línea y la ejecución del laudo en línea.

Finalmente, el artículo concluirá con una apreciación personal en referencia a los temas enunciados.

II. EL NUEVO ORDEN MUNDIAL

A. *Globalización 4.0*

En la reunión Anual del Foro Económico Mundial en Davos del año 2019, se reunieron varios líderes mundiales a considerar el tema “*Globalización 4.0: Configuración de una arquitectura global en la era de la Cuarta Revolución Industrial*”. El término Globalización 4.0 fue acuñado por Klaus Schwab, presidente de Foro Económico Mundial y resulta de la fusión de dos conceptos:

1.- *La globalización* consiste en la integración de las diferentes sociedades del mundo en un único mercado. Como un fenómeno impulsado por la tecnología y el movimiento de ideas, personas y bienes.

2.- *La Industria 4.0 o Cuarta Revolución Industrial* combina técnicas avanzadas de producción y operaciones con tecnologías inteligentes que se integran en las organizaciones, las personas y los activos. Esta revolución está marcada por la aparición de nuevas tecnologías como la robótica, la analítica, la inteligencia artificial, las tecnologías cognitivas, la nanotecnología y el internet de las cosas (*Internet of Things*), entre otros.¹

Estas circunstancias marcan un nuevo contexto internacional y un nuevo concepto de globalización.

B. *Brexit*

Como consecuencia de la crisis de la globalización, se ha generado una tendencia a políticas aislacionistas, que se han potenciado con más fuerza en respuesta de la crisis que se deriva de la pandemia del COVID-19.

El proceso del Brexit (BR: Britain, Gran Bretaña - EXIT: salida) es el ejemplo por antonomasia de este tipo de políticas aislacionistas, a través de este proceso

¹ Jesús A. Lacoste, “¿Qué es la Globalización 4.0 y cómo te va a afectar a ti?”, *Jesús A. Lacoste*, 30 de enero de 2019, <https://jalacoste.com/globalizacion4-0>.

el Reino Unido dejó de ser Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, “UE”), invocando el Art. 50 del Tratado de la UE²

El 23 de junio de 2016, el 51,9% de los votantes británicos apoyó por referéndum abandonar la Unión Europea, iniciando un proceso de dos años que debía concluir con la salida del Reino Unido el 29 de marzo de 2019. Ese plazo fue prolongado en primer término hasta el 12 de abril de 2019. El plazo volvió a ser prorrogado hasta el 31 de octubre de 2019. Por tercera y última vez, el plazo fue nuevamente prorrogado hasta el 31 de enero de 2020, fecha en la que finalmente fue aprobado el acuerdo de retirada.

El Reino Unido y la UE se comprometieron a negociar una nueva relación comercial en los siguientes meses y fue en esas negociaciones que el primer Ministro Boris Johnson instruyó a la diplomacia británica a través del canciller Dominic Raab para que los embajadores en el futuro se sienten en lugares separados de la delegación de la UE en las reuniones internacionales, en

² El artículo 50 del Tratado de la Unión Europea establece: “1) *Todo Estado miembro podrá decidir retirarse de la Unión de conformidad con sus propios requisitos constitucionales.* 2). *El Estado miembro que decida retirarse notificará al Consejo Europeo su intención. A la luz de las orientaciones establecidas por el Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará un acuerdo con dicho Estado, en el que se establezcan las modalidades de su retirada, teniendo en cuenta el marco de su futura relación con la Unión. Dicho acuerdo se negociará de conformidad con el artículo 218, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se celebrará en nombre de la Unión por el Consejo [de la Unión Europea], por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.* 3). *Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, dos años después de la notificación mencionada en el apartado 2, a menos que el Consejo Europeo, de acuerdo con el Estado miembro interesado decida por unanimidad prorrogar este plazo.* 4). *A los efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo o del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará en los debates del Consejo o del Consejo Europeo ni en las decisiones que le conciernan. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.* 5). *Si un Estado que se ha retirado de la Unión pide que se reúna, su solicitud estará sujeta al procedimiento a que se refiere el artículo 49”.*

particular en los organismos multilaterales, como la Organización Mundial del Comercio y las diferentes agencias de las Naciones Unidas.

Londres también anunció que su país dejará de respetar las reglas de la UE y desconocerá las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”) como autoridad reguladora en materia de relaciones comerciales³

Finalmente, el Primer Ministro británico estimó que la cooperación con los demás países europeos en materia de defensa y política extranjera no requeriría necesariamente un tratado.⁴

C. Capitalismo de partes interesadas

El capitalismo en su acepción tradicional es, según el diccionario de la Real Academia Española, un sistema económico basado en la propiedad privada de los medios de producción y en la libertad de mercado.⁵

El Foro Económico Mundial de 2020, en su 50ª edición, apostó por la elaboración de un modelo económico integrador y sostenible, que corrija los problemas que ha creado el capitalismo. Bajo la denominación de “*capitalismo de partes interesadas*”⁶, este modelo pretende ayudar a los gobiernos e instituciones internacionales a avanzar hacia el Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como facilitar el debate sobre tecnología y gobernanza empresarial.

El objetivo es desarrollar un manifiesto que reinvente el propósito y los sistemas de las compañías y gobiernos corporativos.

³ Luisa Corradini, “Boris Johnson endurece su posición con Europa tras concretar el Brexit”, *La Nación*, 3 de febrero de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/johnson-endurece-su-posicion-con-europa-tras-concretar-el-brexid-nid2329970>.

⁴ Luisa Corradini, “Comienzan los roces entre Gran Bretaña y la UE tras el Brexit”, *La Nación*, 4 de febrero de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/comienzan-los-roces-entre-gran-bretana-y-la-ue-tras-el-brexid-nid2330272>.

⁵ Disponible en sitio web: <https://dle.rae.es/capitalismo>.

⁶ Traducción propia de *Stakeholder Capitalism*.

El programa del foro se dividió en 6 áreas prioritarias: ecología, economía, tecnología, sociedad, geopolítica e industria.⁷

En términos generales, tenemos tres modelos de capitalismo para elegir: El primero es el "capitalismo de los accionistas", adoptado por la mayoría de las corporaciones occidentales, que sostiene que el objetivo principal de una corporación debe ser maximizar sus ganancias. El segundo modelo es el "capitalismo de estado", que le confía al gobierno que establezca la dirección de la economía y se ha destacado en muchos mercados emergentes, especialmente en China. Y el tercero el "capitalismo de las partes interesadas", un modelo que propuse por primera vez hace medio siglo, posiciona a las corporaciones privadas como síndicos de la sociedad y es claramente la mejor respuesta a los desafíos sociales y ambientales de hoy.⁸

D. El propósito universal de una empresa en la cuarta revolución industrial⁹

Conforme al Manifiesto de Davos y al capitalismo de partes interesadas, el propósito de una empresa es:

1.- Es involucrar a todos sus grupos de interés en la creación de valor compartido y sostenido. Al crear dicho valor, una empresa sirve no solo a sus accionistas, sino a todos sus grupos de interés: empleados, clientes, proveedores, comunidades locales y a la sociedad en general. La mejor manera de comprender y armonizar los intereses divergentes de todas las partes interesadas es a través de un compromiso compartido con las políticas y decisiones que fortalecen la prosperidad a largo plazo de una empresa.

- Una empresa atiende a sus clientes proporcionando una propuesta de valor que mejor se adapte a sus necesidades; acepta y apoya la competencia leal

⁷ Oliver Cann, "Davos 2020: World Economic Forum announces the theme", *World Economic Forum*, 17 de octubre de 2019, <https://www.weforum.org/agenda/2019/10/davos-2020-wef-world-economic-forum-theme/>.

⁸ Klaus Schwab, Fundador y Presidente Ejecutivo, Foro Económico Mundial.

⁹ Traducción propia. Klaus Schwab, "Davos Manifiesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution", *World Economic Forum*, 2 de diciembre de 2019, <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifiesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution>.

y un campo de juego nivelado; tiene cero tolerancia a la corrupción; mantiene confiable el ecosistema digital en el que opera; y hace que los clientes sean plenamente conscientes de la funcionalidad de sus productos y servicios, incluidas las implicaciones adversas o las externalidades negativas.

- Una empresa trata a su gente con dignidad y respeto; honra la diversidad y se esfuerza por mejorar continuamente las condiciones de trabajo y el bienestar de los empleados. En un mundo de cambios rápidos, una empresa fomenta el empleo continuo a través de la mejora y actualización.
- Una empresa considera a sus proveedores como verdaderos socios en la creación de valor; brinda una oportunidad justa a los nuevos participantes en el mercado; e integra el respeto por los derechos humanos en toda la cadena de suministro.
- Una empresa sirve a la sociedad en general a través de sus actividades, apoya a las comunidades en las que trabaja y paga su parte justa de los impuestos; garantiza el uso seguro, ético y eficiente de los datos; actúa como un administrador del universo ambiental y material para las generaciones futuras; protege conscientemente nuestra biosfera; y defiende una economía circular, compartida y regenerativa. Continuamente expande las fronteras del conocimiento, la innovación y la tecnología para mejorar el bienestar de las personas.
- Una empresa proporciona a sus accionistas un retorno de la inversión que tiene en cuenta los riesgos empresariales incurridos y la necesidad de innovación continua e inversiones sostenidas; y gestiona responsablemente la creación de valor a corto, mediano y largo plazo en busca de rendimientos sostenibles para los accionistas que no sacrifiquen el futuro por el presente.

2.- Una empresa es más que una unidad económica que genera riqueza, cumple con las aspiraciones humanas y sociales como parte del sistema social más amplio. El desempeño debe medirse no solo en el rendimiento para los accionistas, sino también en cómo logra sus objetivos ambientales, sociales y de buen gobierno. La remuneración ejecutiva debe reflejar la responsabilidad de los interesados.

3.- Una empresa que tiene un alcance multinacional de actividades no solo sirve a todos los interesados que están directamente involucrados, sino que actúa como una parte interesada, junto con los gobiernos y la sociedad civil de nuestro

futuro global. La ciudadanía global corporativa requiere que una compañía aproveche sus competencias básicas, su espíritu empresarial, habilidades y recursos relevantes en esfuerzos de colaboración con otras compañías y partes interesadas para mejorar el estado del mundo.¹⁰

E. Desarrollo sostenible

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, “ODS”) de la Agenda 2030 se elaboraron durante más de dos años de consultas públicas, interacción con la sociedad civil y negociaciones entre los países, implica un compromiso común y universal. La Agenda 2030 incluye un capítulo de “medios de implementación” para la financiación del desarrollo.¹¹

Teniendo en cuenta que cada país enfrenta retos específicos en su búsqueda del desarrollo sostenible, los Estados tienen soberanía plena sobre su riqueza, recursos y actividad económica, y cada uno fijará sus propias metas nacionales en consonancia con dicha Agenda.

El Rey Felipe VI durante su intervención en la Cumbre de las Naciones Unidas para la Adopción de la Agenda 2030 frente a más de un centenar de jefes de Estado y 80 jefes de Gobierno pidió a los países representados en la Asamblea General “*actuar como un solo mundo*” para hacer realidad los compromisos de la Agenda 2030 de ODS dirigidos a “*transformar el mundo en los próximos 15 años*” para “*librarlo de la pobreza extrema y del hambre que todavía hoy afligen a buena parte de la Humanidad*”.

El Objetivo N°16, consiste en “*promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.*” Es en este objetivo en donde queda enmarcado el instituto del Arbitraje, como método alternativo y pacífico de resolución de conflictos que garantiza el acceso a la

¹⁰ Klaus Schwab, “Davos Manifiesto 2020...”.

¹¹ Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba) Disponible en sitio web: https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares69d313_es.pdf.

justicia y amalgama el propósito universal de una empresa en la cuarta revolución industrial.

F. Derecho global

El derecho global es un nuevo campo del derecho¹² que presupone un abordaje jurídico diferente, que parte de la concepción iusnaturalista del derecho¹³, se ubica dentro del modelo multidimensional¹⁴, toma como presupuesto a la globalización, se enmarca en una filosofía Kantiana¹⁵ y pone como eje del sistema al hombre y ya no al Estado.

En el estado de relativa anarquía en el que se desarrolla la sociedad global, la capacidad de proponer y establecer reglas ya no se limita a los parlamentos nacionales e instituciones gubernamentales, ni siquiera a las organizaciones internacionales. No existe un sistema legal global adecuado. De hecho, no existe un monopolio sobre el poder de promulgar reglas e imponerlas a otros, ni existen reglas o procedimientos para decidir entre reglas en competencia. Se deduce que todos los actores involucrados intentan producir, respaldar y hacer cumplir por sí mismos las reglas que mejor se adaptan a ellos. Tomemos el ejemplo típico de los códigos de conducta: existen códigos establecidos por los Estados, por organizaciones internacionales (por ejemplo, el pacto mundial de la ONU), y también por empresas, ONG o incluso expertos privados. Así, la sociedad global no se caracteriza por un estado de anomia. Por el contrario, se caracteriza por un estado de lo que podríamos llamar

¹² Antonio Garrigues Walker ha promovido una cátedra de Derecho Global en el año 2003, que lleva su nombre en la Universidad de Navarra España, en línea con su defensa de principios éticos orientados al equilibrio social en todo el planeta.

¹³ Los derechos son propios de la naturaleza del ser humano y anteriores a cualquier derecho establecido.

¹⁴ Propone un punto de vista metodológico que responde a las diferentes dimensiones del mundo jurídico en una relación dinámica que considera la antropología, la sociedad y la cultura del mundo jurídico (Martínez Paz). Se aparta del modelo unidimensional de considerar solo el sistema de normas (Kelsen) y del tridimensional que considera norma, hecho y valor (Goldschmidt).

¹⁵ En su “Derecho Cosmopolita” de libre circulación de los ciudadanos por el territorio extranjero, imponiendo la hospitalidad como un deber de los Estados, reconociendo la función internacional de los sujetos.

"pannomia"¹⁶, donde las normas surgen de todas partes, promulgadas por legisladores improvisados, públicos o privados.¹⁷

En referencia a esta nueva rama del derecho y con respecto a la ley aplicable, sostiene Fernández Arroyo que los tribunales arbitrales pueden tener la libertad de determinar qué normas jurídicas son más apropiadas para un caso específico y, en particular, pueden aplicar directamente normas no estatales que sean más o menos adecuadas para resolver un problema internacional. La ley que el tribunal arbitral aplica a la disputa puede depender del acuerdo de las partes. En ausencia de tal acuerdo, la tendencia predominante actual en las reglas y actos de arbitraje es permitir que el tribunal arbitral aplique las reglas de la ley (y no la ley nacional) que considere más apropiado. Esto evidencia un Derecho Internacional Privado maduro, un sistema que desecha resultados indeseables de una decisión al azar.¹⁸

En este nuevo derecho se realiza la necesidad de la aplicación coordinada del derecho internacional público y privado bajo la perspectiva de los derechos humanos, realizando la libertad humana como base antropológica del sistema.

III. ARBITRAJE EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL

A. Arbitraje de inversión

El 5 de mayo de 2020 se firmó un acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI's) dentro de UE.¹⁹

¹⁶ La utilización del prefijo "pan" alude a totalidad.

¹⁷ Traducción propia. Benoit Frydman. "A Pragmatic Approach to Global Law", en *Private international law and global governance*, ed. Horatia Muir Watt & Diego P Fernández Arroyo (Oxford: Oxford University Press, 2014), capítulo 9.

¹⁸ Diego P. Fernández Arroyo, "Denationalising Private International Law – A Law with multiple Adjudicators and enforcers", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 20 (2018/2019), 37.

¹⁹ Firmaron: Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y España. Disponible en sitio web:

Este proceso de desvinculación es consecuencia del fallo del TJUE dictado en marzo de 2018 en el marco de la causa “*Achmea vs. Eslovaquia*”²⁰, cuyos hechos fueron los siguientes.

En el año 2004, la República de Eslovaquia decidió abrir su sistema de salud, permitiendo ingresar al mercado a proveedores privados de seguros. Es por ello que la empresa Achmea decidió establecer una filial en Eslovaquia. Dos años más tarde, en 2006, el gobierno, retractándose de sus políticas, revertió su decisión e impidió que las aseguradoras de salud privadas distribuyeran utilidades a sus accionistas²¹.

Achmea impugnó la medida por medio de un procedimiento de arbitraje contra Eslovaquia en el año 2008²² en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje y de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “CNUDMI”).

El tribunal arbitral laudó en favor de Achmea otorgándole una indemnización por daños de 22,1 millones de Euros, por considerar que se había producido una violación del TBI celebrado en 1991 entre Países Bajos, República Federal Checa y Eslovaquia, aplicable entre Países Bajos y la República Eslovaca.

Eslovaquia solicitó la anulación del laudo ante los tribunales judiciales alemanes (lugar donde se había desarrollado el arbitraje), argumentando que la

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf.

²⁰ TJUE, Gran Sala, 6 de marzo de 2018, “*Slovak Republic v. Achmea BV*”, caso C-284/16, Sentencia, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>.

²¹ Enrique Arcipreste Morales, “Caso Achmea: ¿El fin del régimen de protección de los inversionistas?”, *Derecho en Acción*, 19 de abril de 2018, <http://derechoenaccion.cide.edu/caso-achmea-el-fin-del-regimen-de-proteccion-de-los-inversionistas/>.

²² Lucia Bizikova, “The CJEU in Slovakia v Achmea or Is Justice Best Served Cold?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 11 de marzo de 2018, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/11/cjeu-slovakia-v-achmea-justice-best-served-cold/?doing_wp_cron=1597961899.2157149314880371093750.

cláusula arbitral contenida en el artículo 8 del TBI era contraria al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²³ (en adelante, “TFUE”).

El Tribunal alemán elevó como cuestión prejudicial al TJUE, la consulta por la compatibilidad de la cláusula arbitral contenida en el Artículo 8 del TBI con los Artículos 18, 267 y 334 del TFUE.

A través de la sentencia del 6 de marzo de 2018, el TJUE en el asunto 284/16, estableció en los considerandos 58 y 59 que la cláusula arbitral no era compatible con el Derecho de la Unión Europea²⁴.

El argumento en que se fundamenta gira en torno a interpretar que los artículos 267 y 344 del TFUE impiden la validez de una disposición como la del artículo 8 del TBI entre Eslovaquia y Países Bajos²⁵ dado que esta cláusula requiere que el tribunal arbitral, en el marco de la resolución de la controversia, aplique las disposiciones del tratado, el derecho internacional y la ley del Estado receptor de la inversión (prescripto por el mismo art. 8). Al ser Eslovaquia el país receptor, el tribunal arbitral al interpretar su ley podría también tener que interpretar el derecho de la Unión Europea.

Estas cuestiones hacen, de acuerdo con el TJUE, que el mecanismo de solución de controversias establecido mediante la Cláusula 8 del TBI Eslovaquia-Países Bajos pueda poner en riesgo la efectividad y uniformidad del derecho de la UE, desvaneciendo el principio de confianza mutua entre los estados miembros y la preservación del carácter propio del derecho establecido por los estados de la Unión²⁶.

²³ Disponible en sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>

²⁴ TJUE, Gran Sala, 6 de marzo de 2018, “*Slovak Republic v. Achmea BV*”, caso C-284/16, Sentencia, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>.

²⁵ Enrique Arcipreste Morales, “Caso Achmea...”.

²⁶ Cabe recordar que en la UE rige el principio de supremacía del Derecho de la Unión, principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario según el cual, en caso de contradicción entre una norma comunitaria y una norma nacional, la primera prevalecerá sobre la segunda.

Era de esperar que como consecuencia de la resolución el 15 de enero de 2019 se realizó una declaración en Bruselas por los estados miembros de la Unión, en la que plasmaron la intención de suscribir un acuerdo, que firmarían luego veintitrés estados miembros con fecha 5 de mayo de 2020, por el cual se comprometen a desvincularse de los TBI²⁷. Se calcula que son 190 TBIs los que quedarán abarcados por el Acuerdo de terminación.

B. Arbitraje y Derechos Humanos

En diciembre de 2019 se publicaron “*Las Reglas de La Haya sobre arbitraje comercial y de derechos humanos*”²⁸, que proporcionan un conjunto de reglas para el arbitraje de disputas comerciales y de derechos humanos, representan el resultado de un proyecto de más de cinco años que involucra la elaboración del concepto de arbitraje empresarial y de derechos humanos. El proyecto comenzó con la creación de un Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de Empresas y Derechos Humanos encabezado por Claes Cronstedt, Jan Eijbouts y Robert Thompson, y luego se expandió para incluir a otras personas interesadas.

El equipo de redacción celebró sesiones en el Centro para la Cooperación Jurídica Internacional (CILC) en La Haya en enero de 2018, octubre de 2018, abril de 2019 y octubre de 2019, el Grupo de Trabajo y el Equipo de Redacción crearon una Junta de Sondeo de más de 220 personas de diferentes grupos de partes interesadas, incluidas empresas, organizaciones no gubernamentales, gobiernos, organizaciones internacionales, abogados de derechos humanos, judicatura, árbitros, abogados en ejercicio, académicos y otros con experiencia en derechos humanos, arbitraje, operación de cadenas de suministro y otros temas relevantes para la elaboración de las Reglas de La Haya.

En octubre de 2018, el Equipo de Redacción lanzó una primera consulta pública sobre un Documento de Elementos, una recopilación de temas relacionados con el arbitraje de empresas y derechos humanos con una serie de preguntas

²⁷ Disponible en sitio web: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

²⁸ Disponible en sitio web: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf.

planteadas para obtener aportes. El texto final se lanzó oficialmente en una ceremonia en La Haya el 12 de diciembre de 2019.

Estas reglas proporcionan un conjunto de procedimientos para el arbitraje de disputas relacionadas con los impactos de las actividades comerciales en los derechos humanos.

En particular, el arbitraje bajo las Reglas puede proporcionar: un remedio para aquellos afectados por los impactos de las actividades comerciales en los derechos humanos, como se establece en el Pilar III de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (los "Principios Rectores de las Naciones Unidas"), sirviendo como mecanismo de reclamo consistente con el Principio 31 de los Principios Rectores de la ONU; y como un mecanismo para abordar los impactos adversos en los derechos humanos en los que están involucradas empresas, como se establece en el Pilar II y los Principios 11 y 13 de los Principios Rectores de la ONU.

Sostiene Guillermo Argerich que el problema de la exigibilidad en este tipo de arbitrajes surge de la percepción acerca de la violación de los derechos humanos en la sociedad. Juzgar la violación de los derechos humanos de un individuo ha sido tradicionalmente percibido como un asunto de los tribunales nacionales de un Estado, ya que no tiene naturaleza comercial. Por lo tanto, existe el riesgo de que la ejecución pudiera ser impugnada sobre la base de que la decisión de un tribunal privado sobre cuestiones de derechos humanos no puede resolverse mediante arbitraje de conformidad con la legislación nacional porque no es comercial o es contraria a la política pública de ese Estado (Art. V(2) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada en Nueva York en 1958²⁹; en adelante, "Convención de Nueva York" o "CNY"). El Artículo 1(2) de las reglas contiene una disposición que considera la posibilidad de la aplicación de la Convención de Nueva York. En definitiva, los redactores esperan que los tribunales nacionales aprovechen su discrecionalidad, tanto bajo la Convención de Nueva York y otras leyes que resultaran aplicables, para hacer cumplir un laudo emitido bajo las Reglas de La Haya, si los tribunales concluyen que dicho laudo

²⁹ Disponible en sitio web : <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

es compatible con los derechos humanos y cumple los requisitos para su reconocimiento y ejecución.³⁰

C. Arbitraje e inteligencia artificial

La inteligencia artificial (en adelante, “I.A”) es “*la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, para aprender de dichos datos y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas a través de la adaptación flexible*”.³¹

Podríamos distinguir dos cuestiones respecto a la I.A y el arbitraje:

1.- La primera, en el caso de arbitrajes cuya materia o arbitrabilidad objetiva se refiera a la I.A, el arbitraje se presenta como la mejor opción a la hora de resolver este tipo de controversias, en razón de la especificidad técnica a la hora de tomar decisiones. Las partes tienen la posibilidad de incluso establecer el procedimiento más adecuado a través de un arbitraje *ad hoc*, la elección de normas de *soft law* y de principios regentes de la tecnología les permitiría una solución coherente con la materia y útil en su técnica.

Por otro lado, un arbitraje deslocalizado³² sería acorde a la q-territorialidad del ciberespacio, en razón de que el ciberespacio en donde se desarrolla la I.A es un espacio inmaterial en el que no hay territorio y, por lo tanto, no podemos

³⁰ Guillermo Argerich, “*Derechos humanos y arbitraje: ¿una pareja prohibida? Lanzamiento de las Reglas de La Haya sobre Arbitraje Empresarial y de Derechos Humanos*”. *elDial.com* (5 de mayo de 2020, DC2A88).

³¹ Andreas Kaplan & Michael Haenlein, “Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence”, *Business Horizons* 62, No. 1 (2019), 15-25.

³² La teoría de la deslocalización propone un proceso que pueda realizarse en cualquier lugar del mundo, como un proceso transnacional, que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, siendo responsables éstas por su cumplimiento, suficientemente regulado por los reglamentos elegidos o adoptados por las partes con control posterior del derecho del lugar de ejecución del laudo. Alan Redfern, Martin Hunter et al., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional* (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006), 168-169. El lugar del arbitraje carecería de relevancia en el plano jurídico. Sería un “arbitraje libre” y produciría un “laudo libre”. Philippe Fouchard, *L’Arbitrage Commercial International* (Paris: Dalloz, 1965), 22-27.

hablar de jurisdicción, no existe allí la posibilidad de aplicar y ejecutar derecho en términos tradicionales³³.

2.- La segunda es el arbitraje llevado a cabo por I.A que reemplace a los árbitros, esta segunda opción se vincula al tema de administración de justicia por I.A que es una cuestión que está en marcha e inexorablemente será una realidad en algunos años, tanto en la jurisdicción judicial como en la arbitral.

La generación de conocimiento, ya sea doctrina o jurisprudencia a su alrededor, va a depender de la perspectiva del operador jurídico que la interprete. Así podrá ser mirada con un prisma pesimista que parta del miedo a ser reemplazado por obsoleto o de un prisma optimista que tome a la tecnología como un trampolín o una herramienta de avance tecnológico que nos permita trabajar en un escenario que de no haber sido por la tecnología se presentaría en 200 o 300 años.

Ambas perspectivas ya están presentes en la actualidad ya que el miedo a ser reemplazado por ser obsoleto es común al ser humano ante nuevas generaciones, cambios legales, etc. Y el optimismo ante lo nuevo también es consustancial y se presenta por ejemplo ante una nueva oportunidad laboral, un desafío intelectual, un debate oral o una conferencia magistral.

D. Arbitraje en línea

Respecto del arbitraje en línea, cabe distinguir a los fines de este trabajo dos tipos de arbitraje.

1- Arbitraje propio del comercio electrónico: Un arbitraje en línea que deriva de una controversia suscitada en un contrato electrónico perfeccionado a través de un servidor en línea con cláusula arbitral.

2- Arbitraje que por voluntad de las partes se lleva a cabo en línea: un arbitraje que deriva de un contrato documentado en soporte papel tradicional en el que se produce una controversia que por voluntad de las partes debe ser resuelta por

³³ La ciberseguridad está concebida para el lugar en el que se produzcan las consecuencias jurídicas de un ciberdelito, pero no para regular jurídicamente el ciberespacio.

arbitraje y que por distintas razones (incluida una pandemia) las mismas deciden resolverlo en línea.

