



Asamblea General

Distr. limitada
5 de septiembre de 2013
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática)
28º período de sesiones
Viena, 18 a 22 de noviembre de 2013

**Solución de controversias por vía informática en las
operaciones transfronterizas de comercio electrónico:
proyecto de reglamento**

**Propuesta de los Gobiernos de Colombia, Estados Unidos,
Honduras y Kenya**

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1	2
II. Propuesta de los Gobiernos de Colombia, Estados Unidos, Honduras y Kenya		2



I. Introducción

1. A raíz del 46° período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, los Gobiernos de Colombia, Estados Unidos, Honduras y Kenya