

## El acuerdo arbitral virtual

Prof. Dr.jur. J.A. Graham\*

1. Las reglas jurídicas en materia contractual y arbitral tienen de manera general como postulado que el soporte de los distintos actos es el manuscrito que necesita el papel. Sin embargo, el arbitraje sea virtual sea clásico pero efectuado por medio del Internet<sup>1</sup>, acusan esta base. Así, un contrato concluido en línea o virtual<sup>2</sup> previendo el arbitraje como modo de resolución de los conflictos comporta necesariamente una cláusula compromisoria “virtual”.

### La cláusula compromisoria en forma electrónica.

2. La validez en la forma de este tipo de cláusula puede *a priori* parecer dudosa en la medida en que se exige casi siempre un “escrito”. Así es si tomamos en cuenta las fuentes internacionales, para empezar por el artículo 2.1 de la Convención de Nueva York, que exige que la cláusula sea redactada justamente “por escrito”. Sin embargo, una doctrina eminente subraya que la jurisprudencia internacional interpretó la noción de escrito: « *normally by the reference to the mode of imposition of the medium rather than the reference to the medium itself* »<sup>3</sup> En otras palabras no es el medio de transmisión lo que importa sino el “resultado” de esta transmisión: se debe que el destinatario pueda tener la posibilidad de tener su convenio arbitral en un soporte lisible – caracteres impresos sobre un papel; un escrito. Tal es el caso del fax, pero no del teléfono. En otras palabras, según los términos de un autor mexicano, lo que importa es que el medio de telecomunicación deje “constancia del acuerdo”<sup>4</sup>. En este sentido, podríamos asimilar el correo electrónico a la carta<sup>5</sup>. Además, como lo nota el profesor Arsic, el artículo II-2 fue añadido para facilitar las operaciones del comercio electrónico tomando en cuenta los medios los mas innovadores en la época como el télex. Se resuelta que los delegados entendieron también incluir cada nueva evolución

---

\* Catedrático, *Facultad Libre de Derecho de Monterrey*, <http://www.fldm.edu.mx/>; Abogado; Arbitro internacional, <http://www.jgraham.de/>; Experto en comercio electrónico para los Gobiernos de Luxemburgo y San Marino; Abogado de la *EDI/EC Registration Authorities Association*, Suiza, <http://www.edira.org/>; Director del *Cyberbanking & Law Journal*, Alemania, <http://www.cyberbanking-law.de/>; Director de la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, México, <http://www.med-arb.net/>.

<sup>1</sup> Graham, La delocalización del arbitraje virtual, *REDI*, noviembre 2001, [www.alfa-redi.org](http://www.alfa-redi.org), *RLAM*, #1, 2001, [www.med-arb.net](http://www.med-arb.net).

<sup>2</sup> Para la distinción entre “contratos en línea” y “contratos virtuales”, véase: Graham: *Technology & Law: Comparative Legal Aspects of E-commerce*, Net-org, 2001, [www.net-org.de/intro2.zip](http://www.net-org.de/intro2.zip).

<sup>3</sup> Thomsen & Wheble, *Trading with EDI - The Legal Issues*, Londres, IBC Financial Books, 1995, p. 136.

<sup>4</sup> Louis Enrique Graham Tapia, *El Arbitraje comercial*, Themis, 2000, p.81.

