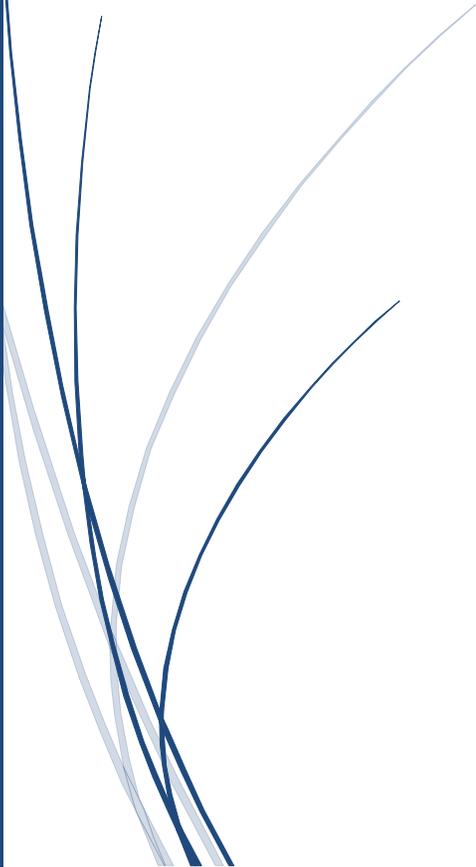


Panamá, 18 de Julio de 2018

El Convenio Arbitral Electrónico

Erica Edith Estrada Saavedra



EL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO

1. Introducción.

El arbitraje es uno de los métodos alternos de solución de conflictos, que consiste en someter las partes sus diferencias a raíz de un contrato, a un tribunal arbitral, compuesto por uno o más árbitros que decidirán conforme a derecho o equidad, según lo hayan pactado las partes.

El mundo de los negocios ha encontrado una forma alternativa, facultativa, electiva de solucionar los conflictos. El arbitraje, que emergió desde tiempos antiguos,¹ ha venido popularizándose con el pasar del tiempo y con el devenir de los negocios tanto en la esfera doméstica² como a nivel internacional.³

En arbitraje prima la voluntad de las partes. ¿De qué manera se exterioriza dicha voluntad? ¿Cómo pactan las partes un arbitraje? El convenio arbitral es el instrumento por el cual las partes manifiestan su voluntad de resolver sus conflictos mediante arbitraje⁴, la forma es el “medio con el cual la voluntad contractual debe exteriorizarse para alcanzar plena validez y eficacia.”⁵

En lo que respecta a la forma, la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, Ley de Arbitraje de Panamá –en adelante LAP-, adoptó las reformas contenidas en el artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje

¹ Según nuestras investigaciones, el texto más antiguo que refiere a Arbitraje y al Convenio Arbitral, está en La Biblia, Libro de Éxodo, Capítulo 18, versículos 15 y 16, versión Reina Valera, 1960, que dice “Y Moisés respondió a su suegro: Porque el pueblo viene a mí para consultar a Dios. Cuando tienen asuntos, vienen a mí; y yo juzgo entre el uno y el otro, y declaro las ordenanzas de Dios y sus leyes.” En un lenguaje más actual, el mismo pasaje bíblico dice lo siguiente: “Moisés contestó: -Porque el pueblo acude a mí en busca de resoluciones de parte de Dios. Cuando les surge un desacuerdo, ellos acuden a mí, y yo soy quien resuelve los casos entre los que están en conflicto. Mantengo al pueblo informado de los decretos de Dios y le transmito sus instrucciones.”

los años 1400 o 1500 a.C., en la época de Moisés.

² El artículo 3 de la LAP establece que el arbitraje será nacional si el tribunal tiene su sede dentro del territorio de la República de Panamá y el arbitraje no se enmarca dentro de ninguno de los supuestos mencionados en el artículo 2.

³ El artículo 2 de la LAP establece que el arbitraje será internacional cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o cuando uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: 1. La sede del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; 2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha. También el arbitraje será internacional cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado; o cuando la materia objeto del arbitraje implica prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales. Si alguna de las partes tienen más de un establecimiento este será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

⁴ éste será determinante para el éxito del procedimiento, de principio a fin.

⁵ PERALES VISCASILLAS, Pilar, Derecho Comercial Internacional, Tomo II, Editorial Temis, 2014, pág. 369.

de la CNUDMI⁶ - en adelante LMA-, opción 1. Según el artículo 16⁷ de la LAP, la forma que puede adoptar el acuerdo de arbitraje es prácticamente libre para las partes, entendiéndose que éste deberá constar por escrito, pero no limitado al sentido tradicional de lo escrito, sino también en un sentido más amplio y moderno, adaptándose a la actualidad del mundo de los negocios.⁸

En un mundo donde la tecnología avanza a un ritmo acelerado, el uso del comercio electrónico es cada vez más frecuente. Un reciente estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, reveló el fuerte aumento en el uso y el acceso a Internet en el último quinquenio.⁹ Otro estudio¹⁰ señaló que un 38% de los internautas panameños han comprado alguna vez en línea, un importante indicador frente al 42% promedio de América Latina. Hoy, es muy común encontrarnos con contratos celebrados electrónicamente. Contratos mercantiles como el de transporte marítimo, compraventa de productos o servicios, entre muchos otros ejemplos, podrían incluir un convenio arbitral en su clausulado.

No pretendemos entrar a analizar cada uno de los contratos mercantiles mencionados como ejemplo¹¹, sino, que nos centraremos en el análisis del convenio arbitral electrónico y su surgimiento a la vida jurídica sujeto al cumplimiento de los requisitos de forma contenidos en la LAP y en los Convenios Internacionales suscritos por Panamá.

2. Marco Jurídico de referencia.

2.1. La Constitución Política de la República de Panamá.

Para comprender el origen del arbitraje es necesario tener presente que la jurisdicción arbitral nace en la Constitución Política, que en su Título VII, artículo 202, establece que la administración de justicia podrá ser ejercida, además del Órgano Judicial, por la jurisdicción arbitral de conformidad

⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales.