Con fines de orientación al respecto La CNUDMI emitió “*Notas técnicas para la resolución de controversias en línea*” (“Notas Técnicas”), el propósito de las notas técnicas es fomentar el desarrollo de la resolución de disputas en línea y ayudar a los administradores, plataformas y a las partes en los procedimientos de resolución de conflictos en línea.

Las Notas Técnicas son un documento descriptivo, no pretenden ser exhaustivas o exclusivas, no imponen ningún requisito vinculante para las partes o cualquier persona o entidad y no implica ninguna modificación a cualquier regla que las partes hayan seleccionado.

Sí establecen que el procedimiento se deberá llevar a cabo con transparencia, independencia, profesionalismo y consentimiento.

A inicios de julio de 2020 un grupo de trabajo compuesto por equipos de los despachos Ashurst, CMS, DLA Piper, Latham & Watkins, Herbert Smith Freehills y Hogan Lovells lanzó un “*Borrador de Protocolo de gestión de casos online*” diseñado para ser flexible en todas las jurisdicciones, para arbitrajes internacionales³⁴ a los fines de ser sometido a una consulta más amplia hasta el 31 de agosto de 2020.

El objetivo es ayudar a todas las partes intervinientes en un arbitraje, dirigido a partes, abogados, árbitros, instituciones u organizaciones arbitrales y otras partes interesadas a desarrollar procedimientos eficientes y seguros al usar plataformas de gestión de arbitrajes en línea.

Algunos de los objetivos enumerados son: Apoyar los esfuerzos de las instituciones arbitrales para integrar la gestión de casos online en sus sistemas, procesos internos de gestión de documentos y sus reglamentos. Identificar el espectro de plataformas de gestión de casos disponibles para su uso en arbitraje. Y orientación práctica para el uso de una plataforma mediante la identificación

³⁴ Disponible en sitio web: <https://protocol.techinarbitration.com/p/1>

de características y funcionalidades que los participantes arbitrales deben considerar al evaluarla³⁵.

E. Ejecución del laudo

El laudo en línea deberá cumplir con las exigencias establecidas en la Convención de Nueva York para los países ratificantes de la misma.

El artículo IV de la CNY prescribe que para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral se requiere presentar junto con la demanda el original debidamente autenticado o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Suponiendo que la mayoría de los Estados hayan adoptado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005)³⁶ la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno (2001)³⁷ y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2007)³⁸.

En principio, no debería haber problema en la emisión de un laudo electrónico. Este podría cumplir con los requisitos de autenticación ya sea por su impresión y legalización posterior o por aplicación de la Convención de la Haya de 1961 que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros³⁹, considerando al laudo arbitral como un documento público

³⁵ CIAR Global, “Se lanza el Protocolo de gestión online de arbitrajes internacionales”, *CIAR Global*, 22 de julio de 2020, <https://ciarglobal.com/se-lanza-el-protocolo-de-gestion-online-de-arbitrajes-internacionales/>.

³⁶ Disponible en sitio web: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications.

³⁷ Disponible en sitio web: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>.

³⁸ Disponible en sitio web: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf.

³⁹ El presente Convenio se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el

extranjero por su naturaleza jurisdiccional⁴⁰ y por hacer cosa juzgada material. Incluso ya hay países que cuentan con un sistema de apostillado a distancia, que permite la apostilla de documentos electrónicos.⁴¹

En los términos de la Convención de Nueva York en 1958 la obligación fundamental que se impone a los Estados parte es reconocer el carácter vinculante de todas las sentencias arbitrales contempladas en la Convención y ejecutarlas, si se les pide que lo hagan, conforme a la *lex fori*. Cuando la Convención de Nueva York no estipula ningún requisito al respecto, cada Estado parte decidirá las reglas de procedimiento que proceda seguir.

Con esa finalidad y conforme al Art. III de la CNY, cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Y el Art. IV del mismo plexo normativo establece que el requirente deberá presentar, junto con la demanda:

territorio de otro Estado contratante. Se considerarán como documentos públicos en el sentido del presente Convenio: a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial.

⁴⁰ «...aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos...». Del voto del ministro Augusto César Belluscio, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 31/05/1999, in re Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos 322:1100.

⁴¹ Disponible en sitio web :
<https://www.cancilleria.gob.ar/es/servicios/servicios/apostilla-legalizacion-documento-publico-electronico-tad?fbclid=IwAR2Tsvz4m3OBBsJdAn1YLBLLKCW2qXP8S56rWjez-CsJFo9QQVaZzQmg20E#tad5>

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.

Por lo tanto, estas convenciones internacionales servirían de marco normativo para lograr la eficacia de un laudo arbitral extranjero y virtual.

IV. CONCLUSIÓN

En este nuevo orden mundial que ya se venía gestando y se aceleró por la pandemia del COVID-19 las reacciones ante los cambios se están materializando, el contexto impuso el cambio y modificó las necesidades humanas tradicionales. Hoy se requiere eficacia en los actos sin presencia física.

La Globalización 4.0 ya no considera suficiente la interconectividad; hoy mira al individuo destinatario de ella y la satisfacción que esa conexión presta a sus necesidades. El Brexit como política aislacionista marca el punto de quiebre en la crisis de la globalización y en la desatención del ciudadano como destinatario de políticas regionales. El Capitalismo de partes interesadas se alinea con esta mirada dirigida a las necesidades del destinatario del bien, sentando una línea más colaborativa en el sistema capitalista. El propósito universal de la empresa en la cuarta revolución industrial sienta la voluntad de cumplir con esa línea más humanizada y los ODS terminan de sellar el compromiso global de asumir una línea que dirija la actividad pública y privada más respetuosa de las diferencias y necesidades humanas. El Derecho Global viene a explicar jurídicamente la posibilidad de pensar y vivir en común, flexibilizando conceptos como jurisdicción y soberanía, brindando un punto de partida para reformular la teoría del Estado, la función jurisdiccional y legislativa teniendo en cuenta que nos enfrentamos a necesidades de 2020 aplicando conceptos y la filosofía del derecho de 1748.

En ese escenario de buenas intenciones que considera al hombre libre y autosuficiente para determinarse social y jurídicamente se presenta el arbitraje en sus variantes “modernas”.

Respecto al arbitraje de inversión post COVID-19 y “Achmea”, es necesario revisar la necesidad de los tratados bilaterales para acceder a la jurisdicción arbitral pactada y la posibilidad de pactar internacionalmente o extender la voluntad de arbitrar del Estado como una práctica en la que los Estados cumplan sus compromisos sin acudir a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, inmunidad que alegan como defensa ante el incumplimiento pero que no consideran como impedimento al momento de contratar o negociar.

El arbitraje de derechos humanos como expresión de la libre determinación del ser humano se presenta como base antropológica de cualquier derecho que nos regule.

El arbitraje y la inteligencia artificial se plantea como un trampolín que nos lleva a un espacio sin jurisdicción y nos pone en un espacio que jamás imaginamos en el cual los conceptos que teníamos no nos sirven y tenemos que aprender a que el buen derecho no es el que prevé sino el que se adapta.

Y el arbitraje en línea que nos permite asistir a una audiencia desde la playa o desde casa con garantías de eficacia.

En esta trama, me permito pensar que, como hombres y mujeres del arbitraje en el nuevo orden mundial, no necesitaremos un reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, sino que lo cumpliremos voluntariamente, porque nos hemos comprometido a ello por medio de una cláusula o compromiso arbitral y queremos resolver nuestros conflictos, ya que consideramos al conflicto como un punto de crisis propio del crecimiento, confiando en que una vez superado lo que sigue es una expansión o avance en el ámbito material en el que se presentó el conflicto.

Cláusulas Arbitrales y Flexibilidad de Formalización: Las Consecuencias del COVID-19 Conllevan a la Era Digital del Arbitraje

Lidia Andrea Vaca Nazrala *

Resumen- Este artículo analiza la inevitable posición en la que se deja al arbitraje en los tiempos del COVID-19 en el mundo. Para no retardar la celebración de cualquier negocio jurídico y dentro de ellos las cláusulas arbitrales, estos tendrán que ser celebrados a través de medios electrónicos. Esta tendencia suele ser rechazada por la arcaica posición de falta de consentimiento expreso. Si bien en Latinoamérica existen ciertas normativas arbitrales domésticas que permiten el consentimiento a las cláusulas arbitrales por estos medios, tienden a ser rechazados por su falta de validez formal y eficacia; e incluso, impugnados por violar el orden público. En este sentido, en el artículo se concluye que esta es una situación que ya no puede ser ignorada. Los negocios jurídicos y cláusulas arbitrales se tendrán que celebrar por estos nuevos medios, y su validez ha de dejar de ser cuestionada.

Abstract- This article analyzes the inevitable position arbitration is left in the time of COVID-19 in the world. In order not to delay legal transactions and within these, arbitration clauses, they will have to be held by electronic communications. This tendency is usually rejected by the archaic posture of lack of express consent. There are certain arbitration laws in Latin America that allow electronic consent to arbitration clauses, nevertheless, these are usually

* Estudiante de cuarto año de la carrera de derecho en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. Miembro de su equipo de arbitraje y participante en competencias de arbitraje a nivel nacional e internacional. Correo: liaviacan@gmail.com

rejected, due to their lack of formal validity and effectiveness; even, challenged for violating public policy. In this regard, the article concludes that this is a situation that can no longer be ignored. Legal transactions, as arbitration commitments, would have to be formalized by these new means, and stop being questioned for their electronic validity.

I. INTRODUCCIÓN	23
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE	24
III. NUEVAS MANERAS DE CELEBRAR NEGOCIOS JURÍDICOS Y CLÁUSULAS ARBITRALES	27
IV. ADOPCIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN DISTINTOS ÁMBITOS DEL ARBITRAJE.....	29
V. PROBLEMÁTICA CON EL ORDEN PÚBLICO	34
VI. CONCLUSIÓN.....	36

I. INTRODUCCIÓN

Cada etapa histórica se ha dividido por la distinción de las necesidades. Así como se dio la revolución agrícola, la revolución industrial y la revolución digital, nos encontramos ante la revolución del COVID-19. Esta fue subestimada desde el primer comunicado emitido por China, sobre el nuevo virus. Ha arrastrado consigo todo a su paso, dejando al mundo estático. Pero el movimiento es vida, por lo cual se debe seguir adelante adaptándose a la realidad y creando nuevas estrategias.

Nos encontramos en un momento crucial de la humanidad, momento de tomar decisiones sobre preguntas que se venían haciendo desde hace tiempo. El uso de las nuevas tecnologías ya no es una opción, sino una obligación. La crisis sanitaria ha demostrado que el mundo se tiene que digitalizar para no estancarse. Aplicándose en todos los medios y ámbitos, en especial en el ámbito del derecho.

Las relaciones no funcionan sin la adaptación del derecho. Ante la falta y lagunas en las disposiciones, se crea el caos en la toma de decisiones. Estando dentro de estas, las disposiciones arbitrales.

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, caracterizado por sus flexibilidad, rapidez y eficacia. Al contrario de la jurisdicción ordinaria, en donde el proceso suele prolongarse y es regido en todos sus aspectos por terceros, sin tomarse en cuenta la voluntad de las partes. Teniendo el arbitraje esta virtud, el proceso será de las primeras instituciones en acoplarse más rápido al cambio. Incluso, la libertad de las partes y árbitros en el proceso incrementará, ya que en ellos recaerá la toma de decisiones. Desde la suspensión de proyectos pendientes, audiencias, careos, etc., todo se basará en lo que deciden las partes, por la misma característica que su voluntad es la piedra angular del arbitraje.

Es el momento de demostrar las virtudes del procedimiento, con mira a conseguir incrementación en su demanda. Pero, con nuevos personajes en el mundo arbitral, no solo se tiene que flexibilizar el proceso, sino lo que le antecede. Se debe flexibilizar desde la misma constitución de las cláusulas arbitrales, en las distintas maneras de expresar el consentimiento. No todo podrá continuar recayendo sobre la firma presencial entre las partes.

Estas son cuestiones que pueden ser arregladas con la actualización de los mismos reglamentos arbitrales. Así también, para prever la situación en que una de las partes se negara a estas disposiciones por la supuesta falta de seguridad jurídica en el proceso. Consecuentemente, acudiendo a los tribunales ordinarios protestando por la tutela judicial efectiva sobre sus derechos de acceso a la justicia y debido proceso.

Aquí es donde ingresa el principio de *in favor arbitrandum*. La misma excepción a la regla, siempre en favor del arbitraje, pudiéndose entender en la inquestionable adaptación para la prevalencia del proceso.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE

Para poder adentrar en un análisis sobre una distinta manera de celebrar negocios jurídicos y consentir cláusulas arbitrales, es primordial distinguir qué

es lo que las conforma: el consentimiento de las partes. Por esto, es fundamental examinar en donde nace el mismo consentimiento.

El consentimiento es tan viejo como la historia. Se ha encontrado presente desde el hombre de las cavernas, en donde para que otra persona pueda unirse a su clan, se necesitaba del consentimiento del jefe. Este, podía darse desde un simple asentimiento o un simple gruñido, que daba a entender su aprobación. Así, con la creación del lenguaje y escritura, el consentimiento fue evolucionando en distintas maneras de expresarlo. Se encuentra documentado desde la simple aprobación mediante la palabra; un intercambio de regalos; sellos personales en cera; hasta un apretón de manos y más conciso, con la creación de la tinta: la firma.¹

Así también, de la misma evolución del derecho, el arbitraje surgió de manera esporádica². Desde antecedentes en la antigua Roma, en donde el *Pater Familias* trataba de conciliar entre miembros de la familia. Hecho el cual conllevó en la libertad de las partes para la designación de un tercero para pronunciarse sobre la problemática³. Mediante este acto de atribución de competencias, fue en donde se evidenció el consentimiento libre de las partes. El consentimiento siempre ha sido la base de todo acto entre personas, así como siempre ha existido el problema de si este fue expresado explícita o implícitamente.

¹ Una de las manifestaciones del consentimiento genérico más antiguas del mundo, que se tiene data, se encuentra estipulada en la Biblia. Si, la Biblia. En Éxodo 19.5-8 en donde Yahveh comunica a los israelitas, mediante Moisés, si aceptan el pacto de fe para con él, en donde todos exclaman su voluntad.

En cambio, por el intercambio de regalos, la creación del “trueque” en los pactos de compraventa o de servicios, por el intercambio de bienes preciados por cada parte. Así también, como los sellos en las cartas de los mismos romanos para mandarle mensajes al mismísimo Cesar.

² Alfredo Bullard, “Jurassic Park – El Retorno de los Dinosaurios Arbitrales”, *Revista Legal Express* VI, No. 68 (2006).

³ Freixas Pujadas, “Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho Romano”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, N° 27 (1980), 163.

Bajo palabras de William Park: “*Como un romance consumado, el arbitraje está basado en el consentimiento*”⁴, constituyéndose como piedra angular para la misma conformación y validez de las cláusulas arbitrales, de las cuales es dependiente la competencia de los árbitros. No existe un arbitraje sin previa voluntad de las partes para someterse. Por esto, el consentimiento tiene que ser indubitable, fehaciente y veraz.

Fue así que, mediante la formalización del compromiso arbitral, se crearon las cláusulas arbitrales contractuales. Sin embargo, en un principio esta fue considerada como inválida y consecuentemente nula⁵, hasta el Protocolo de Ginebra relativo a las cláusulas de arbitraje de 24 de septiembre de 1923, exclusivamente válido en materia comercial. Pero, de la misma manera en la que se mueve el mundo y el derecho, las cláusulas arbitrales adquirieron protección. Principalmente por parte de los Estados e instituciones, formando parte de la costumbre internacional. Cada uno siendo libre de como regularla y qué materias son arbitrales.

De esta manera, el recorrido histórico nos lleva a la actualidad. La nueva manera de expresar el consentimiento en el arbitraje mediante medios electrónicos. Si bien en un principio la misma existencia de la cláusula arbitral era rechazada, con el tiempo fue aceptada e incorporada en la mayoría de los contratos. Así también, la nueva manera de su formalización. Siempre y cuando no deje lugar a duda sobre el compromiso de las partes en someterse. Así como la posición histórica que ha dejado el COVID-19, para la rápida flexibilización en las normativas nacionales e internacionales para incorporar a esta práctica dentro de la formalización de la cláusula.

⁴ William Park. “Non-signatories and International Contacts: An Arbitrator’s Dilemma”, en *Multiple Party Actions in International Arbitration*, ed. Belinda Macmahon (Oxford: Oxford University Press, 2009), 1.

⁵ A modo de ejemplo se encuentra: *L’Alliance c. Prunier*, Caso del diez de julio de 1843, la Corte Suprema francesa declaró el arbitraje solo podía pactarse para controversias presentes, por lo cual era nula la cláusula arbitral en donde las partes pactaban llevar a arbitraje a cualquier futura controversia.

III. NUEVAS MANERAS DE CELEBRAR NEGOCIOS JURÍDICOS Y CLÁUSULAS ARBITRALES

Con la detonación de la Revolución Digital a mitad del siglo XX y consigo el nacimiento del internet, los negocios jurídicos se fueron flexibilizando y entablando de distintas nuevas maneras. Así también, la adopción de las cláusulas arbitrales dentro de sus disposiciones.

Hoy en día, no ha incrementado la aceptación de celebración de estos negocios jurídicos mediante comunicaciones electrónicas, ni por parte de los tribunales ordinarios, como de los tribunales arbitrales. Debido a la presente falta del requisito de formalización. A pesar de ello, jurisconsultos internacionales opinan, al contrario. Existiendo gran variedad de convenios internacionales, reglamentos y legislaciones domésticas que incorporan a los medios electrónicos como medios fehacientes para celebrarlo.

Empero, en materia arbitral, prevalece la problemática de impugnación de laudos por ir contra el orden público. Cuya anulación es entendida como procedente por los tribunales ordinarios por la inseguridad jurídica del internet y consecuentemente, el peligro de un vicio del consentimiento.

Sin embargo, por la situación que ha dejado a la humanidad la pandemia del COVID-19, es momento de reconsiderar esta posición. Esta ha hecho que el derecho se digitalice más rápido que el viajar de la luz para la misma protección de la persona. En palabras más simples, la desburocratización de la ley es insoslayable, y así la digitalización del arbitraje.

Mientras que la demanda del arbitraje, como medio idóneo para la solución de controversia, fue incrementando en su mayoría por negocios entre privados extranjeros, los tribunales ordinarios le fueron imponiendo limitaciones. Sobre todo, cuando estos fueran celebrados mediante medios electrónicos.

Ante estas situaciones, se reiteraba la problemática en que si el consentimiento de las partes es fehaciente o viciado en los convenios arbitrales. Consecuentemente, la duda sobre la competencia del tribunal arbitral, ya que

esta emana de la voluntad de las partes en la cláusula arbitral⁶. Entonces, ante la alegación de un vicio de consentimiento, ¿Es competente el tribunal arbitral? Esta cuestión fue y es resuelta, en parte, mediante la aplicación del principio *Competence-Competence*⁷, por el cual los árbitros deciden sobre su propia competencia. Fue así que, esta línea de pensamiento empezó a ser incorporada no solo en los reglamentos arbitrales, sino en las mismas normativas domésticas. No obstante, estableciendo el tribunal su competencia sobre la disputa, la validez y eficacia de la cláusula, es probable que posteriormente el laudo emitido sea sometido a un proceso de impugnación.

Debido a esta común situación, es por la cual se debe realizar una flexibilización en el arbitraje, siendo elemental que los Estados regulen las normativas domésticas para el resguardo de estos medios. O al menos, los tribunales ordinarios acepten la procedencia de estos medios. Ir en contra de la necesidad de desburocratización del proceso, que la crisis de salud ha dejado en vela al mundo arbitral, es negarle un acceso rápido a la justicia a las personas.

Además, la desburocratización del arbitraje y de todo el proceso judicial, atraerá a empresas extranjeras, interesadas en invertir en los Estados, por la facilidad y beneficios que pueden contraer. Con la digitalización de estos medios, muchos inversionistas optaran por conocer ese nuevo mercado extranjero y así formar más y más contratos internacionales.

También es puesto en tela de juicio que estos medios se han suspendido o adaptado para la misma protección de las personas. Es remarcable como se tuvo que llegar al punto en que la simple exigencia presencial de alguien, que estaba impedido, pudo haber puesto en riesgo su vida y la de otros. Como también, se ha tenido que tomar en consideración el rol presencial de los administradores del proceso. Esto no ha sido solo un llamado de atención para la justicia ordinaria, sino la de las mismas partes, en cómo actuar ante este tipo de

⁶ Roque Caivano, “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, *Derecho y Ciencias Sociales - Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP*, No. 13 (2015), 23.

⁷ Francisco González De Cossío, “El principio competence-competence, revisitado”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, No. 2007 (2007), 63-84.

exigencias, desde las notificaciones de presentación de pruebas hasta el desarrollo de las mismas audiencias.

Es así que, veremos cómo es que distintos ámbitos del derecho han incorporado estos cambios en el procedimiento arbitral.

IV. ADOPCIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN DISTINTOS ÁMBITOS DEL ARBITRAJE

Ante cualquier cambio, se deben analizar los efectos que surgirán de él, ya sean para un bien común, como para mal. Desde hace bastantes lunas, los reglamentos internacionales comerciales han incorporado a los medios electrónicos como válidos para la formalización de las cláusulas arbitrales, cuestiones procedimentales y medios para expresar el consentimiento. Ya sea entre las más frecuentes, las disposiciones de la CCI, CNUDMI, CPA, CIAC, etc.; así como entre ciertas convenciones o cuerpos normativos⁸. A modo de ejemplo:

La Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, con las reformas del 2016, en su Art. 7. 4), reconoce la procedencia de la cláusula arbitral formalizada si consta en una comunicación electrónica, “*si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta*”. Ese es el verdadero propósito de esta flexibilización, que proceden mientras se cuente con la garantía de su respaldo⁹. Así también,

⁸Ahora, ante la crisis sanitaria, la CCI emitió un nuevo boletín recomendando que las partes y los tribunales discutan sobre las medidas a tomar. En base a la elaboración de un protocolo cibernético, para la regulación de la privacidad de datos del proceso y lo que se necesite para la garantizar la de seguridad jurídica de las partes. *ICC Guidance Note on Possible Measures Amid at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic* (2020).

⁹ Esta misma modalidad ha sido aceptada por otros textos de alcance internacional. Dentro de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York, 2005): en su Art. 9.2, reza: “*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*”.

sobre cuestiones procesales, el reglamento de la ICC de 2017, en su Art. 3, 2), acepta las diligencias procesales por estos medios.

La adopción de estos medios beneficia al procedimiento arbitral, aplicando los principios de celeridad y economía procesal para su agilización. Empero, viendo la otra cara de la moneda, los medios electrónicos suelen ser inseguros y no garantizan al 100% la eficacia de estas comunicaciones.

La razón por la que muchos deciden no optar por estos medios electrónicos en el arbitraje es por la falta de seguridad jurídica y fiabilidad del internet. Incluso, la confidencialidad. Así como la web fue creada para su uso sencillo y eficaz de toda persona, también puede ser *hackeada* sencilla y eficazmente. Es ahí en donde tampoco se garantiza la confidencialidad de las comunicaciones.

Por estos motivos, en mi país, Bolivia, estos medios no suelen ser adoptados fácilmente. Si bien la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje estipula que el convenio arbitral debe constar en un soporte físico, *electrónico* o cualquier otro en donde se demuestre la constancia de las partes para que estos sean procedentes. De todos modos, deben ser notariados. Así también, dentro de los marcos de ley del Código de Comercio que rigen sobre la constitución de las sociedades comerciales, se debe incluir una cláusula arbitral. Ya sea dentro de un contrato o en una constitución de una sociedad, debe constar la voluntad expresa de las partes dentro del protocolo notarial. Por esto, tener la simple voluntad de las partes en un correo, por así decirlo, no es suficiente para demostrar su veracidad.

¿Qué pasaría si una comunicación quedó perdida en el mundo del ciberespacio? Si una de las partes envió un correo con pruebas, comunicaciones, incluso, la cláusula arbitral y la otra parte no lo recibió. Se tiene la prueba de quien la mandó, pero no de quien no la recibió. Inclusive, si una comunicación fue enviada erróneamente a un tercero desinteresado y este tiene la libertad de poder manipular esa información como le plazca. Esta clase de situaciones vuelve a las personas reacias por optar estas medidas, ya que, así como existen problemas en los trámites presenciales, es mucho más fácil evitar esta clase de situaciones.

Estas son las razones por la cual siempre se tiene que analizar ambas caras de la misma moneda. Al encontrar sus puntos débiles, se tiene la mayor probabilidad del éxito para arreglarlos. Con el desarrollo de un software seguro,

en donde se pueda navegar tranquilamente durante el proceso y toda prueba se encuentre segura, es el punto de partida para “*upgrade it*”.

Aquí incluso se crea un nuevo rol en el procedimiento, la persona quien controle estos portales y sea la encargada de su mantenimiento y facilidad en el uso. Se continuarán manteniendo todos los personajes de las instituciones administradores con nuevas piezas en el tablero¹⁰, se podría hasta entender como un secretario arbitral a cargo de estas cuestiones electrónicas al servicio de las partes y árbitros.

Por otro lado, es menester analizar la adopción de estas medidas en los arbitrajes de inversiones¹¹. Desde sus mismos requisitos se diferencian con los arbitrajes

¹⁰ Al respecto a estas nuevas piezas en el arbitraje, el Dr. Gary Born emitió una carta pública sobre la adaptación de la SIAC (*Singapore Arbitration Court*) en los procesos arbitrales durante la pandemia. En donde se está designando a un grupo en específico de abogados en la Secretaría de la corte y estos serán capacitados como es especialistas en tecnología remota e introduciendo un *Live Help Desk* en el *website* de la SIAC para facilitar el contacto con la secretaria del centro durante la suspensión de actividades presenciales, acorde a las medidas del COVID-19 (2020). Traducción propia del original: “*We are also designating and training a number of counsel in the Secretariat as Remote Technology Specialists and introducing a Live Help Desk feature on the SIAC website for ease of contacting the SIAC Secretariat during the period of workplace closure in accordance with applicable COVID-19 measures. Should you have any additional queries or require direct communication with the Secretariat, a member of the SIAC Secretariat is available to respond in real time during business hours*”.

¹¹ En cuanto al caso del arbitraje de inversiones, las medidas en los procesos han sido más severos debido a que una de las partes es un Estado. Se concuerda en artículos respecto al arbitraje de inversiones en los tiempos del COVID-19 que la pandemia será un justificativo para los privados como para los Estados. Esta suspensión del proceso se dará si existe como causal de excepción por fuerza mayor estipulada, como la interferencia del velar por los Derechos Humanos y la salud pública, el proceso no pudo seguir su curso. Y, por último, bajo la doctrina de los poderes policiales, los Estados tuvieron que actuar exclusivamente en proteger a sus naciones, controlando el contagio masivo del virus y el cuidado de la salud pública. Ver: Ahmed Bakry. “The COVID-19 Crisis and Investment Arbitration: A Reflection From the Developing Countries”, *Kluwer Arbitration Blog*, 21 de abril de 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/21/the-covid-19-crisis-and-investment-arbitration-a-reflection-from-the-developing-countries/?doing_wp_cron=1598015961.4552841186523437500000.

comerciales, ya que es una condición *sine qua non* la existencia de un Tratado Bilateral de Inversiones (*BIT*) en donde se encuentre el compromiso arbitral.

