



LA REVOLUCIÓN DIGITAL Y EL ARBITRAJE: RETOS Y PROPUESTAS

Autor:
Fernando Nakaya Vargas Machuca

LA REVOLUCIÓN DIGITAL Y EL ARBITRAJE: RETOS Y PROPUESTAS

Fernando Nakaya Vargas Machuca¹

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Antecedentes: Orígenes del arbitraje y su concepto actual.
- III. En quiénes puede recaer.
- IV. Procesos arbitrales en la década pasada frente a procesos arbitrales en la actualidad.
- V. Desde el Convenio Arbitral: Aceptación de medios electrónicos.
- VI. El Arbitraje Digital en el Perú: Antes y durante la pandemia del Covid-19.
- VII. Prácticas internacionales.
- VIII. Dificultades que puede traer consigo la virtualización del arbitraje.
- IX. Consideraciones finales.
- X. Referencias Bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN.

Estamos viviendo una época donde la tecnología es un denominador común en cualquier actividad que realicemos; hemos sido testigos de grandes cambios a nivel tecnológico que han permitido un desarrollo insospechado en el siglo pasado, y que plantea ventajas y nuevos retos. En la actualidad, las nuevas generaciones han desarrollado una habilidad casi espontánea para familiarizarse y manejar con facilidad muchos aparatos electrónicos de su interés, como pueden ser los celulares, laptops, tablets, juegos electrónicos, etc., y los sistemas operativos que los sostienen. Este aspecto tan cotidiano, no es sino más bien una prueba de la capacidad del ser humano para adaptarse a su entorno, lo cual se ha ido desarrollando a lo largo de la historia y que, con seguridad, representa aún un camino largo por recorrer.

Resulta innegable que, en las últimas tres décadas los avances científicos y tecnológicos se dan con mayor rapidez. Hoy en día, no resulta extraño ver que lo que es una novedad, en pocos meses deja de serlo, ya sea porque se lanza un nuevo producto o porque desde los laboratorios y fábricas ya se está trabajando prototipos, diseños, sistemas o fórmulas que buscan mejorar lo que hoy es novedoso, encontrándonos en una continua competencia por superar lo ya alcanzado. La gran mayoría de estos avances han tenido una incidencia directa en que las vidas de las personas sean más sencillas, lo cual no es algo negativo, pero cabría preguntarse ¿hasta dónde eso es razonable o cuál es el límite?

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Arbitral, Contrataciones del Estado y Protección de Datos Personales. Asociado Senior del Área Corporativa del Estudio Torres y Torres Lara Abogados.

Este escenario nos plantea muchos retos y cuestionamientos, más aún en la coyuntura actual, en la que, el estilo de vida en todo el mundo y las formas de hacer las cosas han cambiado y, en donde muchas personas y actividades han tenido que reinventarse como consecuencia de las medidas adoptadas para controlar la pandemia del COVID19. Hemos visto cómo la economía de las personas, de las empresas y de los Estados se han visto afectados a nivel mundial como resultado de esta paralización casi total de actividades y del comercio. En este contexto, la tecnología se presenta como una alternativa real y presente, como un aliado y un mecanismo para la reactivación y adecuación de estas actividades, entre ellas los procesos arbitrales.

Para los efectos del presente artículo se analizará si nos encontramos preparados para hacer uso de esta tecnología en materia de los procesos arbitrales, tema que viene siendo tratado en la doctrina hace ya algún tiempo y que, inclusive, se ha venido implementando en algunos aspectos en los procesos arbitrales vigentes, para facilitar la presentación de todo tipo de escritos y la comunicación de los árbitros con las partes. A la fecha, estas reglas han tomado una importancia significativa frente a las restricciones de movilidad y medidas protección a la salud adoptadas por el gobierno peruano y que originaron la suspensión del trámite de los procesos arbitrales, con el consiguiente perjuicio para las partes, quienes vieron frustradas sus expectativas de una solución rápida para el conflicto que las involucra, y es que, el arbitraje por su naturaleza, a diferencia de los procesos ventilados en el poder judicial, se caracteriza de manera general por dos aspectos: (i) la resolución del conflicto en un tiempo mucho menor que la justicia ordinaria (poder judicial) y (ii) una solución más especializada por parte de quienes han sido elegidos para resolver la controversia (árbitros).

II. ANTECEDENTES: ORÍGENES DEL ARBITRAJE Y SU CONCEPTO ACTUAL.

Se dice que *"el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad"*.²

El conflicto y controversias es inherente a las relaciones humanas, pues existen aspectos donde los derechos y/o expectativas de una persona o grupo de personas pueden colisionar con los derechos y/o expectativas de otros, y es ahí donde surge la necesidad de contar con un mecanismo de solución de conflictos, siendo la solución heterocompositiva la ideal para evitar que dichas partes recurran a la autotutela o uso de la fuerza para imponer su posición.