⁷El cual transcribimos más adelante.”

⁸ Reconoce la CNUDMI en Resolución aprobada por la Asamblea General 61/33 de 4 de diciembre de 2006⁸ la necesidad que las nuevas disposiciones de la Ley Modelo en lo relativo a la forma del acuerdo arbitral se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos; señala estar convencida de que tal modernización es oportuna para la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958; considerando que las reformas fueron ampliamente discutidas con los gobiernos e interesados y que contribuirá al establecimiento de un marco jurídico armonizado que permita resolver de forma equitativa y eficiente las controversias comerciales internacionales.

⁹ El 43,4% del total de los hogares estaban conectados a Internet en 2015, casi duplicando el valor de 2010, indica el informe Estado de la banda ancha 2016 presentado en el marco de la segunda reunión de la Conferencia de Ciencia, Innovación y TIC en Costa Rica. Ver <https://www.cepal.org/es/publicaciones/estado-la-banda-ancha-america-latina-caribe-2016>

¹⁰Firma consultora Tendencias Digitales <http://tendenciasdigitales.com/evolucion-usos-de-internet-latam/>
https://impresa.prensa.com/economia/consolida-comercio-electronico-Panamá_0_4858764163.html

¹¹ por el principio de autonomía del convenio arbitral, también llamado principio de separabilidad, éste puede ser analizado separadamente del contrato principal.

con la ley. Esto quiere decir, que la posibilidad de utilizar el arbitraje para dirimir controversias viene de la Carta Magna, que otorga y garantiza a los ciudadanos plena libertad para decidir sobre una u otra jurisdicción, lo que en esencia constituye la voluntad de las partes, pilar fundamental del arbitraje. Por defecto, todas las controversias deberán resolverse por medio de la jurisdicción ordinaria, esto es, mediante el Órgano Judicial, conformado por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la ley establezca. La propia Constitución establece en su artículo 201 que la administración de Justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida. Ahora bien, la realidad es que la Justicia ordinaria no marcha, ni en Panamá, ni en la mayoría de los países de la región, al ritmo y en la forma deseada o requerida en el día a día de los negocios, los cuales son muy dinámicos. Es por esto que existen los métodos alternos de solución de conflictos, como el arbitraje.

La pregunta ahora sería, ¿cómo activar nuestro derecho a acudir a la denominada justicia privada? La respuesta corta es, con un acuerdo de voluntades. La jurisdicción arbitral quedará siendo una herramienta latente para dirimir controversias mientras no exista la voluntad de dos o más personas que se encuentran ligados por una relación comercial y que, han determinado que, frente a una controversia pasada, presente o futura, someterán el asunto a arbitraje.

2.2. Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Panamá -LAP-.

La ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá, derogó el Título I del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, que establecía el régimen del Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. El Decreto ley 5 de 1999, seguía el diseño de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. El convenio arbitral estaba revestido de la solemnidad escrita y requería la firma de las partes en aceptación.¹²

Según el derogado Decreto ley 5, la constancia por escrito era un requisito indispensable para la existencia y validez del convenio arbitral. La voluntad de las partes debía evidenciarse de forma inequívoca en el convenio arbitral, lo que se conoce como el principio de interpretación estricta, el cual tiene su base en la concepción del acuerdo arbitral como excepción a la regla general, cual es la justicia ordinaria.¹³ En la medida en que dicho pacto es una excepción a una regla general, le aplica el principio *exceptio est strictissimae interpretationis*. Como resultado, el texto del acuerdo arbitral y su alcance, serían interpretados como regla a la excepción.

Bajo el principio de interpretación estricta de la cláusula arbitral, el sistema¹⁴ presentó algunos inconvenientes en tanto que se cuestionaba la validez del acuerdo arbitral, principalmente por

¹² En relación a la forma del convenio arbitral, el artículo 9 del Decreto Ley 5 de 1999, establecía que: “el convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá que adopta la forma escrita cuando conste en un documento firmado por ambas partes, o en documento intercambiado entre las partes por medio de télex, fax, correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes.”

¹³ Por el derecho de todo ciudadano de acudir a la Administración de Justicia ejercida por el Órgano Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia, los Juzgados y los Tribunales que la Ley establezca, consagrado en el Título VII, Capítulo 1, de la Constitución Nacional de Panamá.

¹⁴ Para referirme al arbitraje como un todo, como sistema de solución de conflictos.

aquella parte afectada por el resultado del laudo, la cual trataba de invalidarlo, so pretexto de que no se cumplió a cabalidad la voluntad de las partes. No bastaba con que el acuerdo estuviera por escrito, sino que el mismo debía expresar lo pactado por las partes de forma indubitable. Cualquier inconsistencia de interpretación abría una ventana para alegar una causal de anulación del laudo.¹⁵ Aparentemente tal rigidez ya no estaba acorde con los usos del comercio en la actualidad, razón por la cual la CNUDMI comenzó a mirar el asunto de cerca e introdujo las reformas a la Ley Modelo de Arbitraje en el año 2006.