Muchos Estados podrían argumentar que es inaceptable su formación y aceptación de estos *BITs* dentro de medios electrónicos. Incluso, ante esta falta de formalidad acostumbrada, proponer estas nuevas disposiciones puede que estén prohibidas por la misma constitución y/o leyes de los Estados. Sin embargo, es una cuestión que debe ser tomada en consideración. Es común que este tipo de arbitrajes tengan una duración mucho más larga que un comercial, a pesar que no sean permitidas las demandas reconventionales. Al tratarse de Entidades Públicas, son mucho más cuidadosos porque velan por el beneficio público. Pero, si la discusión se tratara sobre los beneficios públicos, sería de gran utilidad la incorporación de estos medios en el procedimiento.

Esta es una posición que debe ser tomada en cuenta, individualmente por cada Estado. Son disposiciones que tienen que ir en armonía con sus normativas nacionales, puesto que estas mismas disposiciones en los tratados podrían ser anuladas, por ir en contra del orden público.

Por otro lado, analizando distintos tipos de casos, existen unos en donde la cláusula arbitral se encuentra incorporada en un mensaje de datos, específicamente, en los de la aceptación de términos y condiciones o términos de uso (T&C) de una página web. Por ejemplo, en el caso de la página web Wayfair Inc. y de Uber, se deben aceptar sus T&C para poder navegar en ellos. Los usuarios en su gran mayoría no dan su completa lectura a estos términos, por lo que estas disposiciones son desconocidas por ellos. ¿Podrá un simple *clic* aceptar este gran compromiso?

Un caso de la vida real es el de *Gorny c. Wayfair Inc*¹². El demandante fue un consumidor de la página en la cual, al ingresar por primera vez, aceptó los T&C

¹² A modo de ejemplo: *Gorny v. Wayfair, Inc. Et al* Caso Nro. 1:18-cv-08259, sometido ante la Corte de Distrito Norte de Illinois, de los Estados Unidos en 2019, se remitió a lo expuesto en el caso *Hubbert v. Dell Corp.*, 359 Ill. App. 976, 835 NE2d 112 (2005): “La pregunta general es, considerando todas las circunstancias, si “una persona razonable sería notificada de que había términos y condiciones vinculados a la compra y si sería prudente averiguar cuáles eran los términos y condiciones antes

para navegar en ella. Así también, los aceptó nuevamente al finalizar con una compra en el sitio web. En el marco del juicio, los tribunales de distrito de Illinois, Estados Unidos, decidieron darle fin al caso por falta de competencia. Estableciendo cumplir con lo acordado por la cláusula arbitral, llevar la controversia ante tribunales arbitrales.

Es exactamente por este tipo de casos extraordinarios que se pone en tela de juicio si estas cláusulas arbitrales fueron verdaderamente consentidas o no. Incluso, estas situaciones están siendo incorporadas en las competencias de arbitraje para ver el punto de vista de los futuros practicantes y como los juzgan los árbitros. En la versión del 2019 de la Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la UBA y la universidad del Rosario, se planteó el caso en que parecía que se “consintió” a la cláusula arbitral y otras disposiciones, mediante conversaciones en un *chat*, en donde la única respuesta fue un emoticón de un pulgar hacia arriba.

Aunque estas situaciones suenen burlescas, es inverosímil la cantidad de negocios jurídicos que cada día se formalizan de esa manera. Si en la justicia ordinaria se están presentando día a día chats impresos notariados como pruebas documentales ¿se darán estas situaciones en los procedimientos arbitrales?¹³.

de realizar una compra...”. Traducción propia del original: “The overarching question is, considering all of the circumstances, whether “a reasonable person would be placed on notice that there were terms and conditions attached to the purchase and that it would be wise to find out what the terms and conditions were before making a purchase”.

El tribunal interpretó que este tipo de acuerdos de navegación pueden ser ejecutable en ciertas circunstancias. Es decir, se interpretó a favor de la empresa ya que esta expuso reiteradas veces los términos de uso al usuario, e incluso se encontraban disponibles en la página web. Empero, vale recalcar que esta interpretación fue procedente por las disposiciones normativas sobre los principios contractuales del Estado de Massachusetts.

¹³ Al respecto, las conversaciones en los chats están empezando a ser pruebas importantes en los procesos, incluido en el arbitraje. Las reglas de la IBA sobre la toma de evidencias en el arbitraje internacional, no limitan a estos mensajes instantáneos como medios aislados. Se entienden dentro de los que son los medios electrónicos, así como los mensajes en las redes sociales. Sin embargo, la aplicación de estas dependerá del juicio de cada árbitro, así como las normativas de los Estados en donde se lleve el

Por el momento no se cuenta con un precedente arbitral para dar una respuesta, esto dependerá del análisis de cada árbitro y de cada parte¹⁴. Tendrá mucha influencia como se acostumbre juzgar en su jurisdicción territorial y prever que estas decisiones no sean anuladas por ir contra el orden público.

V. PROBLEMÁTICA CON EL ORDEN PÚBLICO

Con el pasar del tiempo, el concepto de orden público muta incesantemente, debido a que varía de tiempo en tiempo y de lugar en lugar¹⁵. Se le puede atribuir un efecto camaleónico, ya que el concepto variará según las normas internas entre un Estado y otro; de la misma manera, los hechos que signifiquen una ofensa a él¹⁶.

A pesar de que estas nuevas formalidades se vuelven cada vez más comunes, en realidad se encuentran previstas, implícitamente, desde hace décadas en cuerpos

arbitraje lo permitan. Ver: Claire Morel De Westgaver, “WhatsApp-missible: are social media messages discoverable and admissible in international arbitration?”, *Practical Law Arbitration Blog*, 9 de enero de 2020, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/whatsapp-missible-are-social-media-messages-discoverable-and-admissible-in-international-arbitration/>.

¹⁴ Juan Carlos Marín Gonzales, “El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional”, *Revista de Derecho Universidad Austral* XXIV, No. 1 (2011), 117-131.

¹⁵ A modo de ejemplo: En el caso *Abrahamsson v. Fogelqvist*, causa n. 407/98 del 28 marzo 2000, la Corte Europea de Justicia se definió a la violación del orden público como “... una violación manifiesta del estado de un derecho considerado esencial en el orden legal del Estado en el que se busca la aplicación o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico ”.

¹⁶ A modo de ejemplo: *Societe Bomar Oil N.V. v ETAP (1993)*, la Corte de Casación de Francia, en el Caso nro. 91-15.194, interpretó restrictivamente el art. II. 2 de la CNY, en donde las partes se comprometieron a reconocer un acuerdo por escrito en virtud del cual ellas se comprometieron a someter al arbitraje todas o cualquiera de las diferencias surgidas. Sin embargo, dicho acuerdo no estaba incluido en el contrato principal, por lo cual, la corte francesa fallo en que el arbitraje no se podría llevar a cabo por la insuficiencia de la prueba formal del consentimiento de las partes. En otro sentido, en una recomendación del 7 de Julio del 2006 de la CNUDMI, relativa a la interpretación del art II de la CNY, recomienda que se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, estando a favor de una interpretación actualizada.

normativos internacionales aceptados por la comunidad. La Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, en su Art. II.2, reza:

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.

Esta disposición es muy importante para la ejecución de laudos internacionales, en visto que la convención ha sido ratificada y es aplicable en muchísimos Estados. Así también, ha sido analizada bajo un enfoque actual sobre cómo se interpreta el acuerdo por escrito *per se*. Ya sea como, el canje de cartas interpretándose como un intercambio de correos. A pesar de ello, los tribunales arbitrales lo han interpretado restrictivamente por el riesgo de la impugnación de los laudos.

A pesar del acoso de varios Estados a esta convención y disposiciones, esos laudos suelen ser impugnados por ir contra el orden público. Situación que debido a la crisis del COVID-19, nace la necesidad inmediata para que los Estados adapten sus normativas. Asimismo, es necesario persuadir a los juristas en aceptar el uso y validez de estas medidas. Si no, ¿dónde va a terminar la eficacia de los arbitrajes? ¿Cuál sería el sentido de suscribir cláusulas arbitrales digitales, si todo el tiempo que se invierte y pase en ese procedimiento arbitral, va a ser impugnado y anulado?

También hay que distinguir las complicaciones que conlleva adoptar estos medios. Muchos consideran a estos arreglos como el camino retroactivo hacia la parcialidad procesal, no solo desde el consentir de la cláusula arbitral, sino el consentir a fases del procedimiento. En donde ante el mínimo vicio de cualquiera de estas dos, se constituyen como causales nulidad de laudos. Incluso, es considerado como una violación al derecho fundamental del debido proceso y puede ser sometido a una demanda de Amparo Constitucional en distintos Estados.

Ahora, un nuevo problema del que todavía no se tiene un antecedente exacto es: la incertidumbre ante la falta seguridad jurídica y rapidez del internet. Puede sonar hasta absurdo, pero cuando se trata del caso en que una notificación llegó tarde o una parte, por cualquier razón, no recibió un documento del mismo

contrato o del procedimiento, nace un vicio en la presunción de conocimiento. Realmente, que es más veraz sobre la constancia de las partes que mediante la firma. Esta es una pregunta que será reiteradamente planteada de ahora en adelante y ser respondida en el sentido más amplio.

En fin, tratar de entender en cómo se reaccionará ante el orden público es como tratar con un caballo indomable, que una vez se logra montar, no se sabe dónde te llevará¹⁷.

VI. CONCLUSIÓN

Por todo lo desarrollado, queda en manos del lector preguntarse, qué otros aspectos podrán digitalizarse y si se atreverá en adoptarlos. Se pueden hacer muchos cuerpos investigativos sobre la funcionalidad de estos medios, sin embargo, el futuro de estas disposiciones depende de las decisiones que tomen los actores. Convirtiéndose estas prácticas de uso cada vez más frecuente.

Si bien la pandemia del COVID-19 ha posicionado a toda la sociedad en una encrucijada, estas medidas deben ser incorporadas e impulsadas. Si no, ¿cuál sería el propósito de continuar con algo que se consideraría nulo? No es solo el provecho que puede tener la institución arbitral, mediante la flexibilización de disposiciones, sino los mismos Estados. Ya que esta vía de solución de controversias es muy cotizada en contratos internacionales.

De esta manera, la decisión recae en los practicantes de la materia. Ya sean los árbitros, las partes, o incluso los jueces ordinarios; para sentar una línea jurisprudencial sobre la admisión de estos medios electrónicos. Como también, proponer reformas a los reglamentos del procedimiento, reglamentos de los centros administrativos y las normativas arbitrales domésticas en los Estados que los necesiten.

En mi país, Bolivia, la ejecución de un laudo internacional es muy complicada. Incluso, más compleja la ejecución de un laudo de reglamento internacional, ya que estos suelen ser en el mayor de los casos impugnados.

¹⁷ Opinión del tribunal sobre el orden público en el caso *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing 229. In the court of common pleas, and other courts, England.

A pesar lo que disponga la norma, continúa la costumbre de consentirlas presencialmente, para no dejar lugar a duda sobre la indubitable voluntad de las partes.

Ante la exposición de distintos criterios de instituciones y fallos de distintos países, estos son de nacionalidad europea o norteamericana, cuyas normativas son más avanzadas. Por esto, estas prácticas tienen que ser adoptadas por los jurisconsultos y Estados en Latinoamérica. Así fomentando su uso en la práctica, para que se vuelvan parte de la costumbre internacional y una fuente del derecho.

La Implementación de Tecnología en un Estado de Emergencia

Renato Sebastiani León Mazza*

Resumen- Los sistemas operativos, van a ser de gran ayuda en la vida cotidiana de las personas y serán imprescindibles en los medios de resolución de conflictos. Es de vital importancia adaptarse a las innovaciones tecnológicas.

Abstract- Operating systems are going to be of great help in people's daily lives and will be essential in the means of conflict resolution, it is of vital importance for technological innovations.

I. INTRODUCCIÓN	39
II. TECNOLOGÍA.....	39
III. PERCEPCIÓN	42
A. FUNDAMENTAR DECISIONES	43
B. RESGUARDO DE CONFIDENCIALIDAD.....	44
IV. LEGALIDAD	44
V. REALIDAD	46
VI. CONCLUSIONES.....	48

* Renato Sebastiani León Mazza, estudiante de Derecho, Universidad Cesar Vallejo – Filial Chimbote, residente en Perú. Presidente Fundador del Observatorio “Abya Yala”, correo electrónico: leonmazzarenato@hotmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis provocada por la pandemia del Covid-19 ha dado lugar a medidas excepcionales en varios países. En Latinoamérica han declarado la emergencia sanitaria conjuntamente con el estado de emergencia para evitar la expansión de esta enfermedad.

El contener la pandemia incluye detener la economía de un estado, y es que un estado de emergencia permite a las autoridades imponer restricciones de movimientos en territorio nacional y prohibición de entrada en el país, implicando la suspensión de las diferentes actividades empresariales e industriales, salvo las permitidas de forma excepcional, afectando a la práctica arbitral, presentando retos para los árbitros.

En esta temporada de crisis, la tecnología permite generar ideas innovadoras y la aplicación de dichas tecnologías, hace algunos años, los principales centros de arbitraje, ya hacen uso de estas tecnologías, desde lo básico (notificación vía correo electrónico) hasta las audiencias arbitrales comerciales y contrataciones estatales (con la implementación de video-conferencias) usándose la tecnología como una herramienta, y es entorno a la autonomía de las partes, que pueden fijar en el convenio arbitral, reglas generales del uso de tecnologías para el funcionamiento del arbitraje virtual.

II. TECNOLOGÍA

El impacto que genera el Covid-19, en los países de Latinoamérica, tiene una característica peculiar, y es el paro económico que genera, para contener la pandemia del Covid-19, un tercio de la población mundial vive actualmente bajo medidas de aislamiento.

La actual pandemia no se compara a su antecesora la H1N1, puesto que no paralizó la economía de los estados, porque su nivel de contagio era leve y el actual muy alto. Implicando que los países tengan que recurrir a un estado de excepción siendo de emergencia, los Gobiernos lo declaran en situaciones especiales en la cual se puede restringir el ejercicio de derechos fundamentales.

Teniendo las ideas anteriores; la edad moderna con sus características y sus ventajas; es menester del presente artículo, abarcar los avances científicos, que

tienen como fin “ayudar a la humanidad” o hacer de una forma, más fácil las tareas. Un ejemplo básico es “la evolución de los medios de comunicación” siendo de apoyo el transmitir documentos, y el realizar video conferencias.

La evolución de nueva tecnología es de vital importancia para realizar un trabajo más eficiente y eficaz, siendo los sistemas operativos, el impacto más grande ante las grandes empresas y en algunos países que la implementan.

Con referencia a lo anterior, se genera la siguiente pregunta ¿Qué es la Inteligencia Artificial?, es la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano, observándose futurista y misteriosa, sin embargo, está presente en muchas áreas.

Como es de esperar, existe un enfrentamiento entre los enfoques centrados en los humanos y los centrados en torno a la racionalidad. El enfoque centrado en el comportamiento humano debe ser una ciencia empírica, que incluya hipótesis y confirmaciones mediante experimentos. El enfoque racional implica una combinación de matemáticas e ingeniería. Cada grupo al mismo tiempo ha ignorado y ha ayudado al otro¹.

1. Enfoque centrado en el comportamiento humano:

1.1 Sistemas que piensan como humanos: El nuevo y excitante esfuerzo de hacer que los computadores piensen... máquinas con mentes, en el más amplio sentido literal². “*La automatización de actividades que vinculamos con procesos de pensamiento humano, actividades como la toma de decisiones, resolución de problemas, aprendizaje...*”³

¹ Stuart Russell y Peter Norvig, *Inteligencia Artificial: Un Enfoque Moderno* (Madrid: Pearson Educación, 2008), 2.

² John Haugeland, *Artificial Intelligence: The Very Idea*, (Massachusetts: MIT Press, 1985).

³ Richard Bellman, *Dynamic Programming*, (New Jersey: Princeton University Press, 1957).

1.2 Sistemas que actúan como humanos: El arte de desarrollar máquinas con capacidad para realizar funciones que cuando son realizadas por personas requieren de inteligencia⁴. El estudio de cómo lograr que los computadores realicen tareas que, por el momento, los humanos hacen mejor⁵.

2. Enfoque racional:

2.1 Sistemas que piensan racionalmente: El estudio de las facultades mentales mediante el uso de modelos computacionales⁶. El estudio de los cálculos que hacen posible percibir, razonar y actuar⁷.

2.2 Sistemas que actúan racionalmente: La Inteligencia Computacional es el estudio del diseño de agentes inteligentes⁸. “*IA... está relacionada con conductas inteligentes en artefactos*”⁹.

Conviene aclarar, que al distinguir entre comportamiento humano y racional no se está sugiriendo que los humanos son necesariamente “irracionales” en el sentido de “inestabilidad emocional” o “desequilibrio mental”. Basta con darnos cuenta de que no somos perfectos: no todos somos maestros de ajedrez, incluso aquellos que conocemos todas las reglas del ajedrez; y desafortunadamente, no todos obtenemos un sobresaliente en un examen.

En ese mismo sentido, la tecnología realizó “grandes cambios, grandes avances”, entorno a los sistemas operativos, generando que, dichos sistemas

⁴ Ray Kurzweil, *The Age of Intelligent Machines*, (Massachusetts: MIT Press, 1990).

⁵ Elaine Rich y Kevin Knight, *Artificial Intelligence*, (New York: McGraw-Hill, 1991).

⁶ Eugene Charniak y Drew McDermott, *Introduction to Artificial Intelligence*, (Massachusetts: Addison-Wesley, 1985).

⁷ Patrick Winston, *Learning structural descriptions from examples*, (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1970).

⁸ David Poole, Alan Mackworth & Randy Goebel, *Computational intelligence: A logical approach* (Reino Unido: Oxford University Press, 1998).

⁹ Nils Nilsson, *Artificial Intelligence: A New Synthesis*, (California: Morgan Kaufmann, 1998).

operativos aprendan y se comportan como humanos, realicen actividades como la toma de decisiones, el resolver un problema y aprender de ellas, un ejemplo las redes neuronales artificiales, también la tecnología con los sistemas del IA, se intentan emular el pensamiento lógico racional de los humanos, logrando percibir, razonar entorno a un fin.

Dispute Resolution Data en el año 2017 recibió el premio “*Best innovation by an individual or organisation*” otorgado por el *Global Arbitration Review*, otro novedoso programa es Judge Analytics, que se encarga de proveer acceso a investigación jurídica asistida por computadora, para Estados Unidos de América. Otra plataforma similar, pero en el ámbito arbitral es Arbitrator Intelligence, este sistema operativo produce reportes con datos relevantes sobre una pluralidad de árbitros.

La compañía eBrevia en conjunto con la Universidad de Columbia, desarrolló un sistema que ofrece analizar contratos y acelerar diligencias mediante un software que analiza el lenguaje contractual, identificar patrones o anomalías en sus términos y asegurar que no falte elementos claves.

Un avance innovador es el programa lanzado por la empresa Luminance, que lee y entiende contratos y otros documentos legales en cualquier idioma, sin necesidad de recibir instrucciones; este avance tecnológico es de suma importancia, generando el impacto en la inteligencia artificial, ya que el IA es un sistema en el cual el programa aprende.

III. PERCEPCIÓN

Para definir percepción humanista, es la forma única que tiene el ser humano de percibir las cosas, cualidad inherente que toda persona tiene. Esta cualidad, es única en las personas, tener un punto de vista, una opinión propia.

La inteligencia artificial, es una tecnología que aprende, pero, no podría dar una percepción, una opinión propia, más si, pudiera servir como apoyo fundamental, para la base de recolección de datos.

La autonomía de la voluntad se desprende a favor de las entidades del Estado, mientras que la autonomía de los particulares únicamente se refiere a la facultad que tienen los administrados de ser regulados.

Y es que el arbitraje se somete al principio de autonomía de la voluntad de las partes, a someter su disputa al conocimiento de un árbitro, ahora, si ambas partes desean el uso de tecnología (sistemas operativos, software, inteligencia artificial), se podría disponer e incluso se podría variar, temas resueltos por humanos por la percepción humanista y otras por la tecnología por su rapidez.

Sin embargo, actualmente, existen importantes obstáculos en pleno 2020, que se deben superar para llegar a implementar de forma efectiva una inteligencia artificial tales como “fundamentar sus decisiones” y “resguardo de confidencialidad”.

A. Fundamentar decisiones

Los tiempos cambian, actualmente los seres humanos tenemos la capacidad de poder fundamentar una decisión, de una forma jurídica, como es sabido por la comunidad jurídica, toda decisión debe ser bien fundamentada, esta cualidad única que tenemos los seres humanos, dejaría de ser única, si es que se perfecciona la inteligencia artificial, ya que “los sistemas de Inteligencia Artificial, no son capaces de explicar sus propias decisiones lógicamente y en un lenguaje comprensible para un humano promedio”.¹⁰

Esto representa un problema fundamental que debe ser superado para hacer posible el arbitraje automatizado con sede en un estado determinado, pues frecuentemente se exige que los laudos estén debidamente razonados y fundamentados por escrito¹¹.

La explicación de la decisión es necesaria e imprescindible en la resolución de un conflicto, sin la destreza, la inteligencia artificial arbitral iría contra un debido proceso, resultando en la nulidad absoluta e inejecutabilidad de la decisión.

La capacidad para superar este obstáculo podría esconderse detrás del desarrollo y perfeccionamiento de la tecnología de IA llamada “automatización de

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

documentos”, que es capaz de redactar documentos legales utilizando modelos basados en reglas y árboles de decisión¹².

Pero, resulta preocupante, el riesgo que se da por los sistemas informáticos, ya que podría ser afectada por los hackers, obteniendo acceso no autorizado a un sistema de cómputo y logrando afectar el funcionamiento de los IA, generando parcializar a favor de un particular, puesto que los arbitrajes que usaran los sistemas IA, serian arbitrajes internacionales, en los cuales se discuten intereses millonarios.

Los problemas de corrupción e imparcialidad, no solo se dan en la esfera estatal, también en la esfera arbitral, ya que desde los inicios mismos del arbitraje y hasta la actualidad seguirán, aunque sea una modalidad informática; hay que ser prevenidos.

B. Resguardo de confidencialidad

Los sistemas, para su funcionamiento y desarrollo, necesitan el monitoreo de humanos, dicho en otras palabras, personas externas al proceso, generando un peligro para el laudo arbitral, por lo que implica riesgo en la confidencialidad.

Este es un obstáculo fácil de superar, pues, tal y como lo propone Vannieuwenhuyse, bastaría con firmar un acuerdo de confidencialidad con cualquier persona que intervenga en el proceso. Esta ha sido la práctica con otras personas que intervienen en la administración de un arbitraje¹³.

IV. LEGALIDAD

En el presente punto, la primicia general será “lo no prohibido está permitido”, por el principio de legalidad, ya que, en ninguna constitución o convención, realiza una prohibición sobre la implementación de la tecnología (inteligencia artificial, software, sistemas operativos), como mecanismo en la cual

¹² Paul Stothard, Matthew Plaistowe & Cara Dowling, “Jargon Buster: Legal Technology”, *Norton Rose Fulbright International Arbitration Report 9* (2017), 20.

¹³ Édgar Méndez, “Panorama actual y futuro de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional: implementaciones, obstáculos y consideraciones jurídicas”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional. Edición Número 8, Semestre I* (2018).

intervengan como parte del proceso arbitral, pero dicho principio, se debe delimitar, con la realidad.

Ya que, cuando se realizaron la mayoría de constituciones, convenios, etc.; no se tenía en mente el cambio que podría generar la tecnología, pero estaba en boca de la comunidad internacional sobre “las generaciones de derechos humanos”, de una forma somera abordaremos “primera, segunda, cuarta y quinta generación”, la primera generación implica los derechos civiles y políticos, los de segunda generación constituye los derechos económicos, sociales y culturales, la tercera generación, generados tras la Segunda Guerra Mundial, esta generación implica el proceso social, elevar el nivel de vida de los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional, en la cuarta generación ya no implicaría la atribución a seres humanos, atribuible a los animales no humanos; y la quinta generación implica a las maquinas, robots, inteligencia artificial, la quinta generación de derechos humanos, implica que no solo será estrictamente a humanos, esta se expandiría e iría a las maquinas, haciendo alusión los robots, s,

En las diferentes legislaciones de arbitraje internacional, no está expresado el uso de programas informáticos como designación de árbitros, las premisas anteriores, sobre “no se contemplaba esta posibilidad”, sin embargo, la evolución tecnológica, podría llegar a realizar estos cambios, en la que los árbitros ya no serían humanos, serían sistemas informáticos complejos o serían parte fundamental para una resolución de controversias.

En algunas legislaciones, no se expresa la definición de árbitro, es indeterminada, dejando en interpretación, que un árbitro sería aquellos con la capacidad de ejercerla, dando paso a la inteligencia artificial arbitral, en otras legislaciones esta expresado que sea una persona, dejando en evidencia que no se podría adoptar la inteligencia artificial arbitral, pero sí se podría adoptar los sistemas informáticos como una herramienta indispensable para agilizar el proceso y reducir costos.

Entre las leyes de arbitraje internacional que no delimitan la definición de árbitro, se encuentran la chilena, la colombiana, la costarricense y la mexicana. De esta misma manera, se comporta la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje

Comercial Internacional, la cual, con o sin modificaciones, forma parte de la legislación vigente de más de ochenta estados y un total de ciento once jurisdicciones¹⁴. Los anteriores textos normativos, dejan la posibilidad de la implementación de una inteligencia artificial arbitral, ya que no limitan quien puede ser árbitro.

Por el contrario, legislación de arbitraje internacional en países como Perú, Brasil y Ecuador sí exigen que los árbitros sean personas o les requieren tener capacidad de actuar. En principio, esto descarta la posibilidad de nombrar un árbitro robot, que, según legislación vigente, no cumple con tales requisitos.¹⁵

Es importante, tener presente la libertad contractual, ya que ambas partes en un arbitraje ejecutaran los acuerdos que realicen, estipulándose la resolución de una controversia a partir de los sistemas informáticos.

V. REALIDAD

Como se ha comentado, la era digital apoya al ser humano, y estamos lejos de tener sistemas operativos que ocupen por completo los laudos arbitrales, de misma manera con la inteligencia artificial. Se debe tener presente, que de igual manera por la voluntad de las partes se podría integrar estas herramientas para agilizar y realizar un trabajo más eficiente; ya que el arbitraje se caracteriza por la pérdida de formalidad en búsqueda de mayor eficacia respecto a las necesidades de las partes¹⁶, y el desenvolvimiento en el proceso, que las partes acordaron¹⁷.

Y una cualidad importante, es la designación de árbitros, que no podrían ser IA, ya que los árbitros son designados por su experiencia; los árbitros

¹⁴ Ídem, 20.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Fernando Cantuarias Salaverry, “La Convención de Nueva York de 1985 y la Ley Modelo Uncitral”, *Themis. Revista de Derecho*, No. 21 (1992).

¹⁷ José Carlos Taboada, “Para ti nada es suficiente. Propuesta para la correcta revisión de la motivación en el recurso de anulación”, *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*, Vol. 68 (2019).

especializados respecto a asuntos técnicos o jurídicos de la materia controversial, genera una mayor eficacia en el proceso¹⁸.