<sup>5</sup> En este sentido: Arsic, *International Commercial Arbitration on the Internet*, *Journal of International Arbitration*, 1997.209, 216; Silva Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, Oxford, 2001, p.71.

tecnológica permitiendo vehicular las palabras pudiendo ser leído en un soporte<sup>6</sup>. Esta idea fue retomada por el Tribunal federal suizo en el caso *Compagnie de navigation et Transports*<sup>7</sup> en donde él quiso subrayar que el artículo II-2 debe ser interpretado en la luz de la Ley modelo sobre el arbitraje comercial internacional, que valida expresamente el empleo de todo medio de telecomunicación probando la existencia del acuerdo de arbitraje, y de cual los autores quisieron así adaptar el régimen de la Convención de Nueva York a las necesidades actuales sin deber modificarla. Además, la Guía para la Incorporación de la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico, adoptado en 1996, enuncia que la ley puede servir en algunos casos como instrumento para interpretar las convenciones internacionales existentes presentando obstáculos jurídicos al comercio electrónico como impedir la forma escrita de cláusulas contractuales. La utilización de la Ley Modelo como medio de interpretación debería evitar de tener que negociar protocolos suplementarios a los instrumentos internacionales concernidos<sup>8</sup>.

3. Es este camino que tomo el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el arbitraje, decidiendo durante la trigésima segunda sesión a Viena que se debía “considerar que el artículo II-2 de la Convención de Nueva York englobaba la utilización de los medios electrónicos de comunicación tal definidos al artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico<sup>9</sup>“<sup>10</sup>, “a condición que el texto de la convención de arbitraje sea accesible para ser consultado ulteriormente, que sea firmado o no por las partes [variante 1]” o “que atesta de la existencia de la convención, que sea firmada o no por las partes”<sup>11</sup>.
4. Esta interpretación también debería ser extendida al artículo I§2a) de la Convención de Ginebra del 21 de abril de 1961, esto además que ella también se toma en cuenta la transmisión por fax<sup>12</sup>. El mismo texto comporta además una regla permitiendo validar en la forma los convenios arbitrales verbales en las relaciones entre los Estados que no exigen la forma escrita. Sin embargo no es

---

<sup>6</sup> *Op.cit.*, p. 216; *idem* Hill, The Internet, Electronic Commerce and Dispute Resolution: Comments, *Journal of International Arbitration*, 1998.103, 104; Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, 2º éd., Mexico, Perezniето Editores, 1997, p. 64; y la ponencia de la Cámara de Comercio de Ginebra (nota # 9 del artículo del profesor Hill, *op.cit.*, p. 104). *Contra*: Mankowski, Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, *RabelsZ*, 1999.203, 214.

El mismo razonamiento debería prevalecer para el artículo primero de la Convención de Panamá de 1975 sobre el arbitraje comercial internacional. Con relación al artículo 7.II.2 de la Ley modelo sobre el arbitraje de la CNUDMI, ella válida todas las formas de cláusulas a condición que exista una posibilidad de prueba de los consentimientos expresados.

<sup>7</sup> 1<sup>ière</sup> Cour civile, 16/1/95, *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage*, p. 503, spec. p. 508, citado por el *Rapport du Secrétaire général sur le règlement des litiges commerciaux*, CNUDCI, A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, 26/1/00, n° 36.

<sup>8</sup> §5 de la Guía.

<sup>9</sup> Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

<sup>10</sup> *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage*, 20-31 marzo 2000, A/CN9/468, p. 23. Confirmado por el *Working Paper* A/CN.9/WG.II/WP.113, 23/3/2001, p. 11.

<sup>11</sup> *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage*, 22 septiembre 2000, A/CN9/WG.II/W.P.110, pp. 7 et 19.

<sup>12</sup> Conclusiones compartidas por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI en su ponencia, *op.cit.*, p. 23.