Como mencionamos en el punto 1, de los aspectos generales, la nueva LAP adoptó las recientes reformas de la Ley Modelo -LMA¹⁶, resultando una ley moderna, cuyo contenido es apto para promover el arbitraje tanto en el ámbito doméstico como en el internacional. El concepto de acuerdo de arbitraje quedó plasmado en el artículo 15 tomando como referencia el párrafo 1 de la Opción 1, de las dos que ofrecía la CNUDMI.¹⁷

“Artículo 15. DEFINICIÓN Y FORMA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE. El acuerdo de arbitraje es aquel por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

El artículo 16 de la LAP describe los requisitos de forma del Acuerdo de Arbitraje, como sigue:

“Artículo 16. Requisitos de forma del acuerdo de arbitraje. El Acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 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. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una

¹⁵ El artículo 34 (derogado) del Decreto Ley 5 de 1999 establecía en cuanto a la impugnación del laudo arbitral: Artículo 34. Contra el laudo arbitral interno sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por los siguientes motivos tasados: 1. Cuando la parte que interpone el recurso pruebe: a) Que el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causas de nulidad consagradas en el Código Civil y las causales contenidas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia. b) Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo, no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o de conformidad con lo establecido en el presente Decreto-Ley, o no ha sido una de las partes notificada en debida forma de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento. c) Que el laudo se refiere a una controversia no contenida en el convenio arbitral, o que contiene decisiones que exceden de su ámbito o alcance. d) Si el laudo se hubiere obtenido en virtud de violencia, cohecho o prevaricato. Parágrafo: la anulación afectará únicamente a las cuestiones a que se refiere los párrafos anteriores que se puedan separar de las demás contenidas en el laudo. 2 Que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a la ley panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño.

¹⁶ No solamente en lo que a cláusula arbitral se refiere, sino también adoptó las reformas relativas a medidas cautelares,

¹⁷ La Opción II que ofrece la CNUDMI lee como sigue: Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

comunicación electrónica o mensajes de datos, según lo previsto en el artículo 5, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. También se considerará que hay constancia escrita, cuando haya un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” (lo resaltado es nuestro)

Centraremos nuestra atención en la modalidad de acuerdo arbitral concertado por medios electrónicos, y expondremos las razones por las cuales consideramos que es totalmente válido a la luz de los requisitos de forma contenidos en el artículo 16, aunados a los requerimientos de los convenios internacionales suscritos por nuestro país.

2.3. Los tratados internacionales en materia de arbitraje.

2.3.1. Convención de Nueva York de 1958 -CNY.

Panamá es País suscriptor¹⁸ de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, también conocida como Convención de Nueva York, celebrada en esa Ciudad el 10 de junio de 1958.

La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.¹⁹

El artículo II de la Convención de Nueva York a la letra dice:

“Artículo II. 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo **por escrito** conforme al cual las Partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. **La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmada por las Partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.** 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las Partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las Partes al arbitraje, a instancia de una de

¹⁸ Aprobada mediante Ley 5 de 25 de octubre de 1983, publicada en Gaceta Oficial N°20,079 de 15 de junio de 1984. Depósito del Instrumento de Adhesión el 10 de octubre de 1984. Entró en vigencia para Panamá el 8 de enero de 1985.

¹⁹ Tomado del texto de los objetivos de la Convención de Nueva York de 1958. Puede ser consultado en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.
(El énfasis es nuestro).

Las condiciones de “por escrito” y “firmado por las partes” de la cláusula arbitral parece ser vital para los efectos de la aplicación de la Convención de Nueva York. En teoría, los países miembros deberán ajustarse al texto de la norma antes transcrita, sin embargo, la realidad es que dicho precepto ha perdido vigencia en la actualidad, en tanto que no se adapta a la práctica actual del comercio y la intervención cada vez más frecuente de la tecnología y las comunicaciones electrónicas. Por esta y otras consideraciones, la CNUDMI recomendó²⁰ que el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York se aplique **reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas**.

Recomienda que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, **se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas**; 2. Recomendación que el párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

Tratando de fusionar el párrafo 2 a la recomendación de interpretación de la CNUDMI, podríamos decir entonces que la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmada por las Partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas, **aunque no totalmente**.²¹

2.3.2. Convención de Panamá de 1975.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en 1975, tuvo nuestro País como sede, y por tanto lleva su nombre. Desarrolla temas como el Acuerdo Arbitral, nombramiento de árbitros, procedimiento arbitral, reconocimiento y ejecución de sentencias. Sobre el Acuerdo Arbitral contiene una redacción muy similar a la Convención de Nueva York. Establece en su artículo 1 “que es válido el acuerdo de las Partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a

²⁰ La recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones

²¹ perfectamente, absolutamente, cabalmente, todos sinónimos de exhaustivamente.

un negocio de carácter mercantil. Así como la CNY, la Convención de Panamá menciona que el acuerdo de Arbitraje constará por escrito y deberá ser firmado por las Partes.

Dada la importancia de la comprensión adecuada del concepto de constancia por escrito, dedicaremos un punto especial para tratar este tema.³

3. Requisitos de validez del acuerdo arbitral.

Toda vez que el convenio arbitral es un acto jurídico de carácter contractual, le son aplicables las reglas generales de dichos negocios.²² Será necesario revisar los principios generales de los actos jurídicos contenidos en nuestro ordenamiento civil panameño, en conexión con la cláusula arbitral y así evaluar los requisitos de existencia y validez de la misma.

Sobre la validez, el precepto citado como violado en la sentencia alude a la que pueda o no tener el contrato y esa referencia ha de ser entendida en relación con los elementos esenciales requeridos para la existencia de los contratos. Como se sabe esos elementos no son otros que el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto, materia del contrato, y la causa de la obligación que se establezca.²³

El Código Civil panameño en su artículo 1112 establece que para la validez de los contratos son requisitos esenciales:

1. El consentimiento de los contratantes,
2. El objeto cierto que sea materia del contrato, y
3. La causa de la obligación que se establezca.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado que conforme al artículo anterior, se dispone taxativamente que hay nulidad absoluta en los actos o contratos cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene.²⁴

3.1. El consentimiento.

El consentimiento no es más que la manifestación de la voluntad de las partes de celebrar un acto jurídico, lo cual implica una oferta por una de ellas y la aceptación por la otra.²⁵

²² Entiéndase acto o negocio jurídico en el mismo sentido.

²³ Sentencia de 17 de abril de 2001, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario Carlos Eliseo Santana vs. Fernando Montes .