Una IA, no podría realizar conductas humanas, entorno a la empatía o el cambio de opiniones entre árbitros, mientras que, un árbitro realiza una función que trasciende más allá de la inteligencia intelectual que posee, el árbitro busca un plano emocional que pueda originar un ambiente favorable en el proceso, ya que deben realizar interacciones con las partes y sus coárbitros¹⁹; demostrando que la tecnología no puede ocupar el puesto de árbitro, aun cuando en algunas legislaciones dan oportunidad a ello.

Otro factor importante es la argumentación en el derecho, que no debe ser entendida como una forma de realidad científica que copia su modelo de racionalidad y de certeza, sino, por el contrario, llegar a un análisis donde se determine que existe un control de la razón sobre los argumentos que son elaborados²⁰, buscando generar que las construcciones de decisiones vayan acompañadas de estándares de lógica, así como de una adecuada justificación de argumentos²¹.

En el Perú la Ley de Arbitraje, ha exigido la motivación dentro del laudo arbitral; sin embargo, también permite que se pueda omitir la misma por voluntad de las partes²², cabe señalar que la argumentación en vía judicial no es de persuasión, es de justificación, ya que esta es su principal motivación²³.

El Tribunal Constitucional de Perú, ha señalado que, la constitución no desarrollo una extensión necesaria dentro de las sentencias para que éstas se encuentren motivadas, por lo que sólo exige una fundamentación jurídica que

¹⁸ Carlos Matheus López, “La selección del árbitro”, *Anuario de Justicia Alternativa*. No. 10 (2010).

¹⁹ Taboada, “Para ti...”.

²⁰ Yezid Carillo de la Rosa, “Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico”, *Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley* (2009).

²¹ Edwin Figueroa, “El derecho a la debida motivación: pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas”, *Gaceta Jurídica, Lima* (2014).

²² Taboada, J., “Para ti...”.

²³ Manuel Atienza, *El derecho como argumentación* (Barcelona: Ariel Derecho, 2006).

tenga congruencia y exprese una justificación de la decisión adoptada sin importar si ésta es breve o concisa²⁴.

Un sistema operativo o IA, no podría interpretar normas, ya que no se encuentra evolucionado para tales trabajos; siendo imprescindible la labor de interpretar las normas, porque no se encarga a personas que no posean conocimientos especializados en la materia, el arbitraje no se encuentra exonerado de esta aplicación puesto que los árbitros son expertos en la materia que interpretarán las normas para solucionar la controversia a partir de sus conocimientos, otro punto, es la interpretación o la visión en los hechos del caso, y como se motivan.

VI. CONCLUSIONES

La implementación de la tecnología es imprescindible para el desarrollo arbitral, en épocas de estado de emergencia, como la que se vive en Latinoamérica, para que el ingreso económico fluya en cierta forma, sin paralizar por completo a los árbitros.

No obstante, la exigencia de árbitros humanos siempre o hasta el momento, será necesario; ya que, un árbitro aparte de poder contradecir o decir su opinión, es una persona con experiencia en el área que genera un entorno amigable para que el proceso arbitral fluya.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Exp N°03495-2010-PHC/TC. *Caso Ytalo Edgar Loza Capatinta* (noviembre 2010).

Inteligencia Artificial y el Arbitraje Internacional: Un Cruce Necesario

Jorge Bogarin Azuaga*

Resumen- El presente ensayo se enfoca principalmente en los avances tecnológicos de la inteligencia artificial y su implementación dentro del procedimiento arbitral. Hasta ahora, pocos son los ejemplos de la aplicación concreta de las distintas modalidades de inteligencia artificial en el marco de un procedimiento arbitral. Sin embargo, esto no impide formular determinadas hipótesis sobre su uso, análisis, limitaciones y riesgos.

Abstract- This essay focuses mainly on the technological advances of Artificial Intelligence and its implementation within the arbitration procedure. So far, few are the examples of the concrete application of the different modalities of Artificial Intelligence in an arbitration proceeding. However, this does not prevent the formulation of hypotheses about its use, analysis, limitations, and risks.

I. INTRODUCCIÓN	50
II. NOCIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL	51
III. USO DE <i>SOFTWARES</i> INTELIGENTES	52
IV. SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO HUMANO POR ÁRBITRO ROBOT	53
V. LAS IMPLICANCIAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL CON RELACIÓN A LA CONVENCION DE NUEVA YORK	56
VI. LÍMITES Y RIESGOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL	57

* Miembro de Arbitraje Alumni: jenriquebogarin@gmail.com.

VII. CONSIDERACIONES FINALES 58**I. INTRODUCCIÓN**

Los avances tecnológicos alcanzados por la ciencia influyen en la vida cotidiana de los seres humanos y, sobre todo, modifican muchas de nuestras prácticas comunes. El arbitraje internacional no es ajeno a ello, al contrario, es influenciado de gran manera. La tecnología no solo desempeña un rol importante dentro del procedimiento arbitral, sino que determina, en gran medida, la eficiencia y eficacia de este.

Por ello, la comunidad internacional de arbitraje debe estar dispuesta a incorporar ciertos avances tecnológicos que podrían incrementar el nivel y la calidad del servicio ofrecido a los usuarios. En otras palabras, los avances tecnológicos no deberían sorprender a nuestra comunidad, al contrario, deberían encontrarla preparada y receptiva a la innovación. En este sentido, la encuesta realizada por la QMUL (2018) reveló que el 78% de los encuestados consideran que la inteligencia artificial (análisis de datos, programas inteligentes para revisión de documentos) debe utilizarse con mayor frecuencia en el arbitraje internacional¹.

Entre los usos que podría tener la inteligencia artificial en el procedimiento arbitral están: la designación de árbitros, traducción de documentos, investigación de argumentos legales, organización de documentos, estimaciones de costos y hasta redacción de ciertas secciones estándar de laudos arbitrales (antecedentes del caso)².

¹ Queen Mary University of London/White, *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* (2018), accedido el 10 de Julio, 2020, [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF).

² Maxi Scherer, “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?”, in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International; Kluwer Law International, Volume 36 Issue 5 (2019): 539 – 574.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes tienen la potestad de acordar cómo será conducido el procedimiento arbitral. Por lo que, si estas optan por la utilización de inteligencia artificial en el procedimiento arbitral, en principio, no existirían impedimentos con relación a tal disposición. En tal sentido, el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI señala que una cláusula arbitral que disponga la utilización de inteligencia artificial en el marco del procedimiento arbitral sería plenamente válida y vinculante.

II. NOCIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En términos sencillos, la inteligencia artificial (IA) se entiende como un medio tecnológico para emplear *software* y sistemas de procesamiento de datos; se procesan y analizan en gran cantidad, utilizando algoritmos que permitan que el *software* aprenda a medida que sea utilizado³.

Por su parte, el Diccionario de Oxford define a la inteligencia artificial como: *“La teoría y el desarrollo de programas de computación capaces de realizar tareas que normalmente requieren de inteligencia humana, como la percepción visual, reconocimiento de voz, toma de decisiones y traducción de idiomas”*⁴.

La inteligencia artificial tiene dos propósitos: por un lado, el tecnológico que consiste en el uso de computadoras para concretar distintas labores. Por el otro, el propósito científico que consiste en utilizar conceptos y modelos propios de la inteligencia artificial para responder preguntas acerca de los seres humanos y otros organismos vivos⁵.

³ K. Paisley/E. Sussman, “Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration”, *NYSBA NY Dispute Resolution Lawyer*, N° 1 (2018): 35.

⁴ Oxford Living Dictionaries, accedido el 28 de Julio, 2020, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence.

⁵ Margaret A. Boden, “Artificial Intelligence: A Very Short Introduction”, *Oxford University Press* (2018).

Hoy, el uso principal que se le da a la inteligencia artificial en el arbitraje internacional consiste en revisar gran cantidad de microdatos arbitrales digitales pertenecientes a las partes y a sus abogados. A fin de determinar la relevancia al caso de estos para luego presentarlos de una manera más efectiva⁶.

III. USO DE *SOFTWARES* INTELIGENTES

Como ha sido mencionado, la inteligencia artificial representa innumerables beneficios para el almacenamiento, procesamiento e intercambio de datos. Actualmente, son varios los programas utilizados para el procesamiento de datos en el marco de un procedimiento arbitral. Entre ellos pueden citarse: *Arbitrator Intelligence*, *eBrevia*, *Dispute Resolution Data*, *Analytics*, entre otros⁷.

Por ejemplo, *Arbitrator Intelligence* recopila datos de los árbitros relacionada a su profesionalismo, experiencia y toma de decisión; y los pone a disposición de las partes a fin de que estas puedan nombrar árbitros de acuerdo con sus intereses y estrategia legal⁸. La recopilación es realizada a través de un cuestionario disponible en la página oficial de *Arbitrator Intelligence*.

De manera similar, el *Global Arbitration Review Arbitrator Research Tool* (GAR ART) provee a los usuarios información sobre los árbitros, incluyendo sus preferencias procesales, prácticas, los nombres de los abogados ante los cuales han actuado como árbitros y los árbitros con quienes han compartido tribunal⁹.

Un ejemplo innovador constituye la aplicación desarrollada por el grupo de trabajo sobre daños de la ICCA¹⁰ en cooperación con la ASIL¹¹ presentada en el Congreso del ICCA en Sídney (2018). Disponible para los usuarios de manera

⁶ Ut supra no. 3.

⁷ Édgar E. Méndez Zamora, La inteligencia artificial en el arbitraje internacional, *Lex Latin* (2019).

⁸ Catherine A. Rogers, “Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments”, *New York Dispute Resolution Lawyer*. Volume 11 No. 2 (2018).

⁹ Ut supra n. 3.

¹⁰ Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial.

¹¹ Sociedad Americana de Leyes Internacionales.

gratuita. La función de la aplicación consiste en proveer a los árbitros y abogados una guía acerca de los conceptos esenciales y diversas técnicas para tener en cuenta al momento de determinar los daños¹². Cabe destacar que no realiza cálculos de daños.

Por otro lado, debe mencionarse que fueron creados distintos programas que asisten en el proceso de resolución de conflictos. Por ejemplo, *SmartSettle* es un sistema electrónico de negociación que utiliza algoritmos de optimización patentados para arribar a una resolución justa y eficiente. Dicho sistema asiste a las partes de una controversia con relación a determinadas cuestiones y genera posibles acuerdos basados en las preferencias de estas¹³.

También existe Modria: un programa de resolución online de disputas utilizados por eBay y PayPal, el cual procesa aproximadamente 60 millones de casos por año. Las etapas del proceso que ofrece son: a) diagnóstico de la cuestión disputada, a través de la tecnología; b) facilitar una negociación online entre las partes; c) proporcionar acceso a un mediador, en caso de ser necesario; e) referir el caso para su evaluación final¹⁴.

IV. SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO HUMANO POR ÁRBITRO ROBOT

La sustitución de árbitros humanos por **árbitros robot** implicaría diversos beneficios con relación a los costos, al margen de error en la toma de decisiones e incluso la rapidez de resolución de la disputa. Sin embargo, también existirían diversos aspectos que complicarían de cierto modo su implementación. No solo aspectos relacionados al proceso de razonamiento realizado para la toma de decisiones legales, sino que además a lo dispuesto por la legislación aplicable, tanto internacional como nacional.

¹² Megan Turchi, “The Future of International Arbitration May Not Be AI, thinkset”, accedido el 20 de Julio, 2020, <https://thinksetmag.com/issue-7/ai-may-not-be-the-future-of-international-arbitration>.

¹³ Página oficial de SmartSettle, accedido el 25 de Julio de 2020, <https://www.smartsettle.com/about-us>.

¹⁴ Página oficial de Modria, accedido el 20 de Julio de 2020, <https://www.tylertech.com/Portals/0/OpenContent/Files/4080/Modria-Brochure.pdf>.

La utilización de un robot fue implementada en el marco de la resolución de disputas legales. Específicamente, por la Superintendencia de Sociedades de Colombia para la resolución de litigios societarios. Los juzgados implementaron la asistencia del robot *Siarelis*¹⁵ para asistir al juez en casos de disputas societarias. La asistencia consiste en: “*Una serie de preguntas al juez y a su equipo sobre los hechos del caso por resolver y automáticamente les da su opinión (...) además les muestra las sentencias más relevantes de casos similares en el pasado*”.¹⁶

No obstante, debe analizarse si la sustitución de árbitros humanos por **árbitros robot** es permitida tanto por la legislación internacional arbitral como por la nacional. Al respecto, cabe mencionar que la Ley Modelo de la CNUDMI no contiene disposiciones expresas acerca de que el árbitro deba ser humano. De hecho, la definición de un acuerdo arbitral según el artículo 7 de esta ley permitiría que las partes opten por la utilización de la inteligencia artificial en el marco de un arbitraje¹⁷.

Por otro lado, se encuentran los detractores de la implementación de **árbitros robot** que alegan que la Ley Modelo de manera indirecta establece como requisito que los árbitros sean humanos. Se basan en el artículo 11 de la mencionada ley, que dispone con relación al nombramiento de los árbitros, lo siguiente: “*La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro*” (las negritas son propias). Del mismo modo, el artículo 12 inciso 1 dispone que: “*La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia*” (las negritas son propias).

¹⁵ Sistema con bases de Inteligencia Artificial para la Resolución de Litigios Societarios.

¹⁶ Supersociedades, el primer juzgado de América Latina en contar con un robot asistente, Superintendencia de Sociedades, accedido el 21 de Julio de 2020, <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2018/Supersociedades-el-primer-juzgado-de-Am%C3%A9rica-Latina-en-contar-con-un-robot-asistente.aspx>.

¹⁷ Carlos Matheus López, “Tecnología y Arbitraje Internacional en Tiempos del Coronavirus”, CIAR GLOBAL, accedido el 26 de Julio de 2020, <https://ciarglobal.com/tecnologia-y-arbitraje-internacional-en-tiempos-del-coronavirus/>.

También existen algunas leyes nacionales de arbitraje que prohíben que un robot sea nombrado árbitro. Un ejemplo de ello es el Código Procesal Civil de Francia que determina en su artículo 1450 que solo una persona natural teniendo la plena capacidad para ejercer sus derechos puede actuar como árbitro. En igual sentido, se pronuncian las legislaciones arbitrales de Perú, Brasil y Ecuador, ya que prescriben la conformación del tribunal arbitral por personas físicas¹⁸.

Otro problema consistiría en la nacionalidad de los **árbitros robot**. En caso de contar con una máquina como árbitro existirían ciertos inconvenientes para conocer la nacionalidad de esta. Por lo que, deberían establecerse ciertas pautas a seguir para determinar la nacionalidad o prescindir de dicho requisito para el nombramiento de un árbitro.

Igualmente, debería tenerse en cuenta lo relativo a la seguridad de la información considerada confidencial en el marco de un procedimiento arbitral. Puesto que, los robots serían susceptibles a ataques cibernéticos, lo cual comprometería la integridad del proceso arbitral. Hoy, se encuentra a disposición de los usuarios el Protocolo de Ciberseguridad en el arbitraje internacional¹⁹. En este se provee un marco legal para guiar a los tribunales, partes e instituciones arbitrales con relación a las medidas de seguridad recomendables para implementar en el intercambio, almacenamiento y procesamiento de información utilizando medios tecnológicos. No obstante, dicho protocolo no hace mención expresa a la utilización de la inteligencia artificial en el procedimiento arbitral.

Como se ha demostrado, la sustitución del árbitro humano tiene varios argumentos en contra, lo cual provoca que tenga unos cuantos detractores. Sin embargo, la asistencia y el apoyo a la labor del árbitro con inteligencia artificial

¹⁸ Édgar E. Méndez Zamora, “La inteligencia artificial en el arbitraje internacional”, *Lex Latin*, accedido el 9 de julio de 2019, <https://lexlatin.com/opinion/la-inteligencia-artificial-en-el-arbitraje-internacional>.

¹⁹ CCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020 Edition), *New York Arbitration Week Special Printing*, accedido el 14 de Julio de 2020, https://www.arbitration-icca.org/media/14/76788479244143/icca-nyc_bar-cpr_cybersecurity_protocol_for_international_arbitration_-_print_version.pdf

recibe mayor aceptación por la comunidad internacional, que en lugar de optar por la completa sustitución, se trabaje en colaboración.

Algunas maneras en las que la inteligencia artificial puede ser utilizada como apoyo a la labor del árbitro son²⁰:

- a- Investigando y resumiendo la legislación aplicable.
- b- Procesando y analizando las presentaciones de las partes.
- c- Comparando y contrastando la decisión del tribunal con la decisión obtenida a través de la inteligencia artificial.

V. LAS IMPLICANCIAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL CON RELACIÓN A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En materia del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras la Convención de Nueva York (CNY) de 1958 constituye el instrumento internacional vigente que determina el marco legal aplicable. La implementación de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional tendría implicancias con relación a la conformación del tribunal arbitral y determinados aspectos formales del laudo arbitral. Es necesario analizar dichas implicancias y determinar si afectarían negativamente el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

En este sentido, debe mencionarse que la Convención de Nueva York contempla que un tribunal puede ser una corporación o entidad legal y no necesariamente una persona o personas²¹. Tal disposición se encuentra contemplada en el artículo I inciso 2, el cual prescribe que: “*La expresión «sentencia arbitral» no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos*

²⁰ Ut supra n. 10.

²¹ Christine Sim, “Will Artificial Intelligence Take Over Arbitration?”, in Lawrence Boo and Gary B. Born (eds), *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, Volume 14 Issue 1(2018): 1 - 14.

arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido” (las negritas son propias).

Asimismo, deben tenerse en cuenta aspectos relacionados a la firma del laudo y la determinación del lugar donde se dictó este. Al respecto, el artículo V numeral 1 inciso a) de la CNY dispone que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral debido a la existencia de un acuerdo arbitral inválido en virtud de la ley pactada, o en su defecto, de la ley del país en que se haya dictado el laudo. En este punto, nos encontramos ante la interrogante acerca de la determinación del país en que se dictó el laudo en caso de ser dictado por un **árbitro robot** único. Una posibilidad sería la de aplicar la ley de la sede²² o bien determinar pautas específicas a ser aplicadas.

VI. LÍMITES Y RIESGOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Si bien es cierto que la implementación de las distintas modalidades de la inteligencia artificial conllevaría innumerables beneficios para el arbitraje, esto no implica que la implementación se dé sin ningún tipo de límites. En primer lugar, la labor legal reviste cierta complejidad que provoca que la revisión de documentos, conclusiones legales arribadas y los contratos redactados por programas inteligentes no sean tan personalizados como aquellos elaborados por seres humanos²³.

En segundo lugar, cuando hablamos de límites, entran en juego aspectos como la capacidad del **árbitro robot** para razonar, para interpretar y para arribar a un fallo justo. La inteligencia artificial carece de muchas características que posee el ser humano y que, a la larga, influyen en la eficiencia y eficacia del arbitraje. Al momento de arribar a una conclusión, la máquina se enfocará meramente en los datos puestos a su disposición, analizando los distintos escenarios legales y la compatibilidad de las pretensiones con la legislación aplicable. Sin embargo, no tendrá en cuenta el **aspecto humano** de la controversia. Es decir, ignorará las razones que motivaron el actuar de las partes, los distintos vínculos entre las

²² Juan Jorge/Guillermo Argerich, “¿Hacia el determinismo arbitral? La inteligencia artificial en la toma de decisiones”, SAIJ, Página oficial del Ministerio de Justicia, accedido el 16 de Julio de 2020.

²³ Ut supra n. 10.

mismas, antecedentes personales, entre otros. Podrá arribarse al resultado correcto, pero existe gran probabilidad que sea injusto.

Ahora bien, la implementación de la inteligencia artificial conlleva ciertos riesgos con relación al debido proceso y a nociones de imparcialidad. En principio, los laudos elaborados por las máquinas no se encontrarían debidamente fundamentados, es decir, carecerían de los porqués de la decisión y del cómo se llegó a la misma. Esta circunstancia podría comprometer el reconocimiento y la ejecución del laudo.

Sin embargo, debe ser resaltado que la inteligencia artificial también ofrecería distintas garantías con relación al debido proceso. Entre tales garantías puede citarse: programar a las máquinas para que den igual cantidad de tiempo a las partes durante las audiencias, rechazar presentaciones de las partes que excedan la cantidad máxima de páginas permitidas, alertar a las partes acerca de fechas importantes dentro del cronograma procesal, etc.²⁴

Por otro lado, los **árbitros robot** podrían carecer de cierta imparcialidad al momento de tomar decisiones, ya que las mismas estarían basadas en los datos proveídos y serían realizadas en virtud de estadísticas de casos anteriores. Es decir, existen riesgos de que las máquinas resuelvan a favor de grandes corporaciones que tienden a ganar más casos en lugar de partes más pequeñas, o a favor de partes de determinados países.²⁵

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta innegable los beneficios que conllevaría la implementación de la inteligencia artificial en el procedimiento arbitral: reducción de costos y tiempo empleados para dictar laudos, procesamiento de gran cantidad de documentos, disminución del margen de error, designación de árbitros, etc. Sin embargo, el alcance de su utilización constituye un tema controvertido a nivel internacional. ¿Hasta qué punto podrá ser utilizada la inteligencia arbitral en el marco de un proceso arbitral?, ¿deberá limitarse la IA a una función de apoyo y asistencia al

²⁴ Ut supra n. 10.

²⁵ Ut supra n. 10.

tribunal arbitral?, o ¿podrán los llamados **árbitros robot** reemplazar a los árbitros humanos?

Es de la opinión del autor del presente ensayo, que los árbitros humanos no son susceptibles de ser reemplazados por **árbitros robot**. Al menos no por el momento. Esto se debe a las cualidades que poseen los seres humanos que los diferencian de las máquinas; cualidades como sentir, razonar y fundamentar las decisiones legales.

Por el momento la inteligencia artificial debe ser utilizada y aprovechada a fin de asistir al tribunal arbitral en sus funciones, aligerándolo de la carga de trabajo. No obstante, esto no impediría que en un futuro cercano pueda darse la incorporación de **árbitros robot** en un arbitraje en virtud de los constantes avances de la ciencia. Para ello es necesario modificar el marco legal del arbitraje internacional y adaptarlo al mundo de la inteligencia artificial.

La Implementación de Sistemas “Blockchain” en el Arbitraje Internacional: un Breve Análisis y los Retos de una Nueva Era Tecnológica

Antonio Ochoa Quintana*, Gabriel Madrigal Olguín† y Martín
Daniel Brito Moreno‡

Resumen- El presente artículo tiene como objetivo un breve análisis acerca de la implementación de tecnologías *blockchain* en el arbitraje internacional. Primero, se abordan las particularidades que ofrecen los sistemas de cadena de bloques, después se hace referencia al rol que juegan los *smart contracts* en la resolución de disputas con este tipo de tecnología y la idoneidad del arbitraje, para posteriormente referir a los retos existentes y posibilidades en la implementación de estos sistemas, haciendo especial énfasis en el arbitraje institucional. Para cumplir su propósito, en este artículo se desarrollan las implicaciones a la luz de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI.

Abstract- The objective of this article is a brief analysis about the implementation of “blockchain” technologies in international arbitration. First, the particularities offered by blockchain systems are addressed, then reference is made to the role played by smart contracts in the resolution of disputes with this type of technology and the suitability of arbitration, to later refer to the existing challenges and possibilities in the implementation of these systems,

*Alumno de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. antonio.ochoa@up.edu.mx

†Egresado de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México. Asesor en la firma Torres|Morante. Miembro Arbitraje Alumni. gmadrigal@torresmorante.mx

‡Alumno de la Universidad Panamericana, Campus Mixcoac, México. martin.brito@up.edu.mx

with special emphasis on institutional arbitration. To fulfill its purpose, this article develops the implications in light of the New York Convention and the UNCITRAL Model Law.

I. INTRODUCCIÓN	61
II. PARTICULARIDADES DE LOS SISTEMAS DE CADENA DE BLOQUES O <i>BLOCKCHAIN</i>	62
III. <i>SMART CONTRACTS</i> Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.....	66
IV. RETOS EXISTENTES Y POSIBILIDADES EN LA IMPLEMENTACIÓN	71
V. CONCLUSIONES.....	74

I. INTRODUCCIÓN

Se puede sostener como una afirmación evidente el que el Derecho es mutable en la proporción en que la actividad y dinámica humana cambia también. A fin de cuentas, como bien señaló Kelsen,¹ *“hechos diversos de los que consisten en el obrar u omitir del hombre, los llamados sucesos, sólo en vinculación esencial con la conducta humana aparecen en el contenido de normas jurídicas, como su condición o consecuencia”*.

La relevancia del dinamismo en la actividad humana se ve acentuada por el avance tecnológico, mismo del que las relaciones sociales y comerciales echan mano a efecto de facilitar las mismas. Así pues, la evolución en los métodos empleador para el intercambio de bienes y servicios ha impactado de manera directa en la normatividad jurídica. Podemos considerar distintos ejemplos de innovación en la actividad humana que derivaron en la creación de diversas instituciones, como la implementación del comercio marítimo por parte de los fenicios y la implementación de instituciones como la echazón, la fortuna de

¹ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho* (México: Editorial Nuevo Talento, 2008), 44.

mar y el préstamo a la gruesa, antecedente del seguro o del *joint venture*, como lo refiere H. León Tovar².

O incluso, el desarrollo en el siglo XIX de máquinas de coser cuyo éxito de comercialización se basó en el modelo de venta a través de pequeños empresarios autónomos que dio pie al contrato de franquicia³. Un ejemplo reciente, consiste en la implementación de tecnologías o sistemas *blockchain* para la transferencia de bienes o servicios a través de reglas previamente determinadas en un denominado *smart contract*.

El presente artículo tiene como objetivo un breve análisis acerca de la implementación de tecnologías *blockchain* en el arbitraje internacional. Primero, se abordan las particularidades que ofrecen los sistemas de cadena de bloques, después se hace referencia al rol que juegan los *smart contracts* en la resolución de disputas con este tipo de tecnología y la idoneidad del arbitraje, para posteriormente referir a los retos existentes y posibilidades en la implementación de estos sistemas, haciendo especial énfasis en el arbitraje institucional. Para cumplir su propósito, en este artículo se desarrollan las implicaciones a la luz de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI.

II. PARTICULARIDADES DE LOS SISTEMAS DE CADENA DE BLOQUES O *BLOCKCHAIN*

La última década ha sido clave para los sistemas *blockchain* debido al notorio aumento de su aplicación, teniendo como insignia de su popularidad a los activos digitales basados en este sistema como *Bitcoin*. Su entrada en el mercado representa el desplazamiento de las tecnologías centralizadas y simboliza una transición sobre la manera en que almacenamos información, realizamos transacciones y compartimos datos.

La relevancia de estos sistemas no se limita a la existencia de criptomonedas (*Ethereum* o *Litecoin*) o criptoactivos (*Commodities* o *Tokens*), sino que su aplicabilidad trasciende a distintas disciplinas. Algunos expertos consideran que *blockchain* puede tener muchas más utilidades pendientes de descubrir y

² Soyla H. León Tovar & Hugo García González, *Derecho Mercantil* (México: Oxford, 2007), 25-27.

³ Soyla H León Tovar, *Contratos Mercantiles* (México: Oxford, 2015), 571.

explotar⁴, y sobre ello el Foro Económico Mundial señaló que en 2027 el 10% del PIB mundial provendrá de redes de *blockchain*⁵.

Es indispensable que, previo a analizar la utilidad y relevancia de esta tecnología en el derecho, entendamos qué es *blockchain*, cómo funciona, cuáles son sus ventajas y cuáles sus limitaciones. Podríamos pensar que para un abogado es extraño tener que comprender el funcionamiento de una estructura tecnológica de datos, sin embargo, ello constituye una aptitud indispensable en el mercado actual.