Pero no siempre el Estado, como lo entendemos hoy, tuvo a su cargo esta función. Podríamos decir que esta función jurisdiccional reconocida en todos los sistemas legales y Estados surge de la propia acción de las personas quienes se fueron organizando y formando parte de un grupo mayor con intereses superiores, sujetos a reglas cada vez complejas. En principio, las familias dejaron su núcleo para integrarse en clanes, luego en tribus, identificadas por un tema sanguíneo o de afinidad, ya sea territorial o similar; posteriormente estos grupos dejaban este círculo de relaciones y comenzaban a integrarse a un grupo cada vez mayor de personas, impulsadas por una conciencia de supervivencia y poder, dando paso a la época de los imperios, feudal y de los reinados, donde el aspecto territorial y económico, sumado a la conquista y la sumisión de pueblos, resultaban ser predominantes para determinar la autoridad al interior de estos, y finalmente, se da paso al desarrollo de la idea de nación donde aspectos culturales, históricos, económicos, raciales, territoriales, religiosos, etc., crean la convicción en distintos grupos de personas de ser parte de un conjunto mayor, asentado en un determinado territorio bajo una determinada organización, surgiendo de esta forma los Estados modernos, en donde por regla

² ZAPPALA, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje ». *Vniversitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.

general, es el Estado quien cuenta con el monopolio de la administración de justicia, en lo que conocemos como jurisdicción.

Como se podrá apreciar, fueron inicialmente las partes quienes luego de pasar por mecanismos de autotutela o autocomposición, descubrieron la necesidad natural de que un tercero con la autoridad y poder suficiente para garantizar el cumplimiento de su decisión fuera quien estuviera a cargo de resolver el conflicto, es así que, dentro del desarrollo general que hemos efectuado, sería el jefe del clan (cargo que usualmente recaía en el *paterfamilias* o el miembro de mayor edad del clan o el jefe de la tribu, el emperador, el dueño de las tierras o señor feudal, reyes o sus representantes locales), quien ostentaba esta facultad y cuya decisión era la que ponía fin al conflicto. En algunos casos esta decisión no se consideró correcta por alguna de las partes, lo cual motivó que no fuera respetada, dando lugar a que, en ejercicio del poder que ostentaba quien decidió la solución al conflicto, se aplicara algún tipo de sanción moral, económica o física a quien no acatará su decisión, creándose así, con el paso del tiempo, la conciencia y costumbre de respetar este orden que permitía superar de una manera racional los conflictos y continuar con el desarrollo de las sociedades.

Detengámonos unos momentos para visualizar cómo pudo ser esa resolución del conflicto en sus orígenes, donde las partes sometían su controversia a una persona elegida por ellos para que la resolviera y quien, ante la falta de leyes generales escritas debía tomar una decisión basada en conocimiento y su criterio de justicia, lo cual fue variando con el tiempo conforme se fueron volviendo más complejas las relaciones, encontrando su primer antecedente en el derecho romano (en la Ley de las XII tablas), posteriormente, conforme se fueron desarrollando los Estados, se originó la necesidad de crear normas que regulen de manera general las actividades en todos sus aspectos.

En resumen, podemos señalar que el arbitraje en su esencia y concepto es anterior al nacimiento de los Estados (entiéndase estos ya sea como los antiguos imperios o como los modernos); nació como un mecanismo autónomo y natural ante la necesidad de contar con una resolución de conflictos de manera pacífica y neutral.

Al día de hoy, el arbitraje se constituye como un método heterocompositivo de solución de controversias de carácter privado, mediante el cual las partes delegan de manera voluntaria una determinada controversia a un tercero imparcial, otorgándole el poder y autoridad suficiente para aplicar una solución definitiva del conflicto.

En palabras de Roque J. Caivano (Caivano, 1998), el arbitraje comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual -en sus efectos- a una sentencia judicial. Ahora bien es importante señalar que tiene innumerables ventajas respecto del litigio judicial: por un lado, por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro y, por otro lado, es más informal, más confidencial, más flexible, más rápido y puede tener menores costos.

III. EN QUIÉNES PUEDE RECAER.

El arbitraje no siempre estuvo al alcance de todas las personas como sucede hoy en día; la historia ha demostrado que en épocas pasadas no todas las personas gozaban de los mismos derechos, había inclusive quienes eran considerados como cosas y por lo tanto, podían ser despojados de sus posesiones y pertenencias. Es más, resulta evidente que al tener el arbitraje como primer

antecedente normativo el Derecho Romano, este solo era aplicable a quien era considerado como ciudadano, situación que fue cediendo terreno conforme se avanzaba con el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas sin ninguna distinción.