²⁴ Ver comentarios a la Jurisprudencia (Sentencia de 17 de abril de 2001, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario Carlos Eliseo Santana vs. Fernando Montes) del artículo 1112 del Código Civil Panameño. Editorial Sistemas Jurídicos. 2009.

²⁵ Ver Artículo 1113 del Código Civil Panameño.

A propósito de los contratos consensuales y solemnes, el artículo 1109 del Código Civil Panameño establece la diferenciación entre uno y otro, como sigue:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Se exceptúan los actos y contratos enumerados en el artículo 1131, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de las condiciones del acto o contrato y determinación precisa de la cosa que sea objeto de él.”

Se desprende de este artículo una regla general aunada a una excepción. Se trata de que los contratos son consensuales, a no ser que se encuentren dentro de aquéllos enumerados en el artículo 1131 del propio Código Civil, esto es: 1. La cesión o transmisión de bienes inmuebles, 2. Los arrendamientos de inmuebles mayores a seis años, 3. Las capitulaciones matrimoniales, 4. Cesión de derechos hereditarios, y 6. Cesión de derechos de un acto consignado en escritura pública.

El convenio arbitral no se encuentra dentro del listado del artículo 1131 del Código Civil, por tanto, no es un contrato solemne. Debemos remitirnos a la Ley de arbitraje comercial y a los convenios internacionales, para examinar si existe formalidad en lo que se refiere a la cláusula arbitral.

No podemos dejar de mencionar que las partes deberán estar en capacidad legal para prestar su consentimiento, de lo contrario sería causal de nulidad del acto jurídico. Asimismo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo anularán el acto.²⁶

3.2. Objeto cierto.

Establece nuestro Código Civil que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio, las cosas o servicios posibles, todo lo cual debe ser determinado o determinable –de referirse a una cantidad-.²⁷ En el caso del convenio arbitral, el objeto es la o las controversias que puedan surgir por motivo de una determinada relación jurídica, que puede ser o no contractual. Hacemos énfasis en el hecho de que la relación jurídica debe ser específica, determinada o definida, y también debe ser susceptible de ser ventilada en un arbitraje.²⁸

3.3. Causa lícita.

En un convenio arbitral la causa es la promesa²⁹ de ambas partes de acudir a un arbitraje para resolver sus conflictos. Es un elemento de validez de los actos jurídicos que se refiere a la causa

²⁶ Ver artículos 1113 al 1121 del Código Civil Panameño.

²⁷ Ver artículos 1122 a 1124 del Código Civil Panameño.

²⁸ Nos referimos al artículo II párrafo 1 de la Convención de Nueva York de 1958.

²⁹ Ver artículos 1125 a 1128 del Código Civil Panameño.

final, la razón objetiva, es decir, lo que se quiere alcanzar con el contrato. Dicha causa no puede ir en contra de las leyes o la moral,³⁰ ya que perdería su condición de licitud, dando lugar a la nulidad.

La causa del convenio arbitral va necesariamente ligada a la arbitrabilidad que tratamos en el capítulo I. Así, de pactarse un arbitraje sobre una cuestión que deba ser ventilada ante entidades estatales, tal es el caso de las acciones penales, competencia económica, temas de propiedad industrial, entre otros, dicho acuerdo arbitral perdería eficacia o validez.

4. Requisitos de forma del convenio arbitral.

4.1. La constancia “por escrito”

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –Drae- el término “por escrito” significa “por medio de la escritura.”³¹ A su vez la palabra escritura nos refiere a un documento. La Ley 51 de 22 de julio de 2008³², modificada por la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012, Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico de Panamá, define documento como los “escritos, escrituras, certificaciones...” y documento electrónico como “toda representación electrónica que da testimonio de un hecho, una imagen, un sonido o una idea, con independencia del soporte utilizado para su fijación”.

En arbitraje, el concepto de constancia por escrito ha sufrido una evolución a través del tiempo. El antiguo Decreto Ley 5 de 1999,³³ establecía, no únicamente que el acuerdo de arbitraje debía constar por escrito, sino que debía contener además dos requisitos mínimos, la designación o forma de designación de los árbitros, y las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido. Tal disposición, un tanto restrictiva y formalista, parecía condicionar la validez del acuerdo arbitral a estos dos requisitos.³⁴ Rigió por catorce años, y aun cuando estaba

³⁰ Ver artículo 1126 del Código Civil Panameño.

³¹ Del lat. *scriptūra*. 1. f. Acción y efecto de escribir. 2. f. Sistema de signos utilizado para escribir. Escritura alfabética, silábica, ideográfica, jeroglífica. 3. f. Arte de escribir. 4. f. Carta, documento o cualquier papel escrito. 5. f. Documento público, firmado con testigos o sin ellos por la persona o personas que lo otorgan, de todo lo cual da fe el notario. 6. f. Obra escrita.

³² Artículo 1. Objeto. Esta Ley establece el marco regulador para la creación, utilización y almacenamiento de documentos electrónicos y firmas electrónicas, así como el proceso de registro y la fiscalización de los prestadores de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas en el territorio de la República de Panamá. Además, establece el marco regulador para algunos actos de comercio realizados a través de Internet, principalmente en lo referente a la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos y a las condiciones relativa a la validez y eficacia de dichos contratos; las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios comerciales a través de Internet, incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de comunicación; el intercambio de información y documentación comercial por vía electrónica, incluidas las ofertas, las promociones y los concursos; y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios comerciales a través de medios electrónicos.

³³ Derogado por la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá.

³⁴ GONZÁLEZ ARROCHA, Katherine, SANCHEZ ORTEGA, Liliana. Arbitraje Comercial Internacional en Panamá: Marco Legal y Jurisprudencial. Pág. 5. Consultar en

en vigencia, la Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio pro validez, reconoció “que dentro de la forma escrita para la concertación de acuerdos arbitrales dentro de la contratación comercial moderna se aceptan diversas modalidades sin que sea imperativa la autografía o firma de los contratantes, que no son esenciales para la existencia del contrato, pero que constituyen una de las modalidades más usadas hoy en día.”³⁵ Consecuentemente declaró injustificado el cargo relativo a la falta de escritura de la cláusula arbitral.