El concepto de cadena de bloques se contrapone a las tecnologías centralizadas dominantes, pues permite a los usuarios almacenar sus datos y preservarlos por sí mismos sin necesidad de un intermediario. En otras palabras, el sistema imperante previo a la existencia de *blockchain* hacía depender a los usuarios de un administrador o conjunto de administradores, quienes se encargaban de recabar, procesar y aprobar los datos en la red. De esta manera, la cadena de bloques conduce a una superdeterminación, toda vez que son los participantes quienes colaboran entre sí⁶.

En este sentido, podemos definir dicho sistema como el conjunto de tecnologías mediante las cuales los usuarios acuerdan el almacenamiento, difusión, aprobación y monetización de los datos de una manera más eficiente y segura o, en términos más técnicos, una tecnología de registros distribuidos (*Distributed Ledger Technology* o DLT)⁷.

Ahora, su funcionamiento se encuentra descrito en su denominación, en razón de que su forma de operar atiende a un sistema de bloques de información entrelazados entre sí y almacenados por los usuarios conformantes del mismo.

Imaginemos que una persona desea realizar una transacción en un sistema operado mediante cadena de bloques. Inicialmente el solicitante tendría que

⁴ Irving Wladawsky-Berger, “In search of Blockchain’s Killer-Apps,” *The Wall Street Journal*, 9 de marzo de 2018, <https://blogs.wsj.com/cio/2018/03/09/is-search-of-blockchains-killer-apps/>.

⁵ World Economic Forum, *Deep Shift: Technology Tipping Points and Social Impact* (2015).

⁶ Alfonso Delgadillo de Molina Rius, “Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones,” en *Fintech, Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios*, ed. Alfredo Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 34-36.

⁷ *Ibidem*, 39.

enviar su transacción al usuario con quien pretende celebrarla, quien confirmará el movimiento y lo publicará con el resto de los cibernautas del sistema. Es aquí en donde cobra relevancia la superdeterminación, pues depende directamente de los usuarios qué información es considerada como válida, es decir, el consenso de los miembros produce los bloques.

De esta forma, los datos, transacciones y movimientos aprobados se agrupan en un bloque de información, al cual le sucede un bloque con datos, transacciones y movimientos posteriores enlazado directamente al bloque previo, y como resultado se crea una cadena de bloques⁸. Por consecuencia, la existencia y validez de cada bloque está condicionada al anterior, dando mayor seguridad a la información almacenada, puesto que si se pretende alterar alguno de los bloques necesariamente se producirá un desalineamiento de la cadena.

Resulta además que, aunado a la vinculación natural de la información, cada uno de los usuarios cuenta con su propia copia del registro de la cadena. Por ende, si alguien intenta distribuir un movimiento ajeno, el resto de los participantes identificarán y rechazarán esa versión del registro, haciendo perceptible a cualquier alteración⁹. Este es precisamente el pilar del éxito de *Bitcoin*, ya que “cada bitcoin se vuelve valioso por la capacidad de adjuntarle todo el historial y la memoria de los intercambios previos”¹⁰.

Lo anterior refuerza la definitividad de cada transacción, fungiendo ello como base de la naciente industria financiera basada en *blockchain*, dado que estas tecnologías permiten una mayor agilidad en las operaciones, perfeccionan la sincronía de datos y reducen los riesgos en la actuación¹¹.

Como puede observarse, el ámbito jurídico juega un papel esencial en la incorporación de estas tecnologías, en virtud de que los datos albergados dentro de cada bloque referirán a transacciones realizadas entre contratantes, ya sea la transferencia de un activo virtual, la propiedad de activos físicos –mediante la

⁸ Daniel Conte de León et. al., “Blockchain: properties and misconceptions,” *Asia Pacific Journal of Innovation and Entrepreneurship* 11, No. 3 (Diciembre 2017), 288-289.

⁹ Alfonso Delgadillo de Molina Rius, “Blockchain...”, 42-43.

¹⁰ David Yermack, “Corporate Governance and Blockchains,” *Review of Finance*, No. 21 (Marzo 2017), 12, <https://doi.org/10.1093/rof/rfw074>.

¹¹ Pierluigi Cuccuru, “Beyond bitcoin: an early overview in smart contracts,” *International journal of law and information technology*, No. 25 (Abril 2017), <https://doi.org/10.1093/ijlit/eax003>.

cadena de bloques es posible generar registros de propiedad no controlados por autoridades gubernamentales— o la celebración y ejecución de diversos contratos¹², como se expondrá en el siguiente apartado.

Ahora bien, este tipo de sistemas tecnológicos no tiene una forma exclusiva de funcionamiento, sino que su gran pluralidad de aplicaciones nos permite clasificar los sistemas *blockchain* en tres grandes grupos¹³, hasta el día de hoy.

En primer lugar encontramos las redes *abiertas* y *cerradas*. En las redes abiertas cualquier usuario puede acceder a la red para interactuar con otros participantes (*Ethereum*), mientras que en las redes cerradas los usuarios que deseen intervenir requerirán de una aprobación para unirse (*Hyperledger Fabric*).

Por otro lado, las cadenas de bloques pueden identificarse como *permisionadas* o *no permisionadas*. Como su nombre lo indica, en las primeras se limita la actuación a ciertos usuarios aprobados (*R3 Corda*) y, en contraposición, encontramos aquellas en las que cualquier usuario puede gestionar una transacción y formar parte del mecanismo de consenso (*Bitcoin*).

Por último están las redes *privadas* y *públicas*. Las redes privadas protegen la privacidad de sus usuarios al no permitir a todo participante tener acceso a las anotaciones del sistema (*Hyperledger Fabric*) y las públicas facilitan a cualquier usuario la lectura y conocimiento del registro (*Ethereum*). Indudablemente, en ambas categorías podrá ocultarse cierta información personal en diferente escala.

A grandes rasgos, esta es la forma como funcionan los sistemas basados en cadena de bloques. No obstante, aun cuando pareciera ser el escenario ideal también conlleva una serie de riesgos que hacen trastabillar a los inversionistas desconfiados de las nuevas tecnologías.

Uno de los principales riesgos de los sistemas *blockchain* se desprende de su característica esencial, esto es, la definitividad de las transacciones. Esta peculiaridad no da espacio al error humano, por lo que cualquier inexactitud en algún movimiento representaría necesariamente la ejecución de una nueva operación correctora, lo cual se podría presentar por ejemplo en una transmisión errónea de activos virtuales en favor de una persona equivocada.

¹² Alfonso Delgadillo de Molina Rius, “Blockchain...”, 42.

¹³ *Ibidem*, 43-44.

Incluso, la inmutabilidad de la cadena de bloques se ha llegado a ver afectada por ataques cibernéticos¹⁴. Si bien es cierto que la seguridad de los registros aumenta con este tipo de tecnologías, también resulta cierto que es imposible considerar como inmutables a las cadenas de bloques¹⁵.

Finalmente, otro rasgo sensible es la privacidad de la información de los usuarios, ya que por un lado el exceso de intimidad de los participantes podría complicar la atribución de responsabilidad a cibernautas maliciosos y, por otro lado, la publicidad en demasía de los datos podría llegar a exponer innecesariamente la información personal de los usuarios¹⁶.

Sin duda el sistema *blockchain* pareciera ser la siguiente transición histórica en el mundo de la tecnología ante su gran variedad de aplicaciones conocidas y por conocer, tal y como lo fue el lanzamiento del internet en su momento. Sin embargo, debemos estar conscientes de sus limitantes, especialmente en el aspecto legal para lograr una incorporación adecuada de la tecnología.

III. *SMART CONTRACTS* Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.

La implementación de nuevas tecnologías ha permitido la generación de un nuevo sistema de contratación. Ello dio pie a que en 1994, el científico computacional y académico Nick Szabo¹⁷ refirió que un *smart contract* como un protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato, cuyos objetivos son la satisfacción de condiciones contractuales comunes, tales como términos de pago, garantías, confidencialidad e inclusive su ejecución, minimizando excepciones maliciosas y accidentales, minimizando la necesidad de intermediarios de confianza.

¹⁴ Un ejemplo de la vulnerabilidad que pueden presentar estos sistemas ocurrió en 2016, cuando un hacker extrajo criptomonedas *Ethereum* a la empresa The DAO, robo que fue calculado en aproximadamente \$50 millones de dólares.

¹⁵ David Andolfatto, “Blockchain: What It is, What It Does, and Why You Probably Don’t Need One,” *Federal Reserve Bank of St. Louis Review* 27, No. 100 (Febrero 2018), 87, <https://doi.org/10.20955/r.2018.87-95>.

¹⁶ Michèle Finck, “Blockchains and Data Protection in the European Union,” *European Data Protection Law Review*, No. 4 (2018), <https://doi.org/10.21552/edpl/2018/1/6>.

¹⁷ Nick Szabo, “Smart Contracts, 1994”, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/L_OTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html.

Para entender el alcance de dichos contratos Metcalfe¹⁸ propone un ejemplo ilustrativo: Pensar en una máquina expendedora, gracias a la cual, sin ningún empleado de establecimiento comercial ejecuta un contrato de compraventa de una bebida a un precio anunciado al cliente, quien a cambio inserta la cantidad suficiente a la máquina. Goldenfein & Leiter¹⁹ señalan que respecto de los *smart contracts* han surgido una nueva clase de ingenieros legales que están redactando contratos capaces transferir valores, pago de propiedad, servicios ejecutados, licencias de propiedad intelectual y del establecimiento de reglas técnicas para nuevas formas de coordinación organizacional e institucional.

La implementación de dichos *smart contracts* se ha practicado a través de distintos sistemas de *blockchain*, siendo *Etherum* uno de los sistemas más reconocidos. Vitalik Buterin²⁰, cofundador de *Etherum* y de *Bitcoin magazine* ha referido que su plataforma *Etherum* permite que a través de un *blockchain*, cualquiera pueda redactar *Smart contracts* mediante la creación de sus propias reglas para cuestiones de titularidad o transacciones y protocolos para regular cuestiones de divisas o sistemas de calificación pueden ser redactados en menos de veinte líneas de código. De ello deriva que en la actualidad se está frente a una nueva forma de celebración y ejecución de contratos, los cuales aprovechan de la tecnología *blockchain* a efecto de contar con características como inalterabilidad y autoejecución.

En torno a las implicaciones de los *smart contracts* como fuente de derecho, hay diversas posturas, pues quienes lo abordan bajo premisas en algunos casos conservadoras y en otras, francamente erradas, consideran que un *smart contract* al ser en realidad código carece de requisitos formales o cuestionan la ejecutabilidad legal del mismo. A la primera de dichas cuestiones, debe referirse que si bien, en determinadas jurisdicciones se contempla la existencia de contratos formales, que establecen requisitos necesarios para su validez, como

¹⁸ William Metcalfe, “Ethereum, Smart Contracts, DApps”, en *Blockchain and Crypto Currency. Economics, Law, and Institutions in Asia Pacific*, eds. Yano M., Dai C., Masuda K. & Kishimoto Y. (Singapur: Springer, 2020).

¹⁹ Jake Goldenfein & Andrea Leiter, “Legal Engineering on the Blockchain: “Smart Contracts” as Legal Conduct”, *Law Critique*, No. 29 (2018), 141-149.

²⁰ Vitalik Buterin, “Ethereum White paper. A next generation smart contract & decentralized application platform”, https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf.

podrían ser contratos sobre derechos reales, como refiere Metcalfe²¹, sería necesaria la elaboración de contratos legales tradicionales para vincular los *smart contracts* a la propiedad.

Asimismo, sería necesario recalcar que el hecho de que un *smart contract* esté redactado en código no perjudica la validez legal de dicho documento, considerando la aplicación de principios relacionados con las comunicaciones electrónicas, tales como el de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, los cuales consisten en que la regulación que permita la generación, archivo o transmisión de a través de distintos tipos de tecnología y que la aceptación del uso de comunicaciones electrónicas se base en un “análisis de objetivos y funciones del requisito tradicional de que los documentos se consignen en papel” con miras a determinar si dichos requisitos y funciones se podrían cumplir con tecnologías electrónicas²².

En cuanto a la segunda de las cuestiones, relacionadas con la ejecutabilidad legal de los *smart contracts*, es necesario establecer dos circunstancias relevantes a dicha cuestión. En primer lugar, debe considerarse que si bien los *smart contracts* están redactados en un código programático, lo cual implica la redacción de ciertas instrucciones para producir un resultado determinado, no menos es cierto que dicho código puede implicar la voluntad de las partes que conjuntamente determinan regular con supuestos de hecho, determinada consecuencia de derecho. Ello nos llevaría a aceptar la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* respecto de este tipo de contratos, modificando el viejo adagio del derecho que considera que el contrato es ley para las partes a el código es ley para las partes.

La segunda consideración, con implicaciones más prácticas que jurídicas es la relacionada a la ejecución de los *smart contracts* está relacionada con la propia naturaleza de los mismos. Precisamente algo que se busca a través de la implementación de dicha tecnología es la autoejecución de los contratos sin necesidad de intervenciones humanas. En ese sentido, Nick Szabo²³ ha señalado que preocuparse si un *smart contract* es legalmente ejecutable entraña un

²¹ Ibid.

²² Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Observaciones por artículo, 20-30.

²³ Nick Szabo, Publicación de Twitter, 14 de octubre de 2018, 17:51 p.m. Consultado el 20 de julio 2020 en: <https://twitter.com/NickSzabo4/status/1051606530108190720>.

profundo malentendido, y que la mena relación de los *smart contracts* a cortes tradicionales es que los mismos controlan la carga de la demanda.

Dicha manifestación resulta particular e interesante de interpretar, la parte acreedora que pretende la reintegración de un derecho a través de una acción frente a tribunales arbitrales o judiciales, normalmente esperaría a la emisión de una sentencia que resuelva sobre sus pretensiones y defensas del demandado o a lo mucho, podría recibir una sentencia cautelar a través de la cual, precautoria y provisionalmente se le conceda una medida precautoria para tutelar un presunto derecho.

Con los *smart contracts* la misma parte actora no tendría necesidad del inicio de una acción para obtener una sentencia definitiva o cautelar que reintegre un derecho lesionado. Así pues, a través del principio de autoejecución, los *smart contracts* parecerían una reformulación total del concepto de autotutela, pues la capacidad para resolver el conflicto de manera coactiva no residiría en las partes, sino a través de instrucciones previamente programadas. No obstante, por deseable que suena la eliminación de mecanismos de resolución de disputas a través de la implementación de *smart contracts*, la realidad es que ello está lejos de la realidad.

Lo anterior se debe a que, si bien los *smart contracts* permiten la ejecución instantánea de sí mismos, ello no los priva de ser sujetos de controversias, pues podrían generarse conflictos relacionados con el propio código, circunstancias externas como la fuerza mayor que atenuaría la responsabilidad por el incumplimiento del contrato, fallas en la ejecución del mismo, y una larga lista de etcéteras.

Asimismo, la celebración de *smart contracts* genera otras dudas respecto de cuestiones tales como competencia territorial y legislación aplicable para partes con domicilios en jurisdicciones distintas, así como los métodos idóneos para resolver los conflictos relacionados con los mismos. Es por ello que resulta relevante establecer las peculiaridades de los *smart contracts* con relación a la resolución de disputas; la propuesta idónea, el arbitraje.

El arbitraje resulta ser un método adecuado para la solución de disputas en tanto que las partes podrían incorporar una cláusula arbitral dentro de su *smart contract* e inclusive incorporarlas al código para que la solicitud de arbitraje sea generada de manera automática al presentarse un conflicto. Esto es posible gracias a la flexibilidad que ofrece un procedimiento arbitral, adecuándose a la necesidad de las partes contratantes. Al respecto, el Art. 19(1) de la Ley Modelo

de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que, “con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”. Al igual, instituciones arbitrales a través de sus reglamentos permiten adaptar el procedimiento a las necesidades de los litigantes²⁴, lo cual no impediría en principio el reconocimiento de una cláusula contenida en un *smart contracts*.

En contrapartida, el acudir a las cortes estatales para ejecutar este tipo de contratos puede significar tropiezos desde el inicio del litigio, precisamente por no contar con la flexibilidad que el arbitraje ofrece. En ese sentido, las partes se enfrentarían a disposiciones procesales que pueden comprometer la ejecutabilidad de su *smart contract*.

El uso del arbitraje sobre cortes nacionales puede superar problemas como la falta de especialización y elección de legislación²⁵. En lo que respecta a la validez de la cláusula arbitral, la misma Ley Modelo señala en su Art. 7, Opción I que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma. Lo anterior en conjunto con los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional permiten bajo el marco jurídico arbitral la posibilidad de acudir al arbitraje como método de resolución de disputas vía *smart contract*.

De igual forma, resulta particularmente atractiva la vocación internacional del arbitraje y la posibilidad de la ejecución de laudos internacionales de conformidad con la Convención de Nueva York, cuya finalidad es precisamente facilitar la ejecución de laudos arbitrales en múltiples jurisdicciones. Pero la cuestión de la ejecución de laudos arbitrales *blockchain* resulta particularmente interesante en el caso de aquellos países que han hecho alguna reserva de reciprocidad bajo el Art. I de la Convención de Nueva York.

Un ejemplo claro es el país de la India, el cual solo reconoce laudos extranjeros provenientes de ciertos Estados contratantes de la Convención publicados por

²⁴ Gauthier Vannieuwenhuysse, “Arbitration and New Technologies: Mutual Benefits”, *Journal of International Arbitration* 35, No. 1 (2018), 119-130.

²⁵ *Ídem*.

su gobierno. Al día de hoy, la India²⁶ solo reconoce laudos de un $\frac{1}{3}$ de los Estados contratantes, lo que implica un reto para la ejecución de un laudo arbitral fuera de esos Estados.

No obstante, un laudo *blockchain* al ser emitido a través de un sistema y dirigido a partes que se encuentran en diferentes países, no se podría decir, en principio, que el laudo arbitral “en sí” se haya dictado en un país en particular, lo que podría significar un salto a esa restricción.

Esta posibilidad, si bien resulta interesante, no tiene una respuesta clara. Es cierto que se podría argumentar, como naturalmente resulta de la práctica, que la nacionalidad del laudo depende de la elección de la sede, o por otro lado, que el lugar donde se encuentren las oficinas centrales de la institución arbitral pudiesen definir la nacionalidad del laudo. Sin embargo, sigue existiendo incertidumbre debido a la deslocalización que estos sistemas tecnológicos pueden representar. La pregunta que dejamos a discreción del lector en este apartado sería si es posible atribuir nacionalidad a un sistema de red encriptado.

Esta y otras interrogantes surgen con la implementación de tan sofisticados sistemas, que no por ser eficientes significa que sean perfectos, pero que aún y con sus dificultades valen el intento dadas las posibilidades que ofrecen en una nueva era automatización.

IV. RETOS EXISTENTES Y POSIBILIDADES EN LA IMPLEMENTACIÓN

Las nuevas tecnologías no solo significan beneficios para el arbitraje internacional. Sin duda, los sistemas *blockchain* y los *smart contracts* pueden representar un gran reto en cuanto a su implementación por cuestiones de infraestructura y aceptación por la práctica judicial en el caso de ejecución y reconocimiento de laudos.

En lo que respecta al primer punto, a pesar de la reducción de costos por la expeditéz de estos sistemas, el operarlos requiere de una infraestructura importante debido al nivel de sofisticación. De manera adicional, hay que tomar

²⁶ Ritika Bansal, “Enforceability of Awards from Blockchain Arbitrations in India”, *Kluwer Arbitration Blog*, 21 de Agosto de 2019, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/21/enforceability-of-awards-from-blockchain-arbitrations-in-india/?doing_wp_cron=1596229842.6603379249572753906250.

en cuenta que el uso de nuevas tecnologías puede generar contingencias en una etapa temprana con consecuencias económicas importantes a tomar en cuenta²⁷.

En cuanto a la aceptación por la práctica judicial, uno de los grandes retos se encuentra frente a la legislación nacional aplicable a cuestiones formales del acuerdo arbitral contenido en un *smart contract* y la ejecución y reconocimiento de un laudo *blockchain*. Si bien una interpretación moderna del marco jurídico arbitral aplicable favorece, habrá ocasiones en las que el juzgador al aplicar su ley no reconozca este tipo acuerdos e impida la ejecución.

Por señalar algunos ejemplos en la diferencia de criterios adoptados por diferentes países, la sección 1031(1) del Código de Procedimientos Civiles alemán y el art. 178 (1) de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza requiere que los acuerdos de arbitraje sean por escrito o cualquier otro medio de comunicación que proporcione un registro del acuerdo. El mismo concepto existe bajo la sección 5 (6) de la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996. Por otro lado, el Art. 1507 del Código de Procedimientos Civiles francés, establece que los acuerdos de arbitraje no están sujetos a ningún requisito formal²⁸.

Es claro que la dificultad surge por la naturaleza misma del *smart contract*, ya que pareciera que la legislación actual no comparte el lenguaje código de las nuevas tecnologías. Lo anterior también tiene relevancia en términos del Art. IV de la Convención de Nueva York que requiere que la parte que pida el reconocimiento y la ejecución del laudo, “presente junto con la demanda el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”²⁹.

En ese sentido, la ejecución y reconocimiento de acuerdos arbitrales suscritos por las partes contratantes bajo *smart contracts* dependerá enteramente de la flexibilidad que tenga la legislación aplicable respecto del acuerdo de arbitraje y claro, la discreción del juzgador al momento de interpretar la ley en su caso.

²⁷ Miklós Boronkay & Philip Exenberger, “Chapter IV: Science and Arbitration, The Vienna Propositions for Innovative and Scientific Methods and Tools in International Arbitration, F. Blockchain, Smart Contracts and Arbitration Overrated Hype or Chance for the Arbitration Community?”, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (2020), 411 - 418.

²⁸ Falco Kreis & Markus Kaulartz, “Smart Contracts and Dispute Resolution – A Chance to Raise Efficiency?”, *ASA Bulletin* 37, No. 2 (2019), 336-357.

²⁹ Francisco Urbarri Soares, “New Technologies and Arbitration”, *Indian Journal of Arbitration Law* VII, No. 1 (2018), 84-103.

No obstante lo anterior, las posibilidades que ofrecen estos sistemas compensan de cierta manera las adversidades que pudiesen representar, particularmente en el arbitraje institucional y son dos en concreto.

La primera posibilidad se encuentra debatida y es el tema de los costos. Por un lado, como se ha señalado anteriormente, la operación de sistemas *blockchain* compatibles con *smart contracts* puede ser costosa debido a su alto nivel de sofisticación. Sin embargo, no debería ser un factor que frene a instituciones arbitrales importantes y con suficiente infraestructura, ya que existe registro de que en otras industrias, como la financiera, la tecnología *blockchain* puede reducir costos de operaciones comerciales y de cumplimiento en un 50%³⁰. Si bien no existen datos respecto de la industria del arbitraje, el sector financiero apunta a un panorama atractivo para aquellas industrias interesadas en esta tecnología, incluida la arbitral.

La segunda es respecto de la confidencialidad y seguridad de procedimientos arbitrales. El tema de la confidencialidad como uno de los atributos del arbitraje es un tema que constantemente se ha abordado debido a ciertos ataques que han surgido en la práctica. Tal es el caso del ciberataque al sitio web de la Corte Permanente de Arbitraje que permitió el acceso a documentos confidenciales de una disputa entre China y las Filipinas³¹, o el caso en el que el gobierno turco interceptó ciertas comunicaciones entre su contraparte y su abogado relativas a un arbitraje CIADI en 2008³².

Si bien, como se señaló anteriormente, la inmutabilidad de los sistemas *blockchain* también se ha visto afectada por ataques cibernéticos, su naturaleza centralizada y códigos encriptados representan una mejor y más atractiva opción en temas de confidencialidad y ciberseguridad para las instituciones arbitrales. La administración de casos, producción de documentos, audiencias en línea, comunicaciones entre la institución y las partes se ven acogidas por el beneficio

³⁰ Accenture. “Banking on blockchain”. Consultado el 20 de julio 2020 en: <https://www.accenture.com/us-en/insight-banking-on-blockchain>.

³¹ Hagit M. Eu & Pavlos Petrovas, “Pending Off Cyberattacks in International Arbitration”, *New York Law Journal*, 3 de agosto de 2018, <https://www.law.com/newyorklawjournal/2018/08/03/protocol-to-fend-off-cyberattacks-in-international-arbitration/>.

³² *Ídem*.

de la inmutabilidad de estos sistemas³³, lo que permite una mejoría en la práctica arbitral en materia de confidencialidad y así mayor satisfacción a las partes.

V. CONCLUSIONES

Los retos de una nueva era tecnológica se encuentran frente a un lenguaje que con el paso de los años se vuelve obsoleto. No es sorpresa que el mundo jurídico va mutando de acuerdo con el progreso humano y sus necesidades. Actualmente, nos encontramos en un proceso de automatización que obliga tanto a legisladores, jueces y practicantes sumergirse en áreas que hace poco años parecían incompatibles con el ejercicio de la profesión o incluso inimaginables. Habrá quienes teman apostar por la innovación debido a la incertidumbre que genera y habrá quienes vean un área de oportunidad para mejorar la práctica jurídica y particularmente la práctica arbitral. Este artículo apuesta por la innovación y por un Derecho multidisciplinario, que no esté “peleado” con la tecnología. Los sistemas *blockchain* y los *smart contracts* llegaron para quedarse y depende de los practicantes usarlos para mejorar la eficiencia y aliviar las inconveniencias del arbitraje. Lo anterior no es una afirmación tajante de que las nuevas tecnologías vienen a resolver todos los “males” del arbitraje, sino que se deberá encontrar la mejor manera de conciliar la tecnología con la práctica arbitral.

³³ Santiago Enrique Rodríguez, “The what, the why, and the how: Blockchain as a solution for Institutional Arbitration”, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 37 (2020), 77-97.

Soluciones Justas en Tiempos Difíciles

Cómo Sortear los Obstáculos Legales en Materia de Imprevisión y Ley Aplicable

Milena Rocío Combina*

Resumen- En los tiempos del coronavirus palabras como situación de emergencia o alarma, imprevisión, imposibilidad, excesiva onerosidad sobrevenida y frustración del fin del contrato entre otras, son moneda corriente en los foros jurídicos y en los principales noticieros del mundo. Es un hecho indiscutido que los tribunales ordinarios y los tribunales arbitrales se verán inundados de casos que encarnen alguna de estas cuestiones. Ahora bien, en las disputas que se sometan a arbitraje puede generarse una amplia gama de conflictos en virtud de la ley aplicable que las partes hayan establecido. Ello se presentaría si el derecho escogido no contemplare los institutos mencionados o contemplándolos, lo hiciera de manera rígida o poco permeable a su implementación.

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2018). Participante de la cátedra de “Litigación penal oral” de la misma casa de estudios desde el año 2018. Participante de las siguientes competencias en calidad de oradora: XII Competición Internacional De Arbitraje Y Derecho Mercantil “Moot Madrid”, edición online (2020), XII Competencia de Arbitraje Comercial Internacional con sede en Asunción, Paraguay (2019); X Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal (CNULP) con sede en Tucumán, Argentina (2018); Quinta Competencia De Arbitraje Internacional De Inversión con sede en Washington, Estados Unidos (2018); I Competencia Interna de Derechos Humanos con sede en Rosario, Argentina (2016). Asociada del estudio jurídico Castagno- Franchi de la ciudad de Rosario-Argentina. Correo electrónico: mile.combina@gmail.com.