En la actualidad, resulta difícil imaginar que alguna persona pueda ser excluida por alguna determinada condición personal, de poder acceder a este mecanismo de resolución de conflictos; sin embargo, se debe tener presente que, si bien en esencia el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, existen algunos casos expresamente previstos por la ley, en los cuales este mecanismo resulta de concurrencia obligatoria, como sucede por ejemplo en los contratos celebrados bajo el marco legal de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Es así como, dentro de las clasificaciones que se pueden dar al arbitraje, encontramos el arbitraje voluntario y el arbitraje forzoso.

IV. PROCESOS ARBITRALES EN LA DÉCADA PASADA FRENTE A PROCESOS ARBITRALES EN LA ACTUALIDAD.

Todo trámite, procedimiento administrativo, proceso judicial o arbitral y cualquiera de similar naturaleza se caracterizaba en la década pasada por el soporte físico de sus actos, que no es más que otra cosa, que la presentación y actuación por escrito de cualquier solicitud o acto al interior de dichos procedimientos o procesos.

Veamos de manera sucinta cómo se estructuraban los procesos arbitrales. En primer lugar, todo proceso arbitral tiene su origen en el acuerdo de la partes, voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral contenido, por lo general, en el contrato que se celebra, no siendo esta la única opción, pues las partes podrían ponerse de acuerdo en aceptar este mecanismo de solución de controversias, de manera posterior o bajo otra forma; sin embargo, para efectos de esta explicación nos manejaremos bajo la premisa de la existencia del convenio arbitral, el cual además, de acuerdo a la legislación anterior (Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje) debía constar por escrito bajo sanción de nulidad.

Frente a la existencia de una determinada controversia entre las partes, la parte interesada comunica por escrito a su contraparte la voluntad de activar el mecanismo de solución de conflictos acordado en virtud del convenio arbitral, denominándose a esta comunicación como "solicitud de arbitraje", la cual debía ser contestada, también mediante comunicación por escrito. Luego, se pasaba al procedimiento de designación de árbitro u árbitros, con la respectiva comunicación a estos sobre dicho nombramiento de manera física, ya sea por las partes o por la institución correspondiente; y, una vez constituido el Tribunal Arbitral, se convocaba a las partes a una audiencia de instalación, en la cual se fijaban las reglas que regirían el arbitraje, para finalmente pasar a lo que es propiamente el proceso, con la presentación de la demanda y sus respectivas pruebas, contestación de demanda (reconvención, si la parte demandada lo estimaba pertinente), escritos con peticiones de forma y de fondo, realización de audiencias y la emisión del laudo que pone fin al conflicto.

Cabe precisar que bajo los alcances a la Ley de Arbitraje anterior (Ley N° 26572), el laudo podía ser objeto de recurso de apelación ante el poder judicial, lo cual representaba un contrasentido para lo que implica la institución arbitral como mecanismo alternativo de solución de controversias. En la actualidad, el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, ha determinado acertadamente, que el laudo arbitral solo podrá ser objeto de recurso de anulación ante el Poder Judicial por causales expresamente previstas en la ley, las cuales no permiten revisar el fondo de la decisión adoptada en la instancia arbitral, sino tan solo aspectos formales en

garantía del debido proceso, respetándose de ese modo la autonomía de la institución del arbitraje.

Todos los actos descritos previamente, al tener que realizarse de manera física, implicaban el traslado presencial a la sede arbitral para la presentación de los documentos, los cuales eran a su vez recogidos en un expediente original conservado por el secretario arbitral (persona designada por los árbitros para la administración del proceso en el caso de arbitrajes ad hoc, o por la institución arbitral en el caso de arbitrajes institucionales), permitiéndose a las partes llevar lo que se denomina en la práctica un "falso expediente", conformado por los cargos o copias de los escritos que eran presentados por las partes, además de las resoluciones emitidas en el proceso, actas de audiencias, y en suma todo documento relacionado al proceso. La consigna era la siguiente: "el falso expediente tiene que ser un espejo del original"; con ello, se garantizaba el contar con todos los elementos de los que disponían los árbitros para poder determinar la mejor estrategia legal. A nivel de audiencias, estas requerían necesariamente que las partes o sus representantes debidamente acreditados asistan de manera presencial, a diligencias que, como era lógico, generaban la emisión de un acta física que sería firmada por los participantes.

Si retrocedemos un poco más en el tiempo, era común sentarse frente a una máquina de escribir, colocar tantas hojas como copias se requería obtener intercaladas con papel carbón, contar con un corrector a la mano –por si se cometía algún error al tipear que tuviera que corregirse–, y preparar los documentos para su presentación.