Hoy, la realidad es distinta. La esencia de la forma escrita está ligada tanto al concepto de escritura tradicional, como al lenguaje tecnológico actual. La moderna LAP establece en los dos primeros párrafos del artículo 16, que “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. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica o mensaje de datos, según lo previsto en el artículo 5, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.”

Lo anterior es en definitiva innovador, y como toda innovación, podría sonar un tanto disonante. Podemos rescatar del texto dos frases³⁶ determinantes para su correcta comprensión: el acuerdo de arbitraje es escrito “cuando quede constancia de su contenido” y “si la información es accesible para su ulterior consulta”. El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma, bajo la condición de que se deje constancia de su contenido.³⁷

Según el artículo 5 de la LAP, comunicación electrónica es toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.³⁸ Mensaje de datos³⁹ es la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, entre otros. Se aprecia la evolución con respecto a la normativa anterior y también de cara al artículo II.2 de la CNY, que únicamente hace referencia al canje de cartas o telegramas.⁴⁰ La jurisprudencia internacional ha reconocido la validez del acuerdo arbitral concertado mediante comunicaciones electrónicas.⁴¹ La

<http://www.cecip.com.pa/files/ARBITRAJE%20COMERCIAL%20INTERNACIONAL%20EN%20PANAMA.%20MARCO%20LEGAL%20Y%20JURISPRUDENCIAS.pdf>

³⁵ Sentencia de Apelación, 1 de junio de 2005, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. MAERSKS SEALAND TRADING NAME OF THE AP MOLLER GROUP DAMPSKIBSSELSKABET WERNDBORG contra el Auto No. 87 del 12 de mayo de 2003 dictado por el Segundo Tribunal Marítimo en el Proceso Ordinario Marítimo AGROWEST, S.A. DOS VALLES, S.A. Y COMEXA, S.A.

³⁶ Nótese que ambas son oraciones condicionales.

³⁷ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI-Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, p.30.

³⁸ Tomado de la Convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas, artículo 4b, c, Nueva York, 2005.

³⁹ Ver ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996.

⁴⁰ Artículo II.2. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmada por las partes y contenidos en un canje de cartas o telegramas.

⁴¹ “De esta forma, como criterio interpretativo, resulta de interés la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del art. II del CNY aprobada por la omisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) de 7 de julio de 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, el art. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que debe incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte

importancia de la nueva disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.⁴²

4.2. Accesibilidad de ulterior consulta.

El convenio arbitral electrónico es la modalidad del acuerdo arbitral concertado mediante comunicaciones electrónicas o mensajes de datos.

Según el artículo 5 de la ley de arbitraje, comunicación electrónica es toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Mensaje de datos es la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, entre otros.

Alguien definió comunicación electrónica como un servicio de transmisión a cambio de una remuneración o no, que consiste en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión.⁴³

En los últimos años ha habido una revolución de los medios de comunicación. La gran mayoría de las personas utilizan medios electrónicos, canales digitales, aplicaciones, y todo un completo entorno cibernético que goza actualmente de gran popularidad y que continúa en desarrollo. Como ejemplo de la evolución tecnológica en cuanto a la mensajería de datos, los lectores recordarán las plataformas más populares de la década de los 90, que fueron el beeper, ICQ, SMS o mensajería instantánea usando datos móviles. Surge el *Blackberry Messenger* y la posibilidad de mantener un intercambio de mensajes de forma ininterrumpida directa y simultánea, y esta a su vez

admite ya el artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje española. Así las cosas y en aplicación del anterior contexto normativo-jurisprudencial, es de reseñar que de la documentación acompañada en la demanda y la complementaria aportada en el escrito de alegaciones presentada por la instante, encontramos una serie de comunicaciones electrónicas mantenidas entre los intermediarios de "ELBANA" y de "BIOTRADING" con las partes contratantes. De este modo, en los correos electrónicos objeto de los documentos núms. 2, 17 y 21 acompañados por la actora (folios 14 al 17, 126 al 132 y 139 al 151, respectivamente), resulta con fuerza de evidencia no sólo la realización del contrato de fletamento entre las partes ahora en litigio y la intermediación del bróker de fletamentos "NOVA CHARTERING, SrL", llegándose a un acuerdo de "cierre" el día 5 de octubre de 2012, a las 16,36 horas, respecto del buque tanque FALESIA, para el transporte de 1.000 TM de biodiesel desde el puerto de Sevilla hasta el puerto de Génova, sino también que el referido contrato de fletamento quedó sujeto al derecho inglés y a arbitraje en Londres, como consta en cada uno de ellos. Así, "NOVA CHARTERING, SrL", con referencia a la póliza de fletamento MT FALESIA, de fecha 5 de octubre de 2012, confirma al armador ELBANA DI NAVIGAZIONE que: "El cierre contenía una cláusula de arbitraje a Londres y los términos de la póliza de fletamento Asbatankvoy, que contiene el clausulado completo de las cláusulas de arbitraje en Londres. Estos términos son ampliamente conocidos para todos los fletadores incluyendo Biotrading 2007, que regularmente fleta buques para el transporte de cargamentos líquidos y tenía sus propios términos y condiciones también incorporadas en el cierre". Y añade, además, tanto que "BIOTRADING" "confirmó su aceptación al cierre", como que "abonó el flete a los armadores" y "pagó la comisión de corretaje acordada". Solicitud de reconocimiento de laudo extranjero, ELBANA DE NAVIGAZIONE, SpA. Contra BIOTRADING 2007 SLNE. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. 2014.