- fácil identificar los Estados en cuestión. En efecto, ¿se trata de estos en donde las partes tienen su sede o su residencia habitual o se debe entender por “Estados” estos en donde el acuerdo o la sentencia son invocados? Siguiendo autores particularmente advertidos, es la primera interpretación que debe prevalecer, esto a fin de evitar que el Estado de ejecución se muestra más riguroso que los Estados de origen de las partes concernidas<sup>13</sup>.
5. No obstante más allá de las dificultades resueltas por las convenciones internacionales, se debe recordar que el derecho nacional puede siempre acoger una sentencia en condiciones más liberales al título del derecho común<sup>14</sup>. Este último puede recurrir al método conflictual reteniendo como atadura el lugar de la sede del arbitraje, la ley de autonomía o la regla *locus regit actum*<sup>15</sup>. Sin embargo, las legislaciones las más recientes optan generalmente por reglas materiales<sup>16</sup>, sin por lo tanto acordarse sobre la solución substancial a retener: ¿el requisito del escrito es *ad validitatem* o *ad probationem*<sup>17</sup>? Otras leyes al final, como la ley francesa, no imponen el requisito del escrito en materia de arbitraje internacional<sup>18</sup>.
  6. A diferencia de muchas leyes, el Código de comercio mexicano no exige directamente un escrito para validar el acuerdo de arbitraje. No obstante que el artículo 1423 exige en la primera parte de su frase que el acuerdo debe “constar por escrito y consignarse en documento firmado”, la *ratio legis* del artículo 1423 es que el acuerdo debe dejar constancia de él, como se le nota en la segunda parte de la frase previendo que la consignación puede también hacerse por “intercambio de cartas, telex, telegrama, facsímil, o otros medios de telecomunicaciones” y sin el requisito de la firma. A la luz del artículo 93 del Código de comercio, un correo electrónico por ejemplo puede ser un “escrito” en el sentido de la ley si “este es atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta”. Consecuentemente, la problemática no es esta de la forma del acuerdo, sin embargo esta de la prueba<sup>19</sup>; prueba que deberá hacerse según los términos del artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles.
  7. Una vez que aceptamos el escrito electrónico, también debemos tratar del problema de la firma. Pensamos que con relación con la firma virtual, ella debería

---

<sup>13</sup> Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, # 623.

<sup>14</sup> *Idem*, n° 1664.

<sup>15</sup> *Ibid.*, n° 600 sq.

<sup>16</sup> Una tesis reciente sostiene que en realidad no se trata de reglas materiales en el campo de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje, sino de reglas de conflicto de jurisdicciones que resuelven un conflicto entre una jurisdicción estatal y una jurisdicción arbitral. Desde luego sería normal que el tribunal estatal aplica la *lex fori* (Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1999, # 104 sq).

<sup>17</sup> *Ibid.*, n° 605 sq.

<sup>18</sup> Graham, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, Tesis doctoral, Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, # 101, [www.fldm.edu.mx/graham/obras/thesis.pdf](http://www.fldm.edu.mx/graham/obras/thesis.pdf).

<sup>19</sup> En este sentido también: Silva Silva, *op.cit.*, p. 72.

ser asimilada sin dificultad a la “firma” exigida por la Convención de Nueva York, resolviendo así el problema de las cláusulas compromisorias concluidas por correo electrónico. Al contrario, los contratos virtuales como el *click-wrap*<sup>20</sup> ponen varias dificultades en la medida en donde hay una imposibilidad técnica de firmarles. En efecto, el contrato *click-wrap* es solamente una página escrita en HTML y encontrándose sobre el servidor del vendedor. A fin que el comprador pueda firmarla, tendría que recuperar esta página y que su software de firma pueda “digerir” el contenido y firmarlo. Esto no es posible con el lenguaje HTML, aunque que en el futuro el problema tendría que desaparecer con la introducción progresiva de los lenguajes basados sobre el XML. Sin embargo, mientras debemos contornear el problema de la imposibilidad de firmar este tipo de contratos. Sería entonces interesante considerar que la cláusula compromisoria contenida en un tal documento como una cláusula por referencia.