El proceso arbitral en la actualidad no difiere en mucho de lo antes señalado, sigue los mismos pasos y etapas del proceso arbitral de la década pasada; sin embargo, lo que sí ha variado es la forma de cómo se llevan a cabo estos. Un cambio significativo es que las máquinas de escribir han dejado de existir para la redacción de los recursos, solicitudes, escritos y cualquier otro documento, siendo reemplazadas por las computadoras donde se almacenan o graban los documentos; el papel carbón ha sido desplazado por las fotocopias y por la posibilidad de imprimir en las computadoras cuantas copias requiramos del documento elaborado, pero además, y lo que es más importante, el uso del correo electrónico, grabaciones de video y teleconferencias, han permitido que los procesos arbitrales den un paso importante hacia su digitalización.

De esta forma, en la actualidad, dentro de las reglas de proceso arbitral se contempla la posibilidad de utilizar soportes magnéticos, de presentar escritos y ser notificados con las resoluciones emitidas en el proceso mediante correo electrónico, de realizar audiencias de forma no presencial, sobre todo en el caso de los árbitros, de grabar en video las audiencias realizadas, entre otros mecanismos sustentados en herramientas digitales. Todas estas innovaciones constituyen manifestaciones de parte de lo que viene desarrollándose en el mundo jurídico como arbitraje digital.

V. DESDE EL CONVENIO ARBITRAL: ACEPTACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.

La contribución de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("UNCITRAL", por sus siglas en inglés) al arbitraje y, en específico, a nuestro marco legal nacional vigente, es significativa. La Ley Modelo de 1985 contemplaba que el convenio arbitral debía constar por escrito, ya sea a través de un documento firmado por las partes o en medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Veamos un fragmento del artículo 7 de la Ley Modelo de 1985:

"El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra". (El subrayado es agregado)

En el pasado, nuestra normativa contemplaba que el convenio o compromiso arbitral debía celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad. Demostración de ello se encontraba en el artículo 1910° del Código Civil peruano, y posteriormente, en el artículo 10° de la derogada Ley N° 26572, Ley de Arbitraje. Con lo señalado, podemos apreciar la existencia de una formalidad *ad solemnitatem* recaída en la forma en la que debía celebrarse un convenio arbitral para determinar su validez.

Posteriormente, El 7 de julio de 2006, la UNCITRAL aprobó enmiendas del artículo 7° de la Ley Modelo, antes citado, con el objeto de modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales y observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. De esta manera, el referido artículo, en la parte que corresponde a la forma del convenio arbitral, quedó redactado como se cita a continuación:

"(...) 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

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

Teniendo presente estos antecedentes, en el 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, en la cual, recogiendo la experiencia nacional acumulada, la experiencia comparada a nivel de tratados, leyes, reglamentos arbitrales, jurisprudencia y en general la práctica arbitral internacional, se contempla que el convenio arbitral puede constar bajo *cualquier forma* que pueda acreditar el *consentimiento*, extendiéndose de esta manera la palabra "escrito" a un sinnúmero de posibilidades. La redacción actual de lo referido a la forma del convenio arbitral en soportes electrónicos se encuentra en el artículo 13° de la norma, que establece lo siguiente:

"(...) 3. *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.*

4. *Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (...)"*

Como se advierte, la redacción es bastante similar a la de la Ley Modelo de la UNCITRAL, y el objeto de su adaptación a nuestro contexto legal fue adoptar un esquema más flexible y acorde

al mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio arbitral conste por escrito resultaba contraria a los usos y prácticas del comercio.

De esta forma, *"parece evidente que el requisito de que el convenio arbitral conste «por escrito» es perfectamente compatible con su formalización por medios electrónicos"* (García-Margallo Gomendio & De Ulloa Solís-Beaumont, 2019).

De Miguel Asensio³ defiende nuestro criterio, de manera acertada, al señalar que *"no cabe negar la validez, en cuanto a la forma, por el hecho de que un convenio arbitral se haya concluido mediante el envío de mensajes de correo electrónico o a través del contacto interactivo con páginas web siempre que este tenga lugar, como es habitual en la práctica, en circunstancias que hagan posible la conservación del convenio arbitral en cualquier soporte por las partes"*.

Como advertimos, nuestro ordenamiento jurídico establece una serie de pautas generales respecto a los criterios que serían aplicables para lograr encontrar una equivalencia entre los documentos en soporte papel y las comunicaciones electrónicas, a efectos de configurar un convenio arbitral. De esta forma, son totalmente eficaces y válidos los convenios arbitrales resultantes de comunicaciones electrónicas, en la medida que consten en un soporte de ulterior consulta, habiendo pasado en el Perú de un esquema *Ad solemnitatem* a uno *Ad probationem*.

Podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico, en lo que respecta al arbitraje, muestra claros indicios sobre la influencia de la tecnología; sin embargo, no existe regulación específica para la administración de un arbitraje digital en su totalidad, ni mucho menos para salvaguardar aspectos de seguridad jurídica y técnica que se ven involucrados en esta práctica arbitral reciente.

Sin embargo, la solución se encuentra, finalmente, en la flexibilidad que reviste el arbitraje, y en la libertad que tienen los árbitros de fijar las reglas complementarias que resulten pertinentes, conforme veremos a continuación.