⁴² Ver nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI-Segunda Parte- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Pág. 30.

⁴³ www.derecho.com/c/Comunicación_electrónica

actualizándose y abriendo un matiz de diferentes plataformas conocidas hoy (telegram, whatsapp, criptext, entre otras). Una de las plataformas tecnológicas más utilizadas por los empresarios para llevar a cabo negociaciones a distancia, es Skype, creado en el año 2003, y cuyo servicio de mensajería tuvo buena acogida, en especial por la capacidad de este programa de redefinir las comunicaciones grupales por voz y video de forma gratuita.

Son tales los avances de la tecnología en nuestros días, que aún las reuniones hechas vía Skype o mediante alguna otra plataforma, pueden operar con realidad virtual 360º: Es una forma de representar la vida real de manera digitalizada. Es llevar aquello que nos rodea a imágenes que pueden verse en una pantalla de ordenador o en un *smartphone* y que van acompañadas de unas gafas especiales que hacen la visualización de las imágenes mucho más realistas. En dispositivos específicos como el HTC Vive, o Oculus Rift, puedes grabar en directo desde la tarjeta de video con una aplicación de Nvidia Geforce Experience. Lo que te permite tener acceso a la información, para futuras consultas.

En cuanto a la consulta de los documentos electrónicos o mensajería de datos, existen diversas maneras de obtener los datos para los efectos de comprobar la existencia del convenio arbitral, básicamente con programas o aplicaciones que manejados por técnicos idóneos será posible la consulta de tal archivo tecnológico.

La jurisprudencia internacional ha reconocido la validez del acuerdo arbitral concertado mediante una comunicación electrónica.

“De esta forma, como criterio interpretativo, resulta de interés la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del art. II del CNY aprobada por la omisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) de 7 de julio de 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, el art. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que debe incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte admite ya el artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje española. Así las cosas y en aplicación del anterior contexto normativo-jurisprudencial, es de reseñar que de la documentación acompañada en la demanda y la complementaria aportada en el escrito de alegaciones presentada por la instante, encontramos una serie de comunicaciones electrónicas mantenidas entre los intermediarios de "ELBANA" y de "BIOTRADING" con las partes contratantes. De este modo, en los correos electrónicos objeto de los documentos núms. 2, 17 y 21 acompañados por la actora (folios 14 al 17, 126 al 132 y 139 al 151, respectivamente), resulta con fuerza de evidencia no sólo la realización del contrato de fletamento entre las partes ahora en litigio y la intermediación del bróker de fletamentos "NOVA CHARTERING, SrL", llegándose a un acuerdo de "cierre" el día 5 de octubre de 2012, a las 16,36 horas, respecto del buque tanque FALESIA, para el transporte de 1.000 TM de biodiesel desde el puerto

de Sevilla hasta el puerto de Génova, sino también que el referido contrato de fletamento quedó sujeto al derecho inglés y a arbitraje en Londres, como consta en cada uno de ellos. Así, "NOVA CHARTERING, SrL", con referencia a la póliza de fletamento MT FALESIA, de fecha 5 de octubre de 2012, confirma al armador ELBANA DI NAVIGAZIONE que: "El cierre contenía una cláusula de arbitraje a Londres y los términos de la póliza de fletamento Asbatankvoy, que contiene el clausulado completo de las cláusulas de arbitraje en Londres. Estos términos son ampliamente conocidos para todos los fletadores incluyendo Biotrading 2007, que regularmente fleta buques para el transporte de cargamentos líquidos y tenía sus propios términos y condiciones también incorporadas en el cierre". Y añade, además, tanto que "BIOTRADING" "confirmó su aceptación al cierre", como que "abonó el flete a los armadores" y "pagó la comisión de corretaje acordada" (folios 126 y 130)⁴⁴

De igual forma, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal, el 15 de marzo de 2012, señaló que era válida la cláusula arbitral concertada por medios electrónicos.

La razón principal por la que se impugnaba la ejecución era la presunta inexistencia de un acuerdo escrito de arbitraje. En ese punto, el tribunal consideró que dicho argumento era incongruente con el contenido de los correos electrónicos intercambiados por las partes. El tribunal recordó la jurisprudencia establecida de España, conforme a la cual fue partidario de un enfoque antiformalista; es decir, se dio por entendido que el requisito previsto en la Convención de Nueva York de 1958 de que hubiese un documento escrito tenía como única finalidad que quedara constancia de que había un acuerdo. De manera análoga, se había adoptado un criterio interpretativo en la Recomendación² de la CNUDMI relativa a la interpretación del artículo II, párrafo 2, de la CNY, en el sentido de que los mecanismos previstos en esa disposición no eran exhaustivos, por lo que debían incluir los medios electrónicos, lo que, además, se reconocía en el artículo 9 3) de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre de 2003. A ese respecto, el tribunal se refirió a los correos electrónicos intercambiados por las partes, en particular a aquellos en que se referían a condiciones ya acordadas de las relaciones comerciales anteriores y por los que se modificaban, complementaban o eliminaban algunas de ellas, pero no la cláusula 61 que contenía el acuerdo de someterse a arbitraje en Londres (London Maritime Arbitrators' Association (Asociación de Árbitros Marítimos de Londres) y a la legislación inglesa. Además, en uno de los correos electrónicos enviados por la parte que se oponía a la ejecución figuraba una referencia expresa al arbitraje, por lo que no cabía

⁴⁴ Solicitud de reconocimiento de laudo extranjero, ELBANA DE NAVIGAZIONE, SpA. Contra BIOTRADING 2007 SLNE. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. 2014.