### La cláusula por referencia.

8. El régimen de las cláusulas por referencia fue marcado por la jurisprudencia francesa y la famosa sentencia *Bomar Oil II*<sup>21</sup> en donde la Corte suprema afirma la validez de la cláusula compromisoria “por referencia escrita al documento que la contiene”. La última sentencia en fecha<sup>22</sup> aunque que se retomó la fórmula del caso anteriormente mencionado, sin por lo tanto referirse al término de “escrito”. Para el profesor Pierre Mayer, ahora tendría que ser admisible también un acuerdo arbitral puramente oral<sup>23</sup>. Esto debería permitir la validez de una cláusula arbitral en una página Web. Sin embargo, el vendedor que propone el contrato *click-wrap* deberá asegurarse que hay un hipervínculo verso las condiciones generales en donde se encuentran las cláusulas de arbitraje. Inspirándose del artículo 44 de la ley colombiana de 1999 sobre el comercio electrónico, se podrá exigir que la cláusula de referencia es “fácil de acceso”<sup>24</sup> a fin de evitar que un primer hipervínculo reenvía a un segundo, el segundo a un tercero etc., y que el cocontratante tenga que navegar a través decenas de páginas antes poder encontrar las condiciones generales. A esto añadimos una segunda condición cumulativa consistiendo a exigir que el texto del hipervínculo sea unívoco.
9. El derecho mexicano prevé en su artículo 1423 del Código de comercio la posibilidad de cláusulas por referencia siempre que el contrato, en donde esta la referencia, conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Consecuentemente es admisible por ejemplo una factura que reenvía a las condiciones generales que contienen la cláusula compromisoria, si el contrato que reenvía es en forma escrita<sup>25</sup> y que la referencia implica que la

---

<sup>20</sup> Para las diferentes formas de los contratos virtuales, véase: Graham, *Technology & Law...*, *op.cit.*

<sup>21</sup> Civ<sup>1</sup>, 9 nov. 1993, *Rev. arb.*, 1994.113, Kessedjian, *J.D.I.*, 1994.690, Loquin.

<sup>22</sup> Civ<sup>1</sup>, *Prodexport*, 3 juin 1997, *Rev. crit.*, 1999.93, Mayer.

<sup>23</sup> *Op.cit.*, p. 101. Ya en este sentido, pero precisando que se necesitan testigos: Marchan Alvarez, *El arbitraje: estudio histórico-jurídico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, p.69.

<sup>24</sup> Graham, « Les récentes initiatives législatives en matière de signature numérique en Amérique latine », *C.B.L.J.*, août 1999, [www.cyberbanking-law.lu](http://www.cyberbanking-law.lu).

<sup>25</sup> Las remarcas con respecto a la forma « escrita » de la cláusula compromisoria también valen para la

cláusula compromisoria forma parte del contrato. Entonces, no es suficiente la referencia a las condiciones generales, sino que la referencia también tiene que especificar la existencia de la cláusula compromisoria. Esto tiene por consecuencia, que por ejemplo los *browse-wrap contracts* no pueden directamente obligar al usuario a someterse al arbitraje. Se necesita que la página Web contiene no solamente un hipervínculo a la “licencia de utilización”, sino también un hipervínculo al acuerdo de arbitraje.

10. En conclusión, como ya lo vimos con los requisitos del arbitraje virtual<sup>26</sup>, no hay ningún real obstáculo a la admisión de acuerdos arbitrales totalmente desmaterializados y realizados a través procedimientos puramente electrónicos. No se necesita una revolución copernicana, sino solamente algunas adaptaciones del derecho positivo, abriendo así la puerta a convenios de-localizados en un espacio a-localizado<sup>27</sup>.

---

forma escrita del contrato principal.

<sup>26</sup> Graham, La delocalización..., *op.cit.*

<sup>27</sup> Graham, Der virtueller Raum – sein voelkerrechtlicher Status, *JurPc*, 2000; L’espace virtuel: Un nouvel espace international, *SmallXchange Journal*, 2000, [www.net-org.de/html/library.html](http://www.net-org.de/html/library.html); [www.jurpc.de](http://www.jurpc.de); The Resolution of Quito, *JurPC*, 2001, [www.jurpc.de](http://www.jurpc.de) (a publicarse).