VI. ARBITRAJE DIGITAL EN EL PERÚ: ANTES Y DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19.

Pese a la resistencia que podía existir en muchos ámbitos del derecho para adaptarse totalmente al mundo digital, en el caso del arbitraje, la cohesión de esta institución con las nuevas tecnologías se viene dando de manera paulatina, y antes del Estado de Emergencia declarado a nivel nacional por la pandemia del Covid-19, se podría decir que la digitalización de los procesos en algunos casos resultaba parcial, mientras que en otros prácticamente nula.

Fuera de las excepciones en las que los arbitrajes se llevaban a cabo enteramente de manera física, podríamos decir que en nuestro país se ha mantenido predominantemente un esquema mixto, pues en algunos casos arbitrales, sobre todo en los institucionales, se optó por llevar a cabo determinadas actuaciones de manera digital (como por ejemplo, la presentación de escritos y resoluciones de trámite vía correo electrónico), mientras que actuaciones de mayor relevancia (como la presentación de escritos postulatorios y audiencias) se seguían llevando a cabo de manera presencial o física.

En atención a lo expuesto, podemos afirmar que antes de la coyuntura nacional originada por la pandemia del Covid19, no se contemplaba el uso generalizado del "arbitraje digital", entendido como el tipo de arbitraje que se lleva completamente a través de soportes electrónicos y con el

³ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

aprovechamiento de las nuevas tecnologías, en el que no existe interacción física entre las partes involucradas, el tribunal arbitral, ni el centro de arbitraje, siendo un proceso arbitral a distancia.

Ahondando en la definición de "arbitraje digital", podemos encontrar una aproximación al concepto en palabras de Mohamed S. Abdel Wahab, quien define al arbitraje digital (*e-arbitration*), de la siguiente forma: "*el e-arbitration, en sentido estricto, significaría la integración de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) en los procedimientos arbitrales, en la medida en que estos últimos se lleven a cabo total o sustancialmente en línea. Esto implicaría que las solicitudes, presentaciones, audiencias y laudos sean realizados en línea.*"⁴

Nuestra realidad se ha visto seriamente afectada por la pandemia originada por el Covid-19. Podemos decir con certeza que esta situación ha acelerado el proceso de transformación digital de una manera insospechada, la cual se venía instaurando a un ritmo pausado en los distintos campos de la actividad humana en nuestro país y casi como consecuencia natural de aprovechar aquello que la tecnología ponía a nuestro alcance en la vida diaria. En cuanto al arbitraje, actualmente ha existido una adaptación casi total a la nueva coyuntura, prácticamente de manera obligatoria y necesaria para poder continuar con los procesos, la misma que ha sido promovida por centros arbitrales de prestigio y por tribunales arbitrales en arbitrajes ad hoc, que han buscado coadyuvar con una eficiente administración de los procesos en curso de manera virtual, así como los que se inicien en adelante.

La conversión a lo digital del arbitraje representa un beneficio en varios sentidos. Para las partes, se evita frustrar su derecho al acceso a la justicia (una paralización total de los procesos arbitrales resultaría hasta cierto punto, vulnerativa de este derecho); y, además, las operaciones producidas o llevadas a cabo a través de medios electrónicos o digitales, representan un costo económico mucho menor al que implica el trámite de arbitrajes de manera presencial y con la utilización de medios físicos.

No existe ningún obstáculo legislativo para la virtualización total del arbitraje, lo cual, de acuerdo a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071 referidas a la libertad en la organización de las actuaciones, así como la potestad del Tribunal Arbitral de dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las actuaciones arbitrales, sería totalmente factible y adecuado.

En ese sentido, a nivel nacional, podemos ver cómo algunas instituciones arbitrales, en el contexto de la pandemia generada por el Covid-19, han aprobado ajustes a su Reglamento de Arbitraje, para facilitar los arbitrajes virtuales, estableciéndose lineamientos que permitieran a las partes y a los tribunales arbitrales adoptar medidas y decisiones destinadas a proseguir con los casos que se encontraban suspendidos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, lo cual ha permitido continuar con los arbitrajes y realizar las audiencias por medios virtuales.

Entre estos centros de arbitraje, por citar algunos ejemplos, tenemos, el de la Cámara de Comercio de Lima, el del Colegio de Abogados de Lima y el de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que han emitido distintas notas informativas y comunicados con las instrucciones que deben seguirse para darle continuidad a los arbitrajes en curso y a los que están por iniciarse, a través

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

de herramientas digitales. Las principales reglas incorporadas van desde el empleo de una mesa de partes virtual, la utilización del correo electrónico para el envío de notificaciones o comunicaciones del Tribunal Arbitral, las partes, sus representantes o abogados, hasta la celebración virtual de audiencias a través de plataformas digitales.