invocar la inexistencia o el desconocimiento de una cláusula compromisoria.⁴⁵

5. La firma en el convenio arbitral electrónico.

Bajo el antiguo Decreto Ley 5 de 1999, el convenio arbitral no sólo debía constar por escrito, sino que además, debía estar firmado por las partes, o en un documento en donde se acreditara la voluntad inequívoca de las mismas.⁴⁶ Esto fue abolido con la nueva LAP. El inconveniente aparente, no únicamente para Panamá, sino para todos los países que adoptaron la LMA, lo es la Convención de Nueva York de 1958 –CNY-, la cual establece el requerimiento de firma del convenio arbitral en su artículo II.2 - La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmada por las Partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Para ello, la CNUDMI encontró una solución práctica: recomendar⁴⁷ que el párrafo 2 del artículo II de la CNY se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Las consideraciones registradas por la CNUDMI al hacer tal recomendación, fueron: 1. El extendido uso del comercio electrónico⁴⁸, y 2. La necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

El comercio electrónico, también conocido como *e-commerce*, está definido en la Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico de Panamá como toda forma de transacción o intercambio de información con fines comerciales en la que las partes interactúan utilizando Internet, en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo. Define firma electrónica como el método técnico para identificar a una persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en un mensaje de datos o documento electrónico.⁴⁹ Bajo principios de

⁴⁵ Caso 1418: CNY [II]; V 1) a); [V 2) b)]; Recomendación relativa a la interpretación del artículo II, párrafo 2) y del artículo VII, párrafo 1), de la CNY España: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y de lo Penal, sección 1ª) 15 de marzo de 2012 Original en español Resumen preparado por Pilar Perales Viscasillas, corresponsal nacional

⁴⁶ Siguiendo la versión original de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI de 1985, de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje.

⁴⁷ Con base en la autoridad otorgada mediante la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, concretamente fomentando métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional.

⁴⁸ Teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

⁴⁹ Importante es diferenciar los conceptos de firma electrónica simple y firma electrónica calificada. Esta última está definida en el numeral 21 de la Ley 82 de 2012 “21. Firma electrónica calificada. Firma electrónica cuya validez es respaldada por un certificado electrónico calificado que: a. Permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio posterior de los datos firmados. b. Está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere. c. Ha sido creada utilizando dispositivos seguros de creación de firmas electrónicas, los cuales mantiene el firmante bajo su control exclusivo. d. Ha sido creada a través de la infraestructura de un prestador de servicios de certificación registrado ante la Dirección Nacional de Firma Electrónica.”

neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia funcional⁵⁰, dicha ley rige la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos, de certificación de firmas electrónicas y de servicios de comercio a través de internet; reconoce la Ley el valor legal de los documentos electrónicos al dejar claramente establecido en su artículo 4, que “cuando la ley requiera que la información conste en un documento escrito, se le reconocerá validez, efectos jurídicos y fuerza obligatoria a los actos, poderes y contratos y a todo documento que haya sido otorgado o recibido a través de mensajes de datos, de conformidad con esta Ley y sus reglamentos, siempre que la información que este contiene sea accesible para su posterior consulta.” Otorga valor legal a la firma electrónica⁵¹ siempre que se cumplan las dos condiciones establecidas en el artículo 8 de la Ley 82 de 2012, esto es, empleado un método de identificación del iniciador y aprobación del contenido de un mensaje de datos, y que se haya utilizado un método confiable y apropiado para el propósito de la comunicación.”.

Así como el concepto de escrito ha evolucionado, y está relacionado, tanto a lo tradicional como al lenguaje tecnológico actual, de igual forma la evolución alcanza a la firma en términos tecnológicos. Tenemos entonces el concepto usual firma, identificado como el nombre y apellidos escritos por una persona de su propia mano en un documento, con o sin rúbrica, para darle autenticidad o mostrar la aprobación de su contenido, y tenemos también el concepto de firma digital, que es la información cifrada que identifica al autor de un documento electrónico.⁵² Los conceptos de firma⁵³ y firma digital, aunque se diferencian en la forma o medio de expresión, pues en uno el autor utiliza su propia mano y letra, y en el otro podría usar un certificado electrónico⁵⁴, ambos tienen el mismo propósito: identificar al autor para darle autenticidad y/o aprobación al acto jurídico y a su contenido. Ejemplos de firma electrónica simple utilizados en el día a día de las personas, lo son el *Entrust ST* que utilizamos para validar las transacciones bancarias, por la denominada banca electrónica⁵⁵; el *QR Code*⁵⁶ que le permite ingresar al *whatsapp web*; al utilizar su tarjeta de crédito o débito en una tienda; la firma que produce el introducir su usuario y contraseña para ingresar a su cuenta de correo electrónico y enviar mensajes de datos, lo cual es probablemente el ejemplo más antiguo; o el *microchip*, que se encuentra entre las últimas tendencias en portabilidad y transmisión de información.⁵⁷

⁵⁰ El concepto legal de equivalencia funcional contemplado en el numeral 42 del artículo 2 de la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012, que modifica la Ley 51 de 2008: “42. Equivalencia funcional: las actuaciones, trámites o documentos que se realicen a través de medios físicos o tradicionales se podrán desarrollar a través de medios electrónicos, con las mismas consecuencias jurídicas y probatorias.”

⁵¹ Ver Artículo 8 de la Ley 51 de 22 de julio de 2008, de documentos y firmas electrónicas de Panamá.

⁵² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁵³ En su sentido literal o convencional.

⁵⁴ Certificado electrónico. Documento electrónico expedido por un prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas, que vincula los datos de verificación de una firma electrónica a un firmante y confirma su autenticidad.

⁵⁵ banca en línea, online banking, entre otras denominaciones.

⁵⁶ Quick Response Code: Son un tipo de códigos de barras bidimensionales. A diferencia de un código de barras convencional la información está codificada dentro de un cuadrado, permitiendo almacenar gran cantidad de información alfanumérica. Los códigos QR son fácilmente identificables por su forma cuadrada y por los tres cuadros ubicados en las esquinas superiores e inferior izquierda, son capaces de abrir la URL de una página web o perfil social, leer un texto, enviar un email, enviar un SMS o mensaje de texto, realizar una llamada telefónica, guardar un evento en la agenda, ubicar una posición geográfica en un google maps.