En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto analizar las situaciones en que el derecho aplicable se muestra adverso o reticente a acudir a dichas soluciones y graficar un camino de salida o “válvula de escape” ante la rigidez, para brindar una solución razonable y equitativa a las partes.

Para ello, principalmente recurriremos a los principios generales del derecho — sobre todo el de buena fe y equidad— como aliados en este proceso para paliar los efectos residuales de la pandemia.

Abstract- In times of coronavirus, words such as emergency, alarm, unpredictability, impossibility and impracticability, hardship and frustration of purpose, among others, are commonplace in legal forums and in the world's main news. It is an indisputable fact that trial courts and arbitral tribunals will be flooded with cases about some of these issues.

However, many conflicts can arise in disputes that are submitted to arbitration/adjudication in virtue of the applicable law that the parties have decide to choose.

The purpose of this work is to analyze the situations in which the applicable law is adverse or reluctant to resort to such solutions and to chart an exit route or “escape valve” in the face of rigidity as well as to provide a reasonable solution and equitable to the parties.

To do so, we will mainly resort to the general principles of law—especially that of good faith and equity—as allies in the process to mitigate the residual effects of the pandemic.

I. INTRODUCCIÓN	77
II. EN BÚSQUEDA DE LA LUZ AL FINAL DEL CAMINO	79
A. ¿ES EL SOFT LAW UNA POSIBLE SALIDA?	79
B. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO ALIADOS EN ESTA MISIÓN	81
a. <i>La buena fe, sempiterna amiga</i>	83
b. <i>Coqueteando con la equidad</i>	85

III. CONSTRUYENDO UNA VÁLVULA DE ESCAPE	86
A. SE PARTE DE LOS PRINCIPIOS SUBYACENTES	87
B. SE AGREGA UN POCO DE EQUIDAD	88
C. SE MEZCLA CON LA MANO DE UN ÁRBITRO SENSATO	89
D. SE SAZONA CON MUCHO, MUCHO SENTIDO COMÚN.....	91
IV. SIEMPRE HABRÁ QUIEN PONGA PEGAS	92
V. EL ÚLTIMO REFUGIO DE LA ESPERANZA	93
VI. CONCLUSIÓN.....	94

I. INTRODUCCIÓN

¿A caso no conservamos el recuerdo de qué estábamos haciendo el 11 de septiembre de 2001 por la mañana?¹ Esta pregunta, sin dudas, la hemos escuchado numerosas veces, utilizada como ejemplo para ilustrar que, por las razones psicoemocionales que fueran, siempre recordamos el momento, el lugar y lo que estábamos haciendo cuando tomamos noticia de que ha ocurrido un evento conmocionante.

Sin lugar a dudas, la misma lógica aplica a lo ocurrido el 11 de marzo del corriente año. Ese día, todas las cadenas de noticias del mundo transmitieron en simultáneo a un señor de lentes negros y corbata a rayas rojas y blancas, frente a un brillante fondo celeste, que anunciaba lacónicamente que el virus covid-19 era declarado oficialmente una pandemia.

Resultado ser que ese señor que anunciaba las malas noticias se llamaba Tedros Adhanom Ghebreyesus y era —y aun es— director general de la Organización Mundial de la Salud. Con solo decir “*we have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic*”² desató el pánico en la mayoría de los países que, hasta ese momento, no habían sufrido en carne propia las inclemencias de este virus.

¹ Facundo Manes, “Misterios de la memoria”, *La Nacion* (Enero de 2014).

² Tedros Ashanon Ghebreyesus, “WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020”, *World Health Organization* (Marzo de 2020).

En ese momento recuerdo que me encontraba vacacionando en las playas de Uruguay. Cuatro días después atravesaba las fronteras de regreso a Argentina. En migraciones, el control que nos hicieron a los pasajeros distó mucho de ser lo riguroso que esperábamos que fuera. Si bien no se hablaba de otra cosa que no fuera del virus, los contagios y las muertes, aun nadie sabía bien cómo debía actuar y los procedimientos que tenían que adoptar.

La noche del jueves 19 de marzo, al filo de la medianoche, el actual presidente de Argentina —el Dr. Alberto Fernández— anunciaba mediante cadena nacional el inicio del aislamiento social preventivo y obligatorio, instrumentándolo en un decreto de necesidad y urgencia. Ese día yo estaba en mi departamento cumpliendo la cuarentena voluntaria por haber regresado de otro país.

Es lógico que se pregunten a estas alturas a que se debe tan larga introducción mencionando hechos que no le interesa ni son noticia para nadie. Pues bien, simplemente creo que resulta útil para ilustrar como en muy poco tiempo, cada vez más breve y acelerado, el mundo un día colapsó y las certezas que teníamos en enero o febrero de este año, simplemente se esfumaron.

Si bien hay quienes sostienen que no existe —o al menos ponen su existencia en duda— evento realmente imprevisible², sería muy osado afirmar —con poco margen de error— que hay quienes pudieron avizorar claramente los efectos de la cuarentena como consecuencia de la propagación del coronavirus. De estar equivocada, acepto mi falta e invito al descendiente de Delfos a que tengamos una larga conversación, preferentemente sobre cuestiones como el futuro de los bonos soberanos argentinos y que números saldrán en la lotería.

Terminado el chiste, pongámonos serios. Porque tampoco lo vio venir Pedro, un vendedor argentino que contrató en noviembre del año pasado con un comprador chileno para proveerle mensualmente tapas de del famoso termo estadounidense; ni Juan, el contratista colombiano que celebró un contrato EPC a principios de mayo con un sujeto uruguayo. Y así como ellos, millones de personas más que se encuentran en la misma situación.

³ Alfredo Bullard Gonzales, “¿Hay Algo Imprevisible? La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial”, *Themis*25, (1993): 1.

Pero Juan y Pedro sí previeron, o al menos fueron lo suficientemente cautos, de colocar una cláusula arbitral en sus contratos, para evitar los escollos propios de la justicia ordinaria. El único inconveniente es que no estipularon expresamente una cláusula de fuerza mayor o caso fortuito, imprevisión ni *hardship*, y que escogieron como derecho aplicable el de una nacionalidad (llamémosla “nacionalidad x” para no hacerlo personal) reacia o reticente a la aplicación de dichos institutos.

La realidad los está pasando por arriba y no pueden cumplir con sus obligaciones contractuales. Se dirigen vertiginosamente a un conflicto con su contraria por incumplimiento contractual que probablemente sea llevado ante los tribunales arbitrales mientras pende sobre ellos el antiquísimo *pacta sunt servanda* cual espada de Damocles. Pero confían que debe haber una salida. Después de todo, siempre hay una salida, ¿verdad?

II. EN BÚSQUEDA DE LA LUZ AL FINAL DEL CAMINO

Los protagonistas de esta historia, preocupados por su futuro, se avocan a analizar minuciosamente la letra de sus respectivos contratos, los puntos y las tildes empleadas, los “o” y las “y”, pero llegan a una terrible conclusión: el derecho de la “nacionalidad x” no va a sacarlos de este brete.

Entonces recuerdan que una vez leyeron sobre instrumentos denominados de derecho blando o “*soft law*”, al que podían recurrir las partes ante casos como el presente. Sin dudarle un segundo, buscan en Google a qué se refiere esta expresión y cruzan los dedos para que sus problemas sean resueltos.

A. ¿Es el soft law una posible salida?

Una de las primeras definiciones que arroja el buscador es la siguiente:

El soft law o derecho blando, en traducción literal, consiste en todas aquellas reglas y principios generales no coercitivos, que regulan los contratos transnacionales, y cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus estipulaciones; o, al servir de guía para la toma de decisiones de árbitros

y jueces, al fallar principalmente conflictos donde las partes no han escogido la ley aplicable que regulen sus convenios.³

Meditando sobre la descripción hallada, nuestros protagonistas piensan: “si bien en el contrato no pactamos su expresa aplicación, tampoco estipulamos su prohibición, por tanto, debería ser viable aplicar uno de estos instrumentos de estimarlo oportuno”.

Más tarde pensaron también que si estos instrumentos servían para echar luz a las controversias en manos de árbitros y jueces cuando las partes no habían pactado un derecho aplicable, analógicamente, podían servir para casos confusos como en los que se encontraban ellos, donde todo rastro de luz, por ínfimo que fuera, era esperanzador. Pero no profundizaron en esta hipótesis.

En su lugar, buscaron instrumentos que respondieran a esta naturaleza jurídica, y entre los más mencionados, encontraron los Principios UNIDROIT⁴ y los PECL. En los primeros, les resultaron llamativos los artículos respectivos a la buena fe (1.7), la debida colaboración (5.3) y, claramente, los referentes a la excesiva onerosidad (6.2).⁵ Pensaron que del libre juego e integración de los mismos, podían hallar una solución a sus respectivas disputas. Pero para ello, debían encontrar una justificación más firme para lograr su aplicación.

Investigando, encontraron que los mismos resultan cordialmente aceptados por la comunidad internacional como instrumentos activos de generación de soluciones, pudiendo acordar mediante ellos nuevas fórmulas para crear derechos, cubrir lagunas de legislaciones insuficientes, ineficaces o carentes de consenso, como así también satisfacer nuevos intereses que de otro modo más rígido —en oposición a la flexibilidad intrínseca de estos instrumento— sería muy complejo.⁶

⁴ Leon Robayo, “Los principios de Unidroit como recurso de interpretación contractual en el derecho colombiano” (Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario & Legis, 2014), 36.

⁵ Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *21 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2012): 117- 157.

⁶ El correlato de los mismos los PECL se encuentra en los artículos 1:102, 1:202, 4:109.

⁷ Barbara Andrea Cortes Cabrera, “El *soft law* y su aplicación en el derecho comercial internacional.» *Revista Tribuna Internacional 6*, vol 3 (Octubre de 2014): 56.

En la misma tesitura, se toparon con la siguiente información:

...el desarrollo de normas no vinculantes, acogidas por partes, jueces y árbitros, hace que, hoy por hoy, la proliferación de instrumentos de soft law no sorprenda. Por ejemplo, los Principios de UNIDROIT, en varias oportunidades, en controversias contractuales mercantiles internacionales han sido aplicados sin haber sido si quiera incorporados por las partes. En algunas oportunidades como expresión de la nueva lex mercatoria; en algunas otras, como expresión de los principios generales del derecho, de los usos y costumbres ampliamente aceptados y expresiones semejantes; en algunas otras, se les ha usado ante la ausencia de toda elección por las partes del derecho aplicable al contrato.⁷

La última entrada los dejó tranquilos, ya que encontraron fundamento suficiente para eventualmente recurrir a los Principios de resultar necesario. Pero no conforme con tener una única respuesta, continuó resonado en sus mentes la idea de acudir a los “principios generales del derecho” como anclaje para su solución.

Sin tiempo que perder, iniciaron el segundo capítulo en esta búsqueda de una justificación.

B. Los principios generales del derecho como aliados en esta misión

Llegados a este punto, vamos a darle un descanso a nuestros protagonistas en la exhaustiva investigación que están llevando adelante y vamos a tomar nosotros mismos las riendas en este acápite, ya que utilizarlos como voceros del mismo sería por un lado cruel y por nuestra parte cobarde. Porque seamos sinceros, ¿Quién sabe a ciencia cierta qué son los Principios Generales del Derecho?

Podemos decir que este problema se presenta como víctima del fenómeno de la multivocidad del derecho, de la amplitud de interpretaciones o de la imposibilidad fáctica de limitar institutos de naturaleza eminentemente indeterminada y flexible.

⁸ Jenner Alonso Tobar Torres, “La aplicabilidad de los principios sobre los contratos comerciales de Unidroit en el marco del arbitramento internacional” (tesis de maestría, Facultad Nacional de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá- Colombia, 2014).

Sin embargo, esto no debería convertirse en un obstáculo para la presente nota, ya que su objeto dista mucho de ser una obra de definiciones y compilaciones de naturalezas jurídicas. De todos modos, no huelga hacer una tímida aproximación a su concepto.

Se ha dicho que:

...este término puede referirse a las bases o fundamentos de un orden jurídico determinado o también puede significar el fin u objetivo de una norma jurídica determinada. De la misma manera, un principio puede ser considerado como un axioma o un postulado axiomático lógico evidente. Finalmente, también puede referirse a disposiciones jurídicas de valor programático en cuanto constituyen pautas para una conducta manifiestamente justa.⁸

Vendrían a ser algo así como la causa última y primera, la esencia misma del derecho, su fuente y fundamento, en resumidas cuentas: poco más de lo mismo sin llegar a ser nada.

Pero no nos equivocamos al decir que existe cierto consenso en que los Principios Generales del Derecho, son su fuente y nutriente desde todas sus aristas, sirviendo los mismos para interpretar el Derecho, entenderlo y aplicarlo de una manera más apropiada a cada situación por estar despojados de la rigurosidad propia de la ley⁹. Es decir, acudimos a ellos para “hacer justicia en

⁹ Petrova Georgieva Virdzhiniya, “Los principios generales del derecho como principios comunes a los tribunales internacionales”, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México (2018): 97-171.

¹⁰ Un ejemplo de ello es el reciente fallo de la Corte de Apelaciones de París (No. 17/18001) en el caso *Pakash Steeleage Ltc. c. Uzuc*, donde los jueces tuvieron que revisar un laudo arbitral que fue resuelto exclusivamente con la aplicación de los Principios UNIDROIT. En este caso, las partes no habían escogido una Ley aplicable y tampoco se pusieron de acuerdo en ello durante el arbitraje, ya que cada una sostenía que debía aplicarse la ley de su nacionalidad. El árbitro fundó la aplicación de estos principios al entender que la lógica subyacente al problema era simple: si las partes del contrato no previeron una ley estatal determinada aplicable al mismo, y ese conflicto es de naturaleza internacional, debe inferirse que las partes no pretenden resolver su conflicto en base a alguna de sus leyes, sino que desean acudir a normas contractuales y modernas como lo son estos Principios.

el caso concreto” especialmente cuando los bordes de las normas son lo suficientemente punzantes como para desangrar y matar lo justo pretendido.

En este sentido, se ha dicho que

...acudir a los principios significa reconocer la insuficiencia de las leyes y que hay algo más allá del derecho formulado – y, en hipótesis, chocado con él; que lo legislado no agota todo el derecho. Con ello se evidencia un campo más amplio ganado para el derecho objetivo, pues a través de los principios se ve ampliado y enriquecido. Por otra parte, en supuestos, evitando una ostensible quiebra del sistema, permite cierta evolución en permanencia; ello a través de una nueva perspectiva que le puede conferir a la legislación una consideración en altura de la problemática a resolver.¹⁰

Sentado la importancia de los principios en el universo jurídico hemos de afirmar que, tampoco nos equivocamos al decir que la buena fe, equidad, cooperación, respeto por los pactos asumidos, entre otros, son Principios Generales del Derecho. De no serlo, no podemos negar que tanto abogados como jueces y árbitros recurrimos a ellos invocándolos en ese sentido. De entenderlo de otra manera, los invito a arrojar la primera piedra.

a. La buena fe, sempiterna amiga

La buena fe como pauta interpretativa. La buena fe como disciplina integradora. La buena fe como imperativo de nuestra conducta. No importa qué máscara vista, importa que siempre es “la buena fe”.

Probablemente sea uno de los Principios del Derecho a los que recurrimos con mayor frecuencia, ya sea para afirmar una posición en la que nos encontramos sólidos, o como herramienta para “estirar” el derecho a nuestro favor cuando estamos más complicados. A favor o en contra, siempre acudimos a ella.

Todos los ordenamientos y legislaciones consagran de alguna manera al principio de buena fe, ya sea como una cláusula autónoma o como integrante de otra disposición jurídica. Por ejemplo, los Principios Unidroit consagran la

¹¹ Manuel Cornet, “El principio de Buena fe”, *Pensamiento Civil* (noviembre de 2018): 2.

buena fe de manera autónoma en su artículo 1.7, categorizándola como un deber de conducta de las partes que no puede ser limitado ni excluido. Pero también la mencionan en su artículo 4.8 como factor de integración del contrato y en el 5.2 como obligación implícita contenida en todo acuerdo de voluntades.

Mismo tratamiento le dan otros instrumentos internacionales, verbigracia la CISG en su artículo 7 y los PECL en sus artículos 1:102, 1:106, 1:201, 1:302, 1:305, 2:301, 3:201, 4:103, entre otros.

Si quisiéramos definirla, podríamos hacer propias las palabras del profesor español Diez-Picazo, que establece acertadamente las diferencias entre el principio general de buena fe y la buena fe propiamente dicha. Él pregona que:

...[la] buena fe a secas es un concepto técnico jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho (...) Otra cosa distinta, es el principio general de buena fe. Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones.¹¹

Al explicar las implicancias que tiene contar con el rango de Principio General del Derecho postula que:

...significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe.¹²

¹² Luis Diez-Picazo, “Prólogo” a la obra de Franz VVieacker “El principio general de la buena fe” (Civitas: Madrid, 1986), 11-12

¹³ Luis Diez-Picazo, “Prólogo”, 11.

Aunando en dicha cuestión, la doctrina abraza de buen grado que este principio se emplee para atenuar una norma demasiado rígida, o para complementar a otra escueta. En este sentido, Rezzónico entiende que este principio entraña

...las ideas ético-jurídicas fundamentales para un grupo social, poseedoras de un mayor o menor grado de generalidad y abstracción, sirviendo a la solución de conflictos, vigentes con independencia de su textualización, y que actúan con criterios valorativos abiertos y flexibles de orientación, guía e interpretación para los particulares y el juez; poseyendo carácter basilar, informador, respecto de diversas materias jurídicas, constituyendo un límite a lo arbitrario. Se trata de verdades o criterios fundamentales, basilares, es decir que sustentan todo el ordenamiento jurídico.¹³

En definitiva, la buena fe pareciera ser omnisciente y omnipotente, y el Dios al cual todos recurrimos cuando nos encontramos en apuros jurídicos, por tanto, una buena alternativa a la cual Pablo y Juan pueden rezar.

b. Coqueteando con la equidad

Podemos decir que la equidad es la hermana sindicalista de la buena fe, que brega por obtener soluciones ecuánimes y justas cuando la ley se impone en su máximo esplendor bajo el lema “*sex lex dura lex*”.

Desde la época en que el latín era el idioma (casi) universal, la idea de equidad sobrevuela el espíritu de los juristas. Tal es así, que se les atribuye a emperadores romanos la frase “*Aequitas praefertur rigori*” que fue posteriormente cristalizada con la célebre proclama de Cicerón “*summum ius, summa injuria*”. Esto nos demuestra que, desde épocas remotas, el hombre se ha inmolado ante la ley, invocando este principio.

Se ha dicho que la equidad es la forma más justa de aplicar el Derecho, ya que posibilita que la norma se adapte a una situación que está sujeta a los criterios de igualdad y justicia. En cuanto al rol que la misma desempeña, “*no se trata de rectificar la ley, o de dejar de lado una ley jurídicamente aplicable por razones extrajurídicas. Se trata, por el contrario de que la ley aparentemente*

¹⁴ Juan Carlos Rezzonico, “Principios fundamentales de los contratos” (Buenos Aires: Astrea, 1999), 16.

*aplicable a la situación considerada en aquellas circunstancias en que conduce a resultados opuestos a la ratio legis, no resulta ser, por ello, la jurídicamente correspondiente a ese caso*¹⁴.

Ahora bien, ¿de dónde surge la idea de equidad? Del Derecho mismo, ya que como Principio General de Derecho “*es parte de la ley natural y también de la ley humana positiva, pues esos principios, más que exigir, ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y se hace posible su aplicación a circunstancias particulares merced a otros principios semejantes*”¹⁵. Por tal motivo, es indistinto que este mencionado explícitamente en la ley u ordenamiento que es prima facie aplicable al caso, ya que la equidad atraviesa todas sus capas por ser el sustento mismo del Derecho.

De esta manera, se terminan de barajar sobre la mesa las cartas con las cuales nuestros protagonistas pueden jugar la próxima partida. Ahora dependerá de ellos si bajan una escalera real o forman un simple trió.

III. CONSTRUYENDO UNA VÁLVULA DE ESCAPE

Si llegaste hasta acá, ¡enhorabuena! Por fin vamos a meternos de lleno en el asunto que nos convoca y a hablar un poco de arbitraje. De todos modos, el camino recorrido fue largo pero necesario. Recordemos que Pedro y Juan son simples comerciantes, que poco sabían de derecho y poco se habían interiorizado en él hasta que llegó la pandemia y los infectó —económica y contractualmente hablando, claro está—.

Con el conocimiento adquirido, ambos contratistas comenzaron a diagramar su estrategia. Concluyeron que debían abrazar la idea de equidad y de buena fe, y que daba igual abordarlas desde el lado del *soft law* o de los Principios Generales del Derecho, ya que ambos caminos los conducían al mismo resultado.

¹⁵ Lucrecia Aboslaiman, “La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación”, *Revista Argumentos* 4 (julio 2017): 64.

¹⁶ John Finnis. “La ley natural y derechos naturales”. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000), 315.

En este sentido, pusieron sobre la mesa los problemas concretos que los asediaban: Pedro colocó la imposibilidad de adquirir la mercadería necesaria para suminístrasela conforme lo pactado a su cocontratista y Juan, sumó a la dificultad de adquirir los materiales de construcción las imposibilidades de traslado y de reunión.

Con el panorama claro se dispusieron a crear la receta para salir airosos de esta encrucijada y luego de mucho trabajo, la concibieron de la siguiente manera: principios subyacentes, equidad y árbitros sensatos. Esos fueron los ingredientes elegidos para crear la estrategia perfecta. Pero nuestros queridos contratistas, agregaron accidentalmente (o no tanto) otro ingrediente a la fórmula: mucho sentido común. Y así nació esta válvula de escape destinada a sortear los escollos legales en aras a lograr una justicia equitativa.

A. Se parte de los principios subyacentes

Para toda construcción, los cimientos son de vital importancia, y dicha norma no escapa a esta empresa, ya que de ellos depende el éxito de la misma.

Recapitulemos: nuestros protagonistas están siendo víctima de una situación imprevista que les impide cumplir con sus obligaciones asumidas, sus instrumentos contractuales no estipulan ninguna cláusula que les brinde una solución factible y el derecho del país *x* es poco flexible a estas soluciones. Sabemos que el camino de salida es la ruta del *soft law* o de los Principios Generales del Derecho, pero ¿cuál es la vía acceso las mismas? Pues bien, lo son los principios subyacentes al mismísimo instituto de la imprevisión.

En este sentido, se ha dicho que la imprevisión “*descansa sobre el principio de la buena fe contractual, la cual busca evitar que el contrato se transforme en fuente de lucro exagerado para uno de los contratantes y en una pérdida desmesurada para la otra*”¹⁶. De este modo, la buena fe pasa a tener un rol protagónico cuando la obra versa sobre la imprevisión, ya que debe:

...calibrar la autonomía de la voluntad, actuando como verdadera fuente homogénea que integra y corrige la voluntad de las partes en relación al

¹⁷ William Jiménez Gil, “La teoría de la imprevisión ¿Regla o principio?”, *Misión Jurídica de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca* (agosto 2009): 19.

efecto vinculante del acuerdo, en determinados casos de flagrante desequilibrio ulterior del pacto, con reflejos en propia determinación de la prestación debida. De esta forma, merced a la construcción y consolidación de este marco conceptual, es perfectamente previsible la expansión de la admisión de las virtualidades del cambio de las circunstancias en materia contractual a todos los sistemas jurídicos”¹⁷.

Ahondando en el campo de la buena fe, la doctrina ensalza su versatilidad y aplicabilidad en gran variedad de oportunidades, “*resulta[ndo] un magnífico ejemplo de la relevancia de la buena fe, como cláusula general, y de los Principios Generales del Derecho, exaltados por la tarea de los juristas que, después de interpretar reconstructivamente el sistema vigente, señalan y traen las nuevas soluciones y tendencias actuales de la “praxis” negocial*”¹⁸.

De esta manera, se abre ante Pedro y Juan una ruta de acceso directa y sin peaje a la ancha avenida de la buena fe como posible solución, por surgir esta de las mismísimas entrañas de la imprevisión.

B. Se agrega un poco de equidad

Y nos referimos a equidad en cuanto a principio, y no en cuanto modo o tipo de arbitraje. Sobre esta premisa, no creemos que recurrir al mismo transforme un arbitraje de derecho tradicional, en un arbitraje de equidad como teme un sector de la doctrina.

Respetados juristas, expresan su contrariedad a esta tesitura de la siguiente manera:

...lo que no puede hacer un árbitro cuando hay un arbitraje de derecho es eludir la aplicación y la búsqueda del derecho aplicable al fondo, escudándose en unos presuntos principios generales del derecho (...) si utilizamos estos criterios como algo distinto a la equidad, como dotados de un contenido esencialmente jurídico, el árbitro está obligado a justificar y a motivar por qué esos principios, por qué esa interpretación

¹⁷ Roberto Fernández de Almeida. “Alteración de las circunstancias y revisión contractual” (tesis de doctorado, Derecho Privado, Universidad de Salamanca, 2011): 210.

¹⁸ Fernández de Almeida, “Alteración de las circunstancias”, 14.

a su juicio responde a una práctica consolidada, uniforme, en el comercio internacional, y no es una manera de eludir la búsqueda del derecho aplicable, como ha ocurrido en ocasiones.¹⁹

Estas preocupaciones son válidas en la medida que realmente tiendan a proteger la autonomía de voluntad de las partes y no cercenen gratuitamente posibles vías rápidas de solución de controversias por tener un temor casi reverencial al exegativismo.

Va de suyo que concordamos con la opinión vertida sobre el deber de los árbitros de fundar adecuadamente sus decisiones sosteniendo las mismas en el ordenamiento normativo, pero no creemos que esto sea óbice para lo aquí postulado.

Reiteramos, con ello no pretendemos desnaturalizar el arbitraje sino demostrar que los árbitros tienen la facultad de involucrarse desde la equidad en el pleito y así dictar una solución accesible y compatible con ambas modalidades de juzgamiento sin perder su sustento legal. Sería algo así como obtener lo mejor de dos mundos de una manera muy simple.

No debemos olvidar que, en última instancia, los árbitros son ávidos lectores e intérpretes de la ley, por tanto, llevar a cabo estos cometidos desde la óptica de la equidad debería ser moneda corriente y no desatar grandes controversias.

C. Se mezcla con la mano de un árbitro sensato

En Argentina, pediríamos conformar el tribunal con un árbitro “con muñeca”, es decir, que tenga la habilidad y astucia para encarar una situación y resolverla de la mejor manera posible, en la mayoría de los casos apelando al ingenio y creatividad por sobre al intelecto y las leyes en sentido estricto.

Este árbitro lúcido, no necesariamente tiene que ser un ser superior o iluminado, sino que basta con que sea un abogado con una perspectiva amplia sin corsets

¹⁹ Sixto Sanchez Lorenzo, “La ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional” (Conferencia, Universidad de Granada, 2009), 5.

mentales. ¿Por qué decimos esto? Porque, mal que nos pese, vamos a apropiarnos de rasgos típicos de los jueces ordinarios para explicar este punto.