Como dato adicional, resaltamos que la adopción de mecanismos virtuales para llevar a cabo audiencias no se ha limitado únicamente al arbitraje, sino a otros ámbitos, así vemos, cómo el Poder Judicial sigue administrando justicia durante el Estado de Emergencia Nacional a través de medios digitales; y, Organismos Públicos como el INDECOPI, han contemplado la posibilidad de llevar a cabo reuniones virtuales de la Junta de Acreedores en los procedimientos concursales previstos en la Ley General del Sistema Concursal y/o en otras normas especiales de naturaleza concursal, regulando a través de la Directiva 001-2020-DIR-COD-INDECOPI lo referente a esta implementación y formalidades para su realización. Esto por señalar algunos ejemplos de estas prácticas que cada día son más generalizadas.

VII. PRÁCTICAS INTERNACIONALES.

A nivel internacional, las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional, definidas en su prólogo como un "*recurso para las partes y los árbitros con el objeto de permitirles conducir la fase de pruebas de los procedimientos de arbitraje internacional de una manera eficiente y económica*", y que proporcionan mecanismos a las partes y árbitros para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para la conducción de las audiencias de pruebas, contemplan en su artículo 8(1), la posibilidad de llevar a cabo Audiencias virtuales, en casos excepcionales.

Asimismo, como pautas de similar naturaleza a las señaladas en el párrafo anterior tenemos las "Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional", firmadas el 14 de diciembre de 2018, y que, de acuerdo con su preámbulo, son directrices que pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes, pautas o sugerencias para incrementar la eficiencia del arbitraje, potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos. Estas reglas, en sí mismas, no reemplazan las ya fijadas por instituciones o tribunales arbitrales, sino que están diseñadas para complementar el procedimiento.

De esta forma, el artículo 8(8.2) de las mencionadas reglas contemplan la posibilidad de celebrar audiencias virtuales, advirtiéndose de esta forma cómo es que internacionalmente, antes incluso de la pandemia originada por el Covid-19, se concebía como una práctica aceptada la virtualización de determinados actos y diligencias procesales:

"(...) Si una de las partes solicita la celebración de una audiencia o el tribunal considera procedente su celebración, las partes y el tribunal organizarán la misma de la manera más eficiente posible, incluyendo la posibilidad de limitar su duración y la utilización de video y comunicaciones electrónicas o telefónicas para evitar que los demás miembros del tribunal arbitral, partes y otros participantes incurran en gastos innecesarios de desplazamiento.(...)" (Subrayado agregado)

El reglamento de la Corte de Arbitraje de Londres (en adelante LCIA) en su artículo 4(4.1), por ejemplo, contempla que la comunicación electrónica (a través de e-mail u otros) sea un medio eficaz para presentar comunicaciones durante el desarrollo del arbitraje, siempre que quede constancia de dicha transmisión⁵.

⁵ **London Court of International Arbitration. LCIA Arbitration Rules (2014).** Disponible en: <http://www.lcia.org/Dispute-Resolution-Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx>

Ahora, dada la circunstancia excepcional en la que nos encontramos a nivel internacional, instituciones arbitrales de todo el mundo han tenido que dejar de lado por completo esquemas tradicionales y adoptar el uso total de herramientas tecnológicas. De esta forma, se ha generado la concepción de que, por ejemplo, una audiencia virtual con herramientas digitales audiovisuales tiene la misma validez y autenticidad que una audiencia llevada a cabo de forma presencial.

Algunos ejemplos de las instituciones arbitrales a nivel mundial que han adoptado medidas destinadas a la atención y trámite virtual de los procesos arbitrales, con ocasión de las medidas adoptadas por los distintos gobiernos como resultado de la pandemia del Covid-19, son las siguientes: Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago; CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones; ICDR-AAA International Centre for Dispute Resolution – American Arbitration Association; ICC Arbitration Court; Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; CIAM Centro Internacional de Arbitraje de Madrid.

VIII. DIFICULTADES QUE PUEDE TRAER CONSIGO LA VIRTUALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.

La virtualización del arbitraje permite disponer de mayores facilidades para todos quienes forman parte del proceso arbitral, sean partes o árbitros, habiendo sido posibles estos cambios gracias a los avances que pone a nuestro alcance la tecnología, que van desde el uso de las computadoras personales y celulares que permiten desarrollar las tareas de manera remota, hasta el uso de plataformas virtuales para reuniones no presenciales, pasando por la interconexión, el almacenamiento y disposición de archivos digitales, así como el acceso a innumerables fuentes de información.

Sin embargo, la transición al arbitraje completamente digital puede traer consigo ciertas dificultades, ya sea por condiciones externas a los participantes del arbitraje o incluso por malas prácticas de las propias partes, lo cual puede perjudicar el trámite adecuado de las actuaciones arbitrales e incluso incidir negativamente en el resultado del proceso.