⁵⁷ Se trata de un dispositivo del tamaño de un grano de arroz que se inserta en la piel a nivel subcutáneo, el cual contiene información relevante para el dueño o contratante del servicio, eliminando de esta forma métodos de

6. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales.

La vida del convenio arbitral electrónico está sujeta a la observancia de los requisitos de forma, en el caso de Panamá, contenidos en el artículo 16 de la LAP. Sin embargo, la cuestión de la validez puede y debe analizarse desde dos perspectivas opuestas pero complementarias: el principio y el fin del convenio arbitral.⁵⁸ Para alcanzar plena validez y eficacia jurídica el laudo debe ser ejecutable, y ello está íntimamente ligado al convenio arbitral. La Corte de Casación Francesa, en Sentencia de 27 de julio de 1937, señaló que “los laudos arbitrales que se basan en un acuerdo de arbitraje constituyen una unidad con aquél, y con él comparten su naturaleza contractual.”⁵⁹ La Convención de Nueva York, CNY, recoge la noción de acuerdo arbitral en el párrafo 1 del artículo II, que establece: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las Partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.” El artículo IV, establece que entre los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, el interesado debe aportar el original del acuerdo arbitral o una copia auténtica del mismo. Tal Convención, que por muchos años había establecido un armónico régimen internacional con relación a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos y los laudos arbitrales,⁶⁰ parece haber perdido vigencia. Orientada a resolver esta problemática, motivada por la necesidad de unificar la interpretación de ciertos puntos de la CNY, y con el objetivo de situar al convenio arbitral en línea con las prácticas comerciales internacionales,⁶¹ la CNUDMI, en ejercicio de su autoridad otorgada en la Resolución 2205 de la Asamblea General,⁶² emitió la recomendación interpretativa que antes mencionamos, que el párrafo 2 del artículo II de la CNY se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. De este modo se consolida el principio de libertad de forma de la cláusula arbitral, entendiéndose que el requisito por escrito que está en la CNY, no es perfecto o absoluto. Se puede interpretar en lo más amplio del concepto, a tono con las prácticas comerciales internacionales.

7. Conclusiones.

En los últimos años hemos venido experimentando una revolución de los medios de comunicación conocidos hasta el momento. Actualmente muchas personas desarrollan sus relaciones básicas, así como sus transacciones mercantiles a través de medios o canales electrónicos, como las

transmisión como tarjetas magnéticas, huellas digitales, escaneos oculares, llaves, control policial, control sanitario, información de identidad personal.

⁵⁸ Organización de Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. GOSIS, Diego B., El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez. Pág. 205

⁵⁹ *Roses c. Moller et Cie.*, publicado en 1 DALLOZ 25 (1938). Traducción de Diego B. Gosis.

⁶⁰ Organización de Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. SANDLER OBREGÓN, Verónica, El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros. Pág. 257.

⁶¹ PERALES VIZCASILLAS, Pilar. Derecho Comercial Internacional, Tomo II. Pág. 674.

⁶² Por la cual se estableció la CNUDMI.

aplicaciones. Esto ha evolucionado en un completo entorno cibernético que no se detiene en su desarrollo. El uso del *e-commerce* se hace cada vez más frecuente en nuestra sociedad, y del mismo modo los conflictos entre las partes de una relación comercial van surgiendo.

El arbitraje es una buena alternativa para dirimir conflictos comerciales. La correcta comprensión del concepto de acuerdo de arbitraje y de sus características determinará el éxito del arbitraje, pues de allí parte el procedimiento que llevará a las partes a obtener una decisión que ponga fin a la controversia, decisión que quedará plasmada en el laudo arbitral.

La moderna Ley de Arbitraje de Panamá, inspirada por la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, adoptó la libertad de forma del convenio arbitral, abriendo espacio al convenio arbitral electrónico.

El requisito de que el convenio arbitral deberá constar por escrito continúa vigente, sin embargo, no se entenderá en el sentido estricto o tradicional de “por escrito”, sino más bien adaptándose a la actualidad de las transacciones comerciales, considerando el uso del comercio electrónico.

Los requisitos de forma del acuerdo de arbitraje se resumen básicamente en dos: 1. Que quede constancia de su contenido, y, 2. Que la información sea accesible para su consulta.

El requisito de firma del convenio arbitral electrónico queda rezagado, con la recomendación de la CNUDMI sobre la interpretación del Artículo II.2 de la Convención de Nueva York. La norma contenida en el artículo 16 de la LAP, indica que ya no se exige la firma de las partes en el convenio arbitral, ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.⁶³ El espíritu de la norma es garantista del reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

Por el principio de la equivalencia funcional contenido en la Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico de Panamá, hoy el convenio arbitral electrónico tiene las mismas consecuencias jurídicas y probatorias que el convenio arbitral tradicional. Las leyes comentadas operan en armonía con las tendencias y prácticas del comercio internacional, y con los modernos medios de concertación de contratos.

El reconocimiento de la validez y eficacia jurídica del acuerdo arbitral electrónico no excluye el factor cultural: una cultura digital o tecnológica, sumada a una cultura arbitral, que asimile la conveniencia de la aplicación del principio a favor de la validez del acuerdo arbitral,⁶⁴ nos ayudará a avanzar de la mano con la agilidad del comercio y de la economía mundial.

⁶³ Ver Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Segunda parte. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI. Pág. 31.

⁶⁴ El principio pro-arbitraje, contenido en el Artículo II de la Convención de Nueva York, así como en la LMA, es aquél que trata de apegarse a la regla a favor de la validez del laudo arbitral. La exigencia en cuanto a la prueba de la invalidez debe ser altamente estricta, es decir, que sólo en extremas circunstancias se debe presumir nulo el acto.