En este sentido, se ha dicho que:

...el juez del siglo XXI debe buscar por todos los medios posibles el resultado social esperado. La más eminente misión del juez no es aplicar la ley, sino hacer justicia. Resolver con acierto los problemas concretos que se llevan a conocimiento de los magistrados crea una “sensación de justicia”, que no necesita demasiadas explicaciones. No sirve que el juez sea un esclavo que de sol a sol se recluye en su oficina, si pese a su mejor esfuerzo no consigue los frutos que la sociedad espera.²⁰

Huelga decir que no queremos que un árbitro se convierta en un juez tradicional; de lo contrario, colapsaría todo lo que entendemos y creemos como arbitraje. Lo que se le pide es que pierda el miedo a vulnerar la autonomía de la voluntad y trascienda la letra fría del contrato y de la ley aplicable, ya que independientemente de lo que ellas estipulan, lo único que quieren las partes del procedimiento es resolver los problemas que las convocan, olvidarse del asunto y continuar con sus negocios.

Sin ánimo de sonar reiterativos, ya hemos dejado sentado que acudir a principios como el de la buena fe lejos de constituir un atropello a lo querido por las partes interpela verdaderamente su querer último, ya que cuando estas no previeron, o no pudieron, o no quisieron prever situaciones determinadas, irrumpe la buena fe como el caballero de brillante armadura dispuesto a salvarlas de un conflicto seguro.

La posición que sostenemos no nos encuentra aislados, ya que numerosos tribunales y autores han trascendido estas barreras, apelando a la justicia del caso concreto, analizando sus circunstancias particulares, en aras a alcanzar una solución justa.²¹

²⁰ Cornet, “El principio de buena fe”, 1.

²¹ Jorge Castaniera Jerez, Jorge, “Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Aranzandi de Derecho Patrimonial* 29 (2012): 79.

D. Se sazona con mucho, mucho sentido común

Finalmente, cuando la obra está casi terminada, el coctel a punto de batirse, surge un chispazo cegador que detiene a nuestros queridos amigos. Ese ramalazo de luz es el sentido común irrumpiendo de la manera que siempre lo hace: de golpe y dejando a todos alucinados.

Esto se debe a que los que trabajamos con y en el Derecho tendemos a pensar y complicar las situaciones que se nos presentan, buscando soluciones “elevadas” y difíciles, ¡vaya a saber uno para qué!, cuando las respuestas a todas nuestras preguntas se encontraban desde un principio delante de nuestras narices de la forma más sencilla posible.

Pensemos esto como un ejercicio dialéctico. Para ello preguntémonos en primer término qué fue lo que nos trajo ante un procedimiento arbitral. La respuesta evidente es que lo hizo algún conflicto derivado o vinculado con un asunto contractual —al menos, en este caso hipotético—.

Sentada esa cuestión, el paso lógico siguiente es exponer la naturaleza y funcionalidad de cualquier contrato. Entre todas las respuestas que podemos avizorar nos quedamos con la siguiente: “un contrato es una regulación dotada de sentido”²² ya que plasma y normaliza las reglas que dispusieron las partes para que rijan su vínculo teniendo como sustento la finalidad del negocio que este instrumenta.

Es justamente la razón de ser de la existencia de los contratos la respuesta precisa a este tipo de conflictos y la manera más simple de sortear un obstáculo legal, ya que, si las partes se unieron para satisfacer sus necesidades opuestas y complementarias, acordando voluntaria y libremente hacerlo, la ruptura del vínculo contractual deber producirse del mismo modo y con los mismos ánimos.

Dicho esto, abrimos el paraguas: no estamos pecando de ingenuos. Creemos en el ideal de una ruptura limpia pero no ignoramos que existen rupturas y quiebres contractuales llenos de astillas y desgarros.

²² Norma Juanes, “La causa del contrato”, *Revista de la Facultad Nacional de Córdoba*, Vol. III (2020): 47.

Lo que sostenemos y aquí proponemos, es que ante situaciones tan burdas y evidentes como lo es una pandemia mundial, donde la vida y equilibrio de los contratos se encuentra constantemente en jaque por los efectos propios del aislamiento y las restricciones dispuestas por los gobiernos, es que no se mire al costado ni se intente tapar el sol con la mano.

Eludir una solución salomónica y equitativa, guiada por la mano de un buen árbitro inspirado en la buena fe tiene que ser la regla. Siempre. Esté o no pactado en el contrato. Se encuentre o no dentro del ordenamiento del derecho elegido como aplicable. De lo contrario, nos atrevemos a aseverar que no colaborar en esta misión implicaría lisa y llanamente obrar de mala fe y esa parte tiene que ser duramente reprendida.

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que hemos esbozado someramente la fórmula magistral de la válvula de escape para que usen nuestros amigos contratistas. Como en un acto de ¡Eureka! Pedro y Juan cuentan ahora con una suerte de vacuna contra la incertidumbre de la imprevisión. Ahora solo resta que cuando el inminente conflicto los coloque en las puertas de un procedimiento arbitral, el juzgador atienda a estas razones y no se convierta en un guardián que anule el acceso a la justicia.

IV. SIEMPRE HABRÁ QUIEN PONGA PEGAS

Es innegable que las grandes crisis propician grandes oportunidades que pueden catapultarse como cambios positivos en la realidad fáctica. Ejemplo de ello podría ser que las legislaciones que actualmente se encuentran desfasadas en la regulación de esta materia, aprovechen esta pandemia para modificar y mejorar sus leyes. De hecho, la cuarentena facilita que los legisladores tengan el tiempo suficiente para pensar sus proyectos, sesionar, debatirlos y aprobarlos. Lo sabemos, suena demasiado bonito y conveniente para ser verdad. De igual modo, podemos mencionar a Chile como un caso paradigmático que ejemplifica esta situación.

El país vecino cuenta con una legislación bastante rígida y poco permeable a las bondades del instituto de la imprevisión. Hasta el momento, ha contado con tres intentos de ser modificada, sin tener ningún éxito. Actualmente se encuentra en cartera el último proyecto de ley en esta materia y ya ha suscitado discrepancias.

Lo curioso es que los que se muestran reacios al cambio apuntan a la misma solución que brindamos en el presente trabajo, ya que entienden que “*es innecesario modificar el Código Civil, pues es suficiente con el artículo que existe, el 1546: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*”²³.

Si bien, reiteramos, coincidimos con la postura manifestada, es cierto que lograr que se plasme la imprevisión en el ordenamiento normativo podría evitarnos muchos dolores de cabeza y convertiría posiciones como la de este trabajo en papel de calderilla, ya que los principales problemas estarían zanjados.

De todos modos, no podemos dejar de procurar y celebrar todo intento de elaboración legal en esta materia ya que brindaría seguridad jurídica y, por sobre todas las cosas, tranquilidad a todos los Pablos y Juanes que se encuentren en esta difícil posición en estos tiempos compulsivos.

V. EL ÚLTIMO REFUGIO DE LA ESPERANZA

Al final del día, cuando creemos que todo es oscuro y desolador, vemos un rescuicio de esperanza. Por suerte, eso representa por momentos el arbitraje.

Siguiendo con Chile como ejemplo, hemos de resaltar que, si bien su jurisprudencia ordinaria no ha acogido de buen grado a la imprevisión, si lo han hecho los laudos arbitrales²⁴. De este modo, “*más de la mitad de los casos que*

²³ Ana María Sanhueza, “La teoría de la imprevisión tiene su nicho en la justicia arbitral”, *La Pauta* (junio 2020).

²⁴ Ejemplo de ello es el laudo “Sociedad de Inversiones Monaco Ltda” arbitrado por el Dr. Carlos Urenda Zeguers en el año 1986 que frecuentemente es utilizado como ejemplo en esta materia. En ese caso, el árbitro, adopto una posición similar a la aquí postulada y baso su decisión en los Principios Generales del Derecho: “*en tanto se considere que el fundamento se encuentra en la buena fe o en la equidad, -que es, quizás, el fundamento que la doctrina más comúnmente acepta- también es procedente a la luz de nuestra legislación la aplicación de esta teoría, tanto porque los contratos deben cumplirse de buena fe por todos los contratantes, quedando ellos obligados a dar ese cumplimiento “bona fide”, como porque en ausencia de una regulación expresa de*

han sostenido la teoría de la imprevisión son de árbitros arbitradores en que sus sentencias se han fundado en la equidad, la buena fe y las máximas de la experiencia. Y, en ese sentido, se aplica con bastante frecuencia el principio de la buena fe"²⁵.

Aquí podemos observar nuevamente que se apela a los mismos principios y a la misma lógica que venimos en esta oportunidad a presentar. Es justamente a estos fallos, a estos pequeños actos de justicia a los que queremos apuntar, señalar y colocar como estándar general de consecución.

A situaciones como esta nos referimos cuando hablamos de conseguir la fórmula perfecta. Es justamente este coctel asombroso de interpretación e interpelación real del problema que estamos abordando, deshojando sus capas para desentrañar sus principios más íntimos, conjugándolos con la idea de equidad de la mano de un árbitro lucido y hábil con los pies bien plantados sobre la tierra y la cabeza colocada sobre sus hombros.

Algunos dicen que el Derecho es una ciencia, otros una técnica y unos pocos, un arte. Sin lugar a dudas debe tener mucho de esta última, porque necesita la de la sensibilidad de un artista para dilucidar el problema y la sutileza de un sastre para confeccionar la solución ajustada a cada caso, porque al final del día, lo único que importa es haber realizado bien un trabajo y disolver el conflicto sustancial.

VI. CONCLUSIÓN

Este viaje que compartimos merece terminar de la siguiente manera: afirmando que debemos ser prácticos y creativos, trascender e ir más allá de lo escrito, ya que las trabas sin sentido atentan contra la esencia de la actividad contractual,

esta teoría en el Código Civil, ningún juez puede excusar de resolver el problema que le sea planteado, debiendo recurrir, a falta de ley, a los principios de equidad. (...) Es indudable que la doctrina o teoría de la imprevisión consagrada incluso en forma expresa en distintos códigos civiles de otros países con una misma tradición jurídica que la nuestra, constituyen principios relevantes de equidad sobre los cuales puede el juez —especialmente un árbitro— basar su fallo”.

²⁵ Sanhueza, “La teoría”.

colocando a los contratistas en la posición de tener que pedir clemencia o sucumbir.

Es indispensable lograr alcanzar la fórmula perfecta como válvula de escape. Para ello, debemos animar a los árbitros a que sean más jueces que hagan justicia al margen del contrato, recurriendo para ello a los Principios Generales de Derecho y así mantener los acuerdos en crisis como regulaciones dotadas de sentido para las partes.

Lo propuesto no es utópico. Hemos demostrado que la equidad, y por sobre todo la buena fe, han servido para formular elaboraciones amplísimas que sortean con gracia estos obstáculos. Nada obsta que en estos tiempos suceda lo mismo, ya que, reformulando a Einstein *“en épocas de crisis, solo la buena fe y la justicia son más importante que la fría letra de la ley”*.

El Arbitraje de Clase en Tiempos de la COVID-19: Una Introducción a la Tutela de los Derechos Colectivos en el Arbitraje

Kevin Jesús Alarcón Chunga *

Resumen- Las decisiones gubernamentales y de las organizaciones que ofrecen bienes y servicios, producto de la propagación del Coronavirus, han generado gran afectación a las personas, no solo desde el plano individual, sino especialmente desde el plano colectivo. La afectación en el plano colectivo genera la necesidad de velar por una adecuada defensa de derechos colectivos, que tradicionalmente se lleva a cabo mediante acciones de clase en el ámbito judicial; sin embargo, la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica muestra que es posible recurrir al arbitraje para defender estos derechos, donde se presenta como una herramienta que permite solucionar conflictos derivados de numerosas transacciones comerciales de forma eficiente y eficaz.

Abstract- Government decisions and those of the organizations offering goods and services, as the result of the spread of the Coronavirus, have had a great impact on people, not only at the individual level, but especially at the collective level. The impact on the collective level generates the need to ensure an adequate defense of collective rights, which is traditionally carried out through class actions in the judicial sphere; however, the experience of the United States of America shows that it is possible to submit the defense of these rights to

* Egresado de la carrera de Derecho Corporativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ESAN. Miembro de la firma QA Legal y de *Young ICCA*. Correo electrónico: kjalarconc@gmail.com.

El autor agradece mucho a la asociación Arbitraje Alumni por darle la oportunidad a toda la comunidad de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial Internacional de aportar a la primera edición de la Revista Digital de Arbitraje Alumni.

arbitration, where it is presented as a tool to solve conflicts derived from numerous commercial transactions in an efficient and effective manner.

I. INTRODUCCIÓN	97
II. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES	99
III. LA ACCIÓN DE CLASE O CLASS ACTION	102
IV. EL ARBITRAJE DE CLASE O CLASS ARBITRATION	107
V. ARBITRAJE DE CLASE INSTITUCIONAL	110
VI. CRÍTICAS A LA ACCIÓN DE CLASE Y AL ARBITRAJE DE CLASE	115
VII. REFLEXIÓN FINAL.....	118

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos una pandemia mundial producto de la propagación del Coronavirus, un virus que -lamentablemente- todos conocemos y padecemos. No se hará referencia a las características de este virus ni a la enfermedad infecciosa que causa (COVID-19), pues eso se lo dejamos a los especialistas: Sin embargo, sí haremos referencia a una de las consecuencias de este: un repensar de la colectividad, una vuelta al centro de la atención a los asuntos colectivos, lo que nos impacta a todos, no solo como individuos, sino como grupo. En palabras de la filósofa Patricia Manrique¹:

Esta crisis, parece, no podría solventarse si nos ciéramos a términos contractuales, si no hubiera una exposición al otro, incluso al contagio de muchos y muchas (...). A este respecto, podemos congratularnos de cierto resurgimiento de la sensación de comunidad – de reciprocidad, de obligación mutua, no de “patria” o “Estado”- de la consciencia de su importancia que el virus ha estimulado.

¹ Patricia Manrique. “Hospitalidad e inmunidad virtuosa” en *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. SPO (2020): 155-156.

Por ejemplo, dependemos -según sostienen los científicos- de que la mayor cantidad de gente posible se quede en casa para que el virus no se expanda. Esto quiere decir, que dependemos de nosotros mismos, pero -sobre todo- de otros; ahora más que nunca nos hemos dado cuenta que tenemos intereses comunes. Pero más allá del tema reflexivo, vayamos a ejemplos concretos.

Según una noticia del 25 de abril del presente año en el portal web de CNN noticias en los Estados Unidos de Norteamérica², algunos estudiantes universitarios interpusieron demandas colectivas contra tres conocidas universidades privadas de New York: *Columbia University*, *Pace University* y *Long Island University*. En los dos primeros casos por montos de hasta 10.9 billones y 182 millones de dólares, respectivamente.

¿Por qué unos estudiantes demandarían a su propia *Alma Mater*? En líneas generales, debido a la cuarentena generalizada y cierre de los campus universitarios, los estudiantes argumentan que las clases en línea o remotas son menos valiosas y que deberían costar menos, no lo que ya pagaron por clases presenciales. Piden que sus universidades reconozcan la pérdida de valor de las clases producto de la migración de lo presencial a lo remoto: interacción con los profesores, acceso a las instalaciones del campus, alojamiento, comidas y la interacción social en general, por lo que piden una reducción de los pagos de forma proporcional.

¿A algunos de los lectores les cancelaron un vuelo? A quien escribe estas palabras sí, y seguro a muchas personas más. En la conocida página web *Top Class Action*, se informa que, debido a las cancelaciones de vuelos por las restricciones al tráfico aéreo comercial ordenadas por distintos Estados, un pasajero afectado inició una acción de clase contra *Air Canada* ante la Corte Federal de Florida³. El pasajero argumenta que su vuelo fue cancelado y que,

² Annie Grayer. “Student in New York file class-action lawsuits against 3 universities, claiming that schools have failed to adequately refund fees”. 25 abril, 2020. <https://edition.cnn.com/2020/04/25/us/student-class-action-lawsuits-coronavirus/index.html> (traducción libre).

³ Emily Sortor. “Air Canada Class Action Seeks Flight Refunds”. 28 abril, 2020. <https://topclassactions.com/class-action-lawsuit-settlement-news/coronavirus-covid-19/air-canada-class-action-seeks-flight-refunds/> (traducción libre).

según el contrato con la aerolínea, esta debió hacerle un reembolso y no entregarle un ticket para futuros vuelos como le ofreció *Air Canada*⁴.

Podríamos citar muchos más ejemplos de demandas colectivas iniciadas a raíz de la pandemia mundial y de las distintas medidas gubernamentales adoptadas por los Estados alrededor del mundo, pero nos quedaríamos sin espacio. Sin embargo, queda claro que las consecuencias del contexto actual afectan a las personas desde un punto de vista colectivo y en cualquier ámbito de la vida, sea el educativo, laboral o recreativo.

Ahora, de los ejemplos reseñados podríamos hacernos las siguientes preguntas: ¿qué derechos se protegen en procesos colectivos?, ¿qué es una acción de clase? Además, los ejemplos reseñados plantean controversias sometidas ante cortes estatales, pero ¿es posible iniciar acciones colectivas ante tribunales arbitrales? De ser posible ¿cómo se lleva a cabo un proceso colectivo arbitral?, ¿son convenientes las acciones colectivas? A lo largo de las secciones II al VI del presente artículo intentaremos responder estas preguntas.

II. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES

En los procesos colectivos se protegen -aunque parezca obvio- derechos colectivos o derechos supraindividuales. La categoría de interés o derecho supraindividual hace referencia a derechos comunes a una colectividad de personas, y solamente a estas⁵.

También es posible referirse a los derechos supraindividuales como derechos colectivos *lato sensu*, es decir, a los derechos colectivos entendidos como género, de los cuales son especies los derechos difusos, los derechos colectivos

⁴ El caso en cuestión se denomina *Thomas Levu v. Air Canada Inc.*, Caso No. 6:20-cv-703, ante la *U.S. District Court for the Middle District of Florida*.

⁵ Exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, 1.

strictu sensu y los derechos individuales homogéneos⁶. Veamos cuál es la diferencia:

- a. Los derechos difusos suponen, en primer lugar, un número indeterminable e indeterminado de titulares; en segundo lugar, una naturaleza indivisible e indisponible del bien jurídico afectado y, en tercer lugar, a la unión fáctica generada por el daño materia de la pretensión colectiva de los involucrados. Por ejemplo: la publicidad engañosa o abusiva que afecte un número indeterminable de personas, la protección al medio ambiente, la preservación de la moralidad administrativa⁷ e incluso algunos casos de derechos del consumidor⁸.
- b. Los derechos colectivos en sentido estricto son aquellos que pertenecen a un número indeterminado, pero determinable de titulares, entre los cuales existe una relación jurídica base que los vincula, sea entre ellos o con la parte contraria⁹. Ahora bien, esta relación jurídica base tiene que ser anterior a la afectación¹⁰ y puede darse bien entre los miembros del grupo o por su vinculación con la parte contraria. Como ejemplo de lo primero, los profesores brasileños Freddie Didier Jr. y Hermes Zaneti Jr. citan a la Orden de los Abogados de Brasil (y en general cualquier asociación de profesionales), en el caso de lo segundo, los contribuyentes de un determinado impuesto¹¹.

⁶ Freddie Didier Jr. & Hermes Zaneti Jr. “Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, *Palestra editores* (2019): 89. Esta subdivisión es la realizada por el artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, aprobado por Ley 8.078/1990: I. intereses o derechos difusos; II. Intereses o derechos colectivos; III. Intereses o derechos individuales.

⁷ Freddie Didier Jr. & Hermes Zaneti Jr. “Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, 98.

⁸ Carlos Glave Mavila, “El Proceso Colectivo según el Código de Consumo”. *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*, N° 11 (2012): 344.

⁹ Nelson Ramírez Jiménez, “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”. En: *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, (2008): 269.

¹⁰ Freddie Didier Jr. & Hermes Zaneti Jr. *Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, 99.

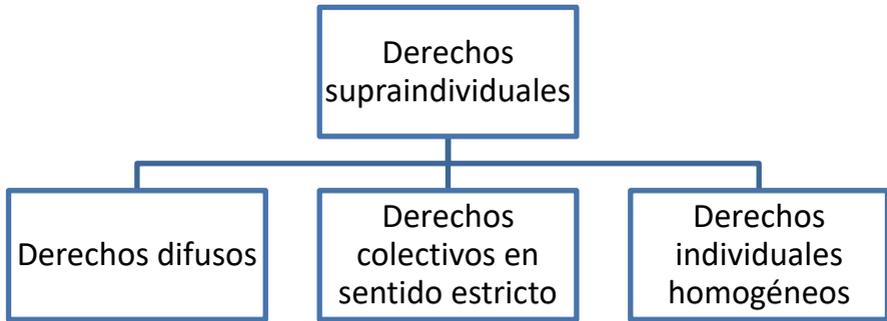
¹¹ *Ibíd.*, 98.

- c. Los derechos individuales homogéneos, según Carlos Glave, se caracterizan por la existencia de derechos subjetivos individuales y a la divisibilidad del bien jurídico entre la comunidad de afectados, pero se tratan colectivamente porque tienen un origen de hecho común y un contenido jurídico homogéneo¹².

Mediante el reconocimiento de estos derechos se otorga la posibilidad de la tutela colectiva de derechos que son, en realidad, individuales, pero con una natural dimensión colectiva en razón de su homogeneidad, derivada de la masificación y estandarización de las relaciones jurídicas y las vulneraciones resultantes.¹³

En resumen, podemos clasificar a estos derechos de la siguiente manera (Figura 1):

Figura N°1



Elaboración: propia.

¹² Carlos Glave Mavila, “El Proceso Colectivo según el Código de Consumo”, 344.

¹³ Fredie Didier Jr. & Hermes Zaneti Jr. *Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, 98.

III. LA ACCIÓN DE CLASE O *CLASS ACTION*

Los derechos supraindividuales pueden ser protegidos mediante acciones colectivas o de clase (*class action*). Las acciones de clase son un mecanismo procesal que permite a uno o más demandantes iniciar un proceso a nombre de un grupo o clase de personas identificadas por ciertas características similares, sin que el grupo de personas forme necesariamente parte del proceso. Por esta razón, esta acción supone la excepción al principio general de legitimación, el cual supone que una sentencia favorece o perjudica únicamente a las partes del proceso.¹⁴

En esa misma línea de ideas, el profesor Antonio Gidi define la figura de *class action* de la siguiente manera:

[L]a acción colectiva es la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada). En una acción colectiva los derechos del grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho del grupo.”¹⁵

En otras palabras, la acción de clase es una acción procesal, cuya particularidad es que se tutelan derechos colectivos; a diferencia del proceso bilateral que tutela intereses a título personal. Esta acción procesal consiste comúnmente en que cuando un individuo sufre un daño, cuya cuantía es tan mínima e insignificante que no justifica el costo de iniciar un proceso bilateral, el individuo puede iniciar un proceso con intención de reclamar al causante del daño una reparación pecuniaria por los daños ocasionados a una pluralidad de individuos que han sufrido el mismo hecho dañoso, asumiendo así, un rol de

¹⁴ Luis Enrique Cuervo. “El litigio masivo y sus alternativas, la experiencia de los Estados Unidos. Las Acciones de clase en el Derecho Norteamericano”, ponencia presentada en el Seminario Internacional de Métodos de Resolución de Conflictos, Bogotá, 10 de junio (2014): 5.

¹⁵ Antonio Gidi. “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, *Editorial Porrúa* (2003): 15.

representante de un grupo de individuos con aras a justificar -económicamente hablando- el inicio de un proceso.

La moderna acción de clase surge en el año 1966, como resultado de ciertos cambios realizados a las Reglas Federales de Procedimientos Civiles (*Federal Rules of Civil Procedure*¹⁶) de los Estados Unidos de Norteamérica, que permitió un incremento en las oportunidades de interponer demandas de clase, especialmente en situaciones que involucraban daños patrimoniales¹⁷.

El uso de este mecanismo proliferó durante los años 1970 y 1980, a pesar de las fuertes oposiciones de la comunidad corporativa (por vía judicial y política). Como nos informa la doctrina, la acción de clase ha sido y es comúnmente vista por las entidades corporativas como riesgosas, costosas y en su mayoría basadas en reclamos frívolos iniciados simplemente para lograr un *strike suit*, esto es, iniciar un proceso para llegar a un acuerdo beneficioso rápido antes que a litigar¹⁸.

Es esta figura -la acción de clase- con las características del derecho norteamericano, la que fue trasladada posteriormente al mundo del arbitraje, por lo que reviste una especial importancia para este trabajo. Ahora, ¿cómo es una acción de clase y cuáles son las etapas del proceso colectivo? Podemos tomar como referencia a la norma pionera en este aspecto, la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Aunque no se entrará en detalle sobre esta norma, veamos las etapas de forma breve:

¹⁶

Disponible

en:

https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf

¹⁷ Stacy Strong. “Class, mass, and collective arbitration in national and international law”, *Oxford University Press* (2013), 6. Citando a Deborah Hensler et al., “Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain”. *RAND Institute for Civil Justice* (2000): 10-22.

¹⁸ Stacy Strong. “Class, mass, and collective arbitration in national and international law”: 8.

Cuadro N°1

#	Etapa	Descripción
1	Presentación de la demanda	Una persona o un grupo de personas que representen a una clase presenta una demanda (o se presenta una demanda contra ellas) ante la jurisdicción ordinaria.
2	Evaluación de los prerequisites	La clase debe cumplir con lo siguiente: (1) debe ser tan numerosa que la unión de todos los miembros es impracticable; (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; (3) las reclamaciones o defensas de las partes representativas son típicas de las demandas o defensas de la clase; y (4) las partes representativas deben representar justa y adecuadamente los intereses de la clase.
3	Requisitos para mantener la acción de clase	Además de cumplir con lo anterior, la acción de clase seguirá si: (1) el iniciar acciones separadas crea el riesgo de decisiones inconsistentes o variadas entre individuos de una misma clase o decisiones respecto a individuos que afectarían los intereses de otros; (2) la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar por motivos que se aplican a la clase en general; (3) el tribunal considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los

		miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte solo miembros individuales, y que una acción de clase es superior a otros métodos disponibles para juzgar de manera justa y eficiente la controversia.
4	Certificación de la clase y notificación	(1) El Tribunal debe determinar si certifica o no la acción como una demandada colectiva (decisión apelable) y (2) los miembros del grupo son notificados de la mejor manera posible según las circunstancias.
5	Conducción de la acción	El Tribunal puede decidir sobre cuestiones procedimentales para proteger a los miembros de la clase: imponer condiciones a los representantes de la clase, informarles sobre el alcance de la sentencia, velar porque la clase esté justa y adecuadamente representada, etc.
6	Acuerdos	En caso la clase certificada (demandante o demandada) reciba una propuesta de acuerdo, su rechazo o aceptación debe ser aprobada por el Tribunal.
7	Sentencia	La sentencia favorable o no a la clase debe incluir y describir a los miembros de la clase y, de ser el caso, incluir a

		quienes fueron notificados y no solicitaron su exclusión de la clase.
--	--	-----------------------------------------------------------------------

Fuente: Artículo 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Elaboración propia.

La importancia de la acción de clase radica en sus beneficios. De los ejemplos mencionados en la Sección I de este trabajo, es poco probable que una persona tenga incentivos para iniciar un proceso contra una aerolínea o su universidad si el reclamo es de una cuantía poco significativa o insignificante, pues los costos del mismo proceso pueden superar a los del reclamo en sí mismo. En general, los costos de informarse y actuar superan los beneficios de hacerlo¹⁹. En cambio, si se agrupan varias personas, es posible que sí decidan actuar y así obtener una indemnización en caso de haber sufrido un daño.