En primer lugar, abordaremos las potenciales prácticas negativas que pueden afectar la integridad del proceso arbitral, las mismas que pueden abarcar acciones que colindan con los límites de la ética, y pueden desencadenar en un abuso del derecho a un debido proceso.

La posible conducta adversa de las partes, sus representantes o abogados en el curso de las actuaciones arbitrales puede ser considerada como un comportamiento de mala fe o una "táctica de guerrilla", entendiéndose este término como aquél que describe aquellas acciones percibidas como hostiles, desplegadas por las partes en el arbitraje, en un intento de obtener una ventaja sobre la parte contraria. A la fecha, no existe una delimitación clara sobre qué acciones constituyen necesariamente este tipo de malas prácticas en el arbitraje; por este motivo, muchas veces una conducta que puede ser asociada con una "táctica de guerrilla" o de mala fe, puede ser defendida como una estrategia legítima para defender intereses propios de las partes.

Pues bien, el entorno digital no es ajeno a la concurrencia de este tipo de conductas, las cuales tienen por objeto lograr la dilación de las actuaciones arbitrales e incidir negativamente en el proceso arbitral, con la finalidad de obtener una ventaja en el trámite del proceso. Dentro de estas conductas se encuentran, por ejemplo, el indebido empleo de los medios digitales en la presentación de escritos y documentación solicitada en el arbitraje, para generar dilaciones innecesarias o, incluso, inducir al tribunal arbitral o secretario (quien gestiona normalmente la información) a dar cuenta de la presentación de información que en la realidad no resultaba válida

(por ejemplo, si el secretario arbitral no corrobora los enlaces enviados por las partes en los que señalan que remiten determinada información, podría darse el supuesto de que, en realidad, el enlace esté dañado o que la información contenida en este sea incompleta, incompatible con un determinado servidor o que sea posteriormente modificada). Por este motivo, además de la necesaria concurrencia del principio de buena fe en las actuaciones arbitrales, resulta necesario que los operadores del arbitraje sean sumamente diligentes y estén siempre atentos a los detalles que involucran la presentación de documentos y escritos a través de medios digitales para evitar cualquier contingencia posterior.

Por otro lado, advertimos la posibilidad de que estas “malas prácticas” concurren a su vez en lo que respecta a la realización de audiencias virtuales. Ejemplo de ello podría ser que, en una diligencia de esta naturaleza, una de las partes (en principio, la parte demandada) genere la apariencia de constantes problemas de conexión o problemas técnicos que afecten su participación, lo cual imposibilitaría la celebración de la audiencia e incluso podría generar su reprogramación; escenario que operaría claramente en su beneficio, al generarse con ello la dilación del proceso arbitral.

Como ya hemos señalado, la premisa general es que debe primar la buena fe en el trámite de las actuaciones arbitrales, siendo responsabilidad de las partes, sus representantes y/o abogados mantener una conducta proba en el transcurso del arbitraje. Asimismo, la virtualización total del arbitraje nos obligará a confiar más en la buena fe de la contraparte, pues no existirá una forma plena de corroborar que cualquier incidencia relacionada al trámite del arbitraje se deba a un problema real o sea una técnica dilatoria de mala fe. Pese a esto, será labor de los árbitros y de los secretarios arbitrales el ser especialmente diligente con el trámite virtual de las actuaciones, y estar atentos a cualquier táctica o estrategia dilatoria que pueda presentar alguna de las partes. Esto último deberá complementarse con reglas específicas y claras que permitan establecer de manera previa las conductas que pueden ser entendidas como “malas prácticas” y sus respectivas sanciones, lo cual estaría a cargo de los tribunales arbitrales y de los Centros de Arbitraje (esto en el caso de arbitrajes institucionales), e incluso a cargo de las propias partes.

Una de las consecuencias más contempladas en caso alguna de las partes incurra en acciones dilatorias o que podrían ser entendidas como de mala fe, es que estas acciones podrían ser meritadas negativamente en la condena de costos, luego de la evaluación respectiva, lográndose de esta forma sancionar adecuadamente las transgresiones en las que incurrió una de las partes durante el arbitraje.

De manera similar, podrían fijarse otras reglas que permitan establecer un orden específico en la forma de llevar las actuaciones arbitrales (fijar pautas para la presentación de documentación, establecer un formato específico del material audiovisual para que no existan incompatibilidades, entre otros), lo cual a su vez permitiría identificar con mayor facilidad si es que en un determinado supuesto ha existido mala fe de alguna de las partes o no. En el caso de audiencias, determinar reglas específicas de tipo procesal y técnico, realizar pruebas anteriores a la Audiencia a llevarse a cabo que permitan corroborar la disponibilidad de los equipos y el cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas necesarias, de tal forma que se asegure una correcta participación de las partes y de los árbitros en estas diligencias.

Como un segundo grupo de las dificultades que podrían repercutir negativamente en la concurrencia del arbitraje digital, están aquellas que son externas a las propias partes y que no revisten actitudes de mala fe, constituidas por las diferencias propias de las condiciones sociales en países subdesarrollados, o de los recursos con los que una de las partes cuenta para asegurar su participación en un arbitraje digital. En este extremo, de tramitarse un arbitraje digital pese a

la existencia de brechas tecnológicas entre dos partes determinadas, podría impactarse negativamente en el derecho al debido proceso de la parte en desventaja, por lo que estos aspectos deben ser cuidadosamente revisados por los tribunales arbitrales que se constituyan.

Por otro lado, el uso generalizado del internet en los últimos meses ha representado que se creen dificultades propias de dicho uso masivo, generándose un colapso en el ancho de banda o en la velocidad de la red, lo cual, en algunos casos, impide que se lleven a cabo con fluidez las teleconferencias programadas, obstaculizándose el correcto desarrollo de audiencias. Por ello, el arbitraje virtual podría implicar, en este sentido, la necesidad de realizar una inversión adicional en recursos informáticos.

Sin perjuicio de lo señalado, es innegable que las ventajas del uso de las tecnologías de la información en el arbitraje han venido marcando una pauta considerable a nivel internacional y han reforzado aquella visión que transmite el arbitraje, referida a su amplia flexibilidad para adaptarse al cambio sin comprometer su eficiencia. De esta forma, la transformación digital en el arbitraje seguirá perfeccionándose únicamente con el trabajo conjunto de las instituciones arbitrales, los árbitros y las partes, quienes deberán tomar un rol activo en la implementación y aplicación de las pautas y directrices que sean necesarias y que aseguren, a su vez, las buenas prácticas en el arbitraje digital.

IX. CONSIDERACIONES FINALES.

El convenio arbitral celebrado a través de medios electrónicos tiene y conserva plena eficacia y validez en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que conste en un soporte que permita su ulterior consulta. Así, encontramos que, desde el origen del arbitraje, constituido por la voluntad de las partes, se advierte la coexistencia con las nuevas tecnologías de la información.

La digitalización del arbitraje es, a la fecha, una realidad incuestionable. En nuestro país, se ha pasado de un esquema mixto (entre trámite virtual y físico del arbitraje) a un sistema en el que predomina el uso de las tecnologías de la información y comunicación para llevar a cabo las actuaciones arbitrales. Este cambio, en definitiva, se ha visto acelerado con ocasión del Estado de Emergencia declarado como efecto de la pandemia del Covid-19.

La utilización de las nuevas tecnologías para el trámite de los procesos arbitrales podría implicar la existencia de dificultades, ya sea por condiciones ajenas a las partes o por actos empleados por estas como tácticas dilatorias de mala fe. Estas contingencias pueden prevenirse a través de una correcta delimitación de reglas, y el trabajo conjunto de las partes, instituciones arbitrales, secretarios arbitrales y árbitros para asegurar un desenvolvimiento de las actuaciones de la mano de la buena fe, con miras a mantener las exigencias y estándares adecuados para el correcto desarrollo del arbitraje.

El arbitraje digital es una realidad y ha servido en las circunstancias actuales como un mecanismo necesario y útil para la continuación de los procesos arbitrales a través de los medios tecnológicos que la ciencia pone a disposición de la sociedad, lo cual si bien es desde todo punto de vista algo positivo, plantea dos retos inmediatos, el primero: velar porque la necesidad de contar con recursos tecnológicos no genere un trato diferenciado hacia las partes, que permita una ventaja de una respecto de la otra, y el segundo: asegurar la confidencialidad y protección de la información que se transmita a través de dichos medios digitales, a fin de cumplir con la confidencialidad establecida en el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje.

Así pues, tenemos que no basta con digitalizar el proceso arbitral a través del uso de los recursos tecnológicos para realizar los actos propios del proceso, sino que además, implica brindar al proceso y a la información contenida en él, las medidas de protección y seguridad que su naturaleza lo requiere.

X.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Caivano, R. (1998). *Negociación, Conciliación y Arbitraje: Mecanismos Alternativos para la resolución de conflictos*. Lima: Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (APENAC).

García-Margallo Gomendio, C., & De Ulloa Solís-Beaumont, C. (2019). La cláusula arbitral en el contexto de las (ya no tan) nuevas tecnologías. *El Convenio Arbitral*.

Mohamed Abdel S. Wahab, "ODR AND E-ARBITRATION: Trends & Challenges", en *Online Dispute Resolution: Theory and Practice : A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, por Mohamed Abdel S. Wahab, Ethan M. Katsh, and Daniel Rainey, editado por Mohamed Abdel S. Wahab (The Hague: Boom Eleven International Publishing, 2012), 402.

De Miguel Asensio, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

Zappala, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje». *Universitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.