En tal sentido, desde el punto de vista jurídico, los beneficios más importantes son que: (i) Reduce la duplicidad de procesos, (ii) otorga consistencia en los resultados, (iii) permite que los costos del proceso sean soportados de manera global y, por tanto, permite el acceso a la justicia (iv) permite la recuperación de reclamos de pequeñas cuantías de personas que quizás nunca se hubieran enterado de que fueran perjudicadas o de personas que no se hubiesen molestado en accionar aun así estuviesen enteradas del perjuicio²⁰.

Desde el punto de vista económico, se debe reconocer que, así como la reclamación puede ser de poca cuantía, lógicamente la indemnización también

¹⁹ Pamela Tolosa, “Acciones de clase y resarcimiento de daños al consumidor en casos de menor cuantía: su regulación en Latinoamérica”. En: *Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía* (2017): 3.

²⁰ Al respecto, ver: Jack B. Winstein. “Compensating large numbers of people for inflicted harms.” (Keynote address at the Conference on Group Litigation in Comparative Perspective, Duke University Scholl of Law and the University of Geneva Faculty of Law, Geneva, Switzerland, 2000): 172-173.

lo será (a esto se le denomina el “problema de la acción colectiva”²¹); sin embargo, (i) se genera una externalidad positiva, pues los demás perjudicados con el hecho dañoso podrán reclamar una indemnización producto de un proceso que no iniciaron y (ii) se genera un desincentivo a la parte demandada para que no cometa la conducta ilícita.

IV. EL ARBITRAJE DE CLASE O *CLASS ARBITRATION*

La forma moderna del arbitraje de clase se considera que surgió en Estados Unidos de Norteamérica a raíz del caso conocido como *Keating v. Superior Court*²² en 1982. Sin embargo, como destaca la doctrina, en ese caso, como en otros anteriores, el procedimiento no se desarrolló como producto de la autonomía de las partes, sino como efecto de la acción judicial²³.

Como señala Stacy Strong, el arbitraje de clase surgió producto de un descontento de los defensores de las corporaciones con respecto a la acción de clase en sede judicial²⁴. En este contexto, después de los esfuerzos frustrados de la comunidad corporativa por impedir las acciones de clase, los empresarios recurrieron a los mecanismos alternativos de resolución de disputas como el Arbitraje, pensando que a través de un convenio arbitral eliminarían la posibilidad de un proceso de clase ya que obligaría a resolver las controversias en sede arbitral, lo que, se entendía, implicaba un arbitraje bilateral individual²⁵.

Así lo señaló la profesora Jean Sternlight, quien, en el año 2002, comentaba que las compañías estaban deliberadamente usando el arbitraje para evitar que consumidores e incluso empleados puedan unirse en una acción de clase. Por ejemplo, una cláusula predispuesta de un proveedor de tarjeta de crédito llamado MBNA contenía los siguientes términos: “No se puede presentar

²¹ La profesora Pamela Tolosa considera que el problema de la acción de clase es que lo afectados no tendrán incentivos para reclamar la liquidación de los daños individualmente sufridos, porque aún con una sentencia colectiva favorable, el costo esperado de hacerlo supera los beneficios esperados. *Ob. cit.*, 1.

²² Corte Suprema de California. *Keating v. Superior Court*, 31 Cal.3d 584. (1982).

²³ Stacy Strong. *Class, mass, and collective arbitration in national and international law*, 7.

²⁴ *Ibíd.* 7.

²⁵ *Ibíd.* 8.

ningún reclamo como una acción de clase o como un abogado general privado. Usted no tendrá derecho a actuar como representante de la clase o participar como miembro de una clase de reclamantes con respecto a cualquier controversia”²⁶.

No obstante, a pesar de que esta estrategia parecía “teóricamente correcta”, en palabras de Stacy Strong, las dificultades para la comunidad corporativa aparecieron casi inmediatamente: las Cortes norteamericanas pronto reconocieron que el uso de convenios arbitrales para eliminar un proceso de clase afectaba varios principios de la acción de clase y perjudicaba la efectiva protección de los intereses comunes de un grupo²⁷, por lo que ordenaban que el proceso arbitral sea también colectivo.

Entonces, de una breve revisión de la historia del arbitraje de clase podemos ver que está profundamente marcada por una clara y no pacífica oposición de la comunidad corporativa que ha planteado diversas objeciones, tanto teóricas como prácticas, para señalar que el arbitraje no es un mecanismo idóneo para la solución de controversias colectivas y así poder evitar el inicio de un proceso de clase arbitral.

Dicho esto, la importancia del arbitraje de clase radica también en sus beneficios, que son compartidos con los de la acción de clase en sede judicial (comentados en la sección anterior), pero además (i) evita que se use el arbitraje como un mecanismo de escape de la acción de clase judicial y (ii) combina los beneficios del arbitraje (eficiencia, flexibilidad, confidencialidad, etc.) con los beneficios de la acción de clase. Así, por medio del arbitraje de clase, se pueden

²⁶ Jean Sterlinght. “Should and Arbitration Provision Trump the Class Action? No: Permiting companies to skirt Class Actions Through Mandatory Arbitration Would be Dangerous and Unwise”. *Scholarly Works, Paper*, 259 (2002): 13.

²⁷ Stacy Strong. *Class, mass, and collective arbitration in national and international law*, 8.

resolver controversias, por ejemplo, de naturaleza comercial²⁸, laboral²⁹, vinculadas a relaciones de consumo³⁰ e incluso de derecho de la construcción³¹ (dependiendo de la ley aplicable).

Cabe mencionar, por último, que la diferencia fundamental entre la acción de clase en sede judicial y en sede arbitral es la necesidad de que la materia sea arbitrable y que exista un convenio arbitral como expresión clara de las partes de someter sus controversias a arbitraje. De hecho, la práctica jurisprudencial y teórica ha llevado la discusión mucho más lejos, al punto de discutir si se requiere o no un consentimiento expreso de someter controversias a un arbitraje de tipo colectivo para poder iniciar un arbitraje de este tipo.³²

²⁸ Como el caso *Aaron Reeves y otros vs. SNAP-ON TOOL COMPANY, LLC y SNAP-ON CREDIT LLC*. derivado de un contrato sobre compra venta de herramientas para autos. Demanda disponible en: [https://apps.adr.org/CaseDocketApp/faces/CaseSearchPage.jsf? ga=2.46017764.1122336673.1596245620-1937912665.1596088678](https://apps.adr.org/CaseDocketApp/faces/CaseSearchPage.jsf?_afPfm=1&_afPfm=2&_afPfm=3&_afPfm=4&_afPfm=5&_afPfm=6&_afPfm=7&_afPfm=8&_afPfm=9&_afPfm=10&_afPfm=11&_afPfm=12&_afPfm=13&_afPfm=14&_afPfm=15&_afPfm=16&_afPfm=17&_afPfm=18&_afPfm=19&_afPfm=20&_afPfm=21&_afPfm=22&_afPfm=23&_afPfm=24&_afPfm=25&_afPfm=26&_afPfm=27&_afPfm=28&_afPfm=29&_afPfm=30&_afPfm=31&_afPfm=32&_afPfm=33&_afPfm=34&_afPfm=35&_afPfm=36&_afPfm=37&_afPfm=38&_afPfm=39&_afPfm=40&_afPfm=41&_afPfm=42&_afPfm=43&_afPfm=44&_afPfm=45&_afPfm=46&_afPfm=47&_afPfm=48&_afPfm=49&_afPfm=50&_afPfm=51&_afPfm=52&_afPfm=53&_afPfm=54&_afPfm=55&_afPfm=56&_afPfm=57&_afPfm=58&_afPfm=59&_afPfm=60&_afPfm=61&_afPfm=62&_afPfm=63&_afPfm=64&_afPfm=65&_afPfm=66&_afPfm=67&_afPfm=68&_afPfm=69&_afPfm=70&_afPfm=71&_afPfm=72&_afPfm=73&_afPfm=74&_afPfm=75&_afPfm=76&_afPfm=77&_afPfm=78&_afPfm=79&_afPfm=80&_afPfm=81&_afPfm=82&_afPfm=83&_afPfm=84&_afPfm=85&_afPfm=86&_afPfm=87&_afPfm=88&_afPfm=89&_afPfm=90&_afPfm=91&_afPfm=92&_afPfm=93&_afPfm=94&_afPfm=95&_afPfm=96&_afPfm=97&_afPfm=98&_afPfm=99&_afPfm=100)

²⁹ Como el caso *Boris Gnezdilov y otros vs. Pizza Hut, Inc.* La controversia está relacionada a la vulneración del Código de Trabajo de California en una relación laboral con Pizza Hut, Inc. Solicitud de Arbitraje disponible en: <https://apps.adr.org/CaseDocketApp/faces/CaseSearchPage.jsf? ga=2.16633206.1122336673.1596245620-1937912665.1596088678>

³⁰ Como el caso *Ann Marie Caban y otros vs. J.P. Morgan Chase & Co.* La controversia está relacionada a sobrecargos de intereses relacionados a un Acuerdo de Membresía de Tarjeta. Demanda disponible en: <https://apps.adr.org/CaseDocketApp/faces/CaseSearchPage.jsf? ga=2.5006835.1122336673.1596245620-1937912665.1596088678>

³¹ Como el caso *Luis Maseda y otros vs. DEAUVILLE ASSOCIATES LLC*. La controversia está relacionada a múltiples contratos de compra venta de unidades residenciales. Demanda disponible en: <https://apps.adr.org/CaseDocketApp/faces/CaseSearchPage.jsf? ga=2.47195751.1122336673.1596245620-1937912665.1596088678>

³² Esta discusión no se aborda en este trabajo, pero podemos mencionar algunos artículos que sí lo hacen: Helena Céspedes, “Sistema Opt-in: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje”, *Revista de Derecho Privado* Volumen, no. 54 (2015); Gary Born & Claudio Salas, “The United States Supreme Court and Class Arbitration: A tragedy of errors”, *Missouri Journal of Dispute Resolution* Volumen, no. 21 (2012).

V. ARBITRAJE DE CLASE INSTITUCIONAL

A raíz del caso *Green Tree Financial Corp. vs Lynn Bazzle* (2003)³³, considerado como uno de los casos que mayor impulso le dio al arbitraje de clase, pues se reafirmó la facultad de los tribunales arbitrales de interpretar por sí mismos los convenios arbitrales para determinar si se permitía el inicio o no de un arbitraje de clase, surgieron reglamentos arbitrales especializados en este tipo de proceso. Así, surgieron las Reglas Suplementarias para el Arbitraje de Clase de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), publicadas en octubre de 2003 y los Procedimientos para el Arbitraje de Clase de la JAMS, publicados en febrero de 2005, que, según González & Cruz, son adaptaciones a la realidad arbitral del modelo de acción de clase norteamericano³⁴, pues ambas reglas son un espejo de la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles³⁵ con la intención de proveer a los árbitros la oportunidad de aprovechar la casuística construida a partir de esta regla³⁶.

Ya que ambos reglamentos institucionales contienen etapas iguales, las podemos resumir en el siguiente cuadro:

³³ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Caso *Green Tree Financial Corp. vs Lynn Bazzle*.

³⁴ Julio González Arango & Santiago Cruz Mantilla. "Class arbitration: here to stay? The potential objections against recognition and enforcement of class arbitral awards under the New York Convention". *Spain Arbitration Review – Revista del Club Español de Arbitraje*, 30 (2017): 22.

³⁵ *Federal Rules of Civil Procedure: Rule 23*.

(a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

(1) *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*

(2) *there are questions of law or fact common to the class;*

(3) *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*

(4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

³⁶ Stacy Strong, "The sounds of silence: are U.S. arbitrators creating international enforceable awards when ordering class arbitration in cases of contractual silence or ambiguity?", *Michigan Journal of International Law*, 30 (2009): 43.

Cuadro N°2

#	Etapa	Descripción
1	Presentación de la Solicitud de Arbitraje	Una persona o un grupo de personas que representen a una clase presenta una solicitud de arbitraje (o se presenta una solicitud contra ellas) ante la institución arbitral.
	Laudo de construcción (interpretación) del convenio arbitral	En un laudo parcial sujeto a revisión judicial inmediata, el Tribunal Arbitral interpreta el convenio arbitral en el sentido de decidir si permite o no que el arbitraje continúe.
2	Laudo de determinación de la clase	En un laudo parcial sujeto a revisión judicial inmediata el Tribunal Arbitral decide si el grupo de demandantes debe ser certificado.
3	Notificación de la determinación de la clase	El Tribunal Arbitral ordenará que a los miembros de la clase se les proporcione “el mejor aviso posible en consideración de las circunstancias”, que incluirá una referencia a esa clase, que los miembros pueden solicitar la exclusión y cómo y cuándo pueden solicitarlo.
4	Laudo final	Decisión final sobre el fondo de la controversia. Debe ser motivado, definir la clase con especificidad, el estado de a quién se le notificó y quiénes, de ser el caso, fueron excluidos de la clase. Cualquier acuerdo, renuncia voluntaria o compromiso de las partes no surtirá

		efectos a menos que sean aprobados por el Tribunal Arbitral.
--	--	--------------------------------------------------------------

Fuente: González Arango & Cruz Mantilla³⁷. Elaboración propia.

La importancia de estos reglamentos en la legitimación del arbitraje de clase se debe básicamente a dos razones: por un lado, porque se debe tomar en cuenta que ninguna Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha definido aún qué procedimiento debe seguirse una vez que el arbitraje está en marcha y, por otro lado, porque los procedimientos publicados son ampliamente disponibles y respaldados por prestigiosas instituciones arbitrales, entonces habrá menor posibilidad que los demandados en un proceso de clase aleguen que el procedimiento de clase es extraño al concepto de arbitraje y que por lo tanto un laudo derivado de estos procedimientos no deba ser ejecutado³⁸, simplemente ya no habrá sorpresa, pues los reglamentos y algunos procesos son públicos.

A continuación, para contrastar las diferencias existentes entre las etapas de la acción de clase en sede judicial (Cuadro N°1) y en sede arbitral (Cuadro N°2), se desarrollará con mayor detalle cada una de las etapas identificadas en el segundo cuadro:

(i) Construcción (interpretación) del convenio arbitral

La primera etapa, de conformidad con el artículo 3 de las Reglas de la AAA y el artículo 2 de los Procedimientos de la JAMS, tiene como finalidad conservar y velar por el respeto a la voluntad de las partes, pues consiste en que el tribunal ya conformado deberá analizar el convenio arbitral invocado para iniciar el proceso y determinar si este permite o no el desarrollo de un arbitraje de clase (sea en la parte demandada o demandante), lo que dará lugar a un laudo parcial, denominado “laudo de construcción del convenio” . Cabe resaltar que, al momento de “construir” el convenio arbitral, no pueden tomarse en

³⁷ Julio González Arango & Santiago Cruz Mantilla. “Class arbitration: here to stay? The potential objections against recognition and enforcement of class arbitral awards under the New York Convention”, 23.

³⁸ Stacy Strong, *Op. Cit.*, 6.

consideración la existencia de las propias reglas como un factor que favorezca o perjudique la posibilidad de iniciar un arbitraje de clase.

Esta etapa, aunque inicial, reviste una importancia mayúscula, pues consiste, en realidad, en una labor interpretativa que tienen que hacer los árbitros respecto del convenio arbitral invocado. Dentro de esta interpretación deberán considerar el alcance objetivo, es decir, qué posibles o existentes controversias decidieron someter las partes a arbitraje y el alcance subjetivo, esto es, entre quiénes se pactó la posibilidad de someterse a arbitraje.

No resulta difícil imaginar ciertas circunstancias problemáticas en esta etapa, por ejemplo, cuando el alcance subjetivo del convenio solo está expresado en términos singulares (el “cliente” y no “los clientes”), cuando el convenio prohíbe expresamente la posibilidad de llevar a cabo una acción de clase o cuando el convenio guarda absoluto silencio respecto de la posibilidad de realizar un proceso de clase. Todas estas circunstancias, como es claro, ponen en juego la voluntad de las partes, elemento esencial del arbitraje y que debe ser cuidadosamente analizada por los árbitros.

(ii) Certificación de la clase

Para iniciar un proceso colectivo se requieren del cumplimiento de ciertos presupuestos. Estos presupuestos o requisitos están expresamente señalados en los reglamentos ya comentados anteriormente. Ahora bien, como se podrá apreciar, estos reglamentos se inspiran en lo señalado en la normativa de acción de clase de los Estados Unidos de Norteamérica, es decir, en el artículo 23 de las Reglas Federales para el Procedimiento Civil.

Cuando el Tribunal Arbitral ha determinado que el contenido del convenio arbitral permite el arbitraje de clase, procederá a “certificar la clase”, suceso que solo tendrá lugar cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- La clase es tan numerosa que arbitrajes consolidados o separados en nombre de todos los miembros es impracticable (pluralidad significativa),
- existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase (identidad),

- las pretensiones o defensas de los representantes sean típicas de las pretensiones o defensas de la clase (tipicidad),
- las partes que actúen como representantes de la clase protejan adecuada y justamente los intereses de la clase (representatividad),
- el abogado seleccionado para representar a la clase proteja adecuada y justamente los intereses de la clase y
- cada miembro de la clase sea parte de un contrato que contenga un convenio arbitral sustancialmente similar a la firmada por los representantes de la clase y cada uno de los miembros de la clase (similitud).

Al final de esta etapa de “certificación de la clase”, de conformidad con los artículos 5 de la Reglas de la AAA y 3(c) de los procedimientos de la JAMS, respectivamente, también se emite un laudo, el “laudo parcial de determinación de la clase”, en el que se indica la decisión del árbitro respecto de si el arbitraje debe o no proceder como un arbitraje de clase. El laudo que certifica la clase deberá definir la clase, identificar a los representantes y abogados de la clase y establecer las pretensiones de la clase, controversias o defensas. En las reglas de la JAMS dicho laudo está sujeto a revisión judicial inmediata, mientras que en las Reglas de la AAA esta posibilidad está dentro de la discrecionalidad del árbitro.

(iii) Notificación

Una vez certificada la clase, de conformidad con los artículos 6 y 4 de las Reglas de la AAA y los procedimientos de la JAMS, respectivamente, el árbitro ordenará que todos los miembros de la clase, identificados a través de un esfuerzo razonable, sean proveídos de la mejor notificación practicable bajo las circunstancias. Dicha notificación deberá contener de manera clara y concisa, en un lenguaje fácil de entender, los siguientes aspectos: (i) la naturaleza de la acción, (ii) la clase certificada, (iii) las pretensiones, (iv) la posibilidad de los miembros de la clase de comparecer en el proceso a través de un abogado si así lo desean, y de ser oídos en audiencia, (v) la posibilidad del árbitro de excluir de la clase a cualquier miembro que lo solicite, así como la información relativa a la forma y oportunidad en que los miembros de la clase pueden elegir ser excluidos, (vi) el efecto obligatorio del laudo arbitral y (vii) la identidad e

información biográfica del árbitro, los miembros que actúan en representación de la clase y el abogado aprobado por el árbitro para defender los intereses de la misma.

(iv) Decisión sobre el fondo de la controversia: laudo final

Después de la notificación, el árbitro deberá emitir una decisión de fondo por medio de un laudo final, el cual, según los artículos 7 y 5 de las Reglas de la AAA y los Procedimientos de la JAMS, respectivamente, deberá ser motivado y definir la clase. Además, deberá incluir una descripción de quiénes fueron notificados directamente, quiénes fueron considerados miembros de la clase y quiénes optaron por no formar parte de esta.

VI. CRÍTICAS A LA ACCIÓN DE CLASE Y AL ARBITRAJE DE CLASE

No todo lo que brilla es oro. A pesar del interesante desarrollo de la acción de clase y el arbitraje de clase y de sus múltiples beneficios, no son figuras que estén exentas de críticas (muy válidas, además). Veamos.

La acción de clase sea en sede judicial o en sede arbitral ha sido criticada por promover procesos que “en apariencia” protegen a las personas y que buscan - en ciertos casos- indemnizaciones justas por alguna afectación causada por un bien o un servicio. Sin embargo, gran parte de los montos reclamados en un proceso colectivo van a parar a los bolsillos de los abogados que representan al grupo o clase (sí, a nuestros bolsillos). Veamos un ejemplo práctico, de la vida real y actual.

Según una noticia de la BBC³⁹, en el año 1974, la controvertida empresa Monsanto lanzó al mercado un herbicida denominado Glifosato, mantuvo la patente hasta el 2000 y luego fue fabricado por otras compañías. Este herbicida -que Monsanto lo distribuía bajo el nombre de *Roundup*- es usado “*en agricultura y silvicultura para el control de la maleza en áreas industriales, pero también se emplea en céspedes y jardines*”.

³⁹ “Glifosato: 3 preguntas sobre el herbicida por el que Bayer tendrá que pagar casi US\$11.000 millones en demandas.” BBC, 25 junio, 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53180741>.

Sus efectos sobre la salud no son concluyentes⁴⁰, pero se le ha asociado con el cáncer. Sin perjuicio de ello, en el 2018, un tribunal judicial de California emitió el primer fallo (uno de muchos procesos iniciados) relacionando a *Roundup* con el cáncer, otorgando a los demandantes una importante compensación. La empresa demandada fue *Bayern*, que adquirió Monsanto en el 2018.

En relación con otro proceso, según una noticia del diario DW⁴¹, el 26 de junio de 2020, Bayern anunció que había llegado a un acuerdo para pagar 10, 900 millones de dólares en virtud de un acuerdo masivo con demandantes estadounidenses que alegan que el herbicida *Roundup* fue el causante del cáncer que padecen. Según la misma noticia, aún le quedan a Bayern unos 30,000 casos sin resolver.

En los procesos colectivos en EE.UU., según el diario DW, se calcula que los abogados implicados cobran aproximadamente un tercio de la suma en litigio. En el caso de Bayer, por ejemplo, esta suma ascendería a 3,000 millones de dólares. Según Kenneth Feinberg, abogado especialista en acciones de clase, del 30 al 40% de los montos en disputa, van a parar a los bolsillos de los abogados.

⁴⁰ Como señala la misma noticia: De hecho, la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer de la Organización Mundial de la Salud (OMS) concluyó en 2015 que la substancia es “probablemente cancerígena para los humanos”. Sin embargo, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de Norteamérica consideró que el Glifosato es seguro cuando se usa con precaución, mientras que en el año 2016 un informe conjunto de la OMS y la ONU determinó que, si bien algunas investigaciones sugerían “alguna evidencia de una asociación positiva entre la exposición al glifosato y el riesgo de linfoma no Hodgkin”, el único estudio grande de alta calidad encontrado “no mostró evidencia de una asociación en cualquier nivel de exposición”. Éste llegó a la conclusión de que “es poco probable que represente un riesgo carcinogénico para los humanos debido a la exposición a través de la dieta”.

⁴¹ Sabrina Kessler. “Los juicios contra empresas en EE. UU. son un negocio muy jugoso, pero no para las víctimas”. DW, 30 junio, 2020. https://www.dw.com/es/los-juicios-contras-empresas-en-eeuu-son-un-negocio-muy-jugoso-pero-no-para-las-v%C3%ADctimas/a-54002969?fbclid=IwAR0cCtF3AFrGequY4nP6CyttP5zu_Re4vEWW0PyDNW6JR1f0R5kOmuBRm9k.

Quizás -como dice la comentada noticia- “*lo que una vez se concibió para la defensa del ciudadano consumidor de las multimillonarias empresas se ha convertido en un negocio rentable*”. Esto puede explicar por qué se genera un fenómeno -por lo menos, curioso- en este tipo de casos: el abogado es el que, a menudo, busca a la víctima, no al revés. Por ejemplo, en este mismo momento el lector puede consultar la página web *Classaction.com*⁴² y ver los casos que la firma Morgan & Morgan “oferta” a los consumidores que se consideren afectados por determinado bien o servicio y en el que además se publicita con gran entusiasmo que han conseguido recuperar hasta 5 billones de dólares en este tipo de procesos.

Esto, además, no es ajeno a la cultura popular, por ejemplo, el personaje Saúl Goodman de la serie norteamericana *Breaking Bad*, al despedir a dos clientes de su despacho les dice: “*Ah! Y corran el rumor de que armaré una demanda colectiva del vuelo 515. Familiar de las víctimas bienvenidas, pero aceptaré a todos los que estuvieran en tierra y hayan sufrido emocionalmente: ansiedad, insomnio, ya me entendieron ¿no?*”⁴³

En otro sentido, en el campo específico del arbitraje de clase -desde el punto de vista teórico- se ha dicho que el arbitraje no es un mecanismo idóneo para el desarrollo de procesos colectivos debido a que en este medio de solución de conflictos no se garantizaría el debido proceso⁴⁴.

Estas consideraciones se derivan del hecho que, en la acción de clase, no todos los demandantes están presentes ante la corte, estos son comúnmente conocidos como “miembros ausentes de la clase” o “miembros desconocidos de la clase” y su ausencia implica importantes consideraciones de debido proceso⁴⁵.

Por otro lado, en un *leading case* sobre arbitraje de clase en EEUU, el caso *AT&T Mobility LLC vs Concepcion* ante la Corte Suprema de dicho país del año 2011 se dijo que la viabilidad del arbitraje de clase interfiere con los atributos fundamentales del arbitraje y, de este modo, crea un esquema incompatible con

⁴² Disponible en: <https://www.classaction.com/>.

⁴³ *Breaking Bad*, temporada 3. Episodio 4: Luz verde. Minuto: 4:33-4:44.

⁴⁴ Por ejemplo, en el caso *Keating v. Superior Court*.

⁴⁵ Carole Buckner. “Due Process in Class Arbitrations”. *Florida Law Review* 185 (2006): 195.

la *Federal Arbitration Act*, pues el cambio de arbitraje bilateral al de clase sacrifica la informalidad del primero y lo vuelve más complejo, por lo que se impidió que el proceso se lleve a cabo en un proceso de clase⁴⁶.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Aunque estemos solos en casa, aislados, mirando el mundo desde una ventana o un balcón, no debemos olvidar que pertenecemos a una sociedad y dentro de ella a distintas comunidades o colectivos. Quizás este sea un buen momento para (re)pensar en cómo podemos defender nuestros derechos en el ámbito judicial o arbitral de una forma colectiva y más efectiva, pero no con la intención de promover el conflicto, sino con la intención de promover el acceso a la justicia y desincentivar conductas ilícitas.

De esta breve introducción a la acción de clase y al arbitraje de clase, podemos concluir que es un mecanismo complejo que permite a una persona o diversas personas de un grupo iniciar un proceso colectivo. Su importancia radica en que permite que se lleven a cabo procesos que individualmente no se iniciarían.

Finalmente, cabe decir que no es casualidad que las citas de este trabajo sean en su mayoría de los Estados Unidos de Norteamérica, pues en Latinoamérica, por ejemplo, las acciones colectivas no han tenido un gran desarrollo, mucho menos el arbitraje de clase⁴⁷, quizás esta crisis mundial nos anime a mirar la experiencia de ese país (que no está exenta de críticas), a mirar la práctica de las instituciones arbitrales internacionales y pensar en incorporar mecanismos de tutela de derechos colectivos en el arbitraje en esta región del mundo.

⁴⁶ 131 S. Ct. 1740, 1744 (2011).

⁴⁷ De hecho, hasta donde tenemos conocimiento, solo existe un caso de arbitraje de clase en Latinoamérica: el caso *Luis Alberto Durán Valencia vs. Bancolombia S.A* y otros, con sede en Bogotá y administrado por la Cámara de Comercio de Bogotá, laudado en el año 2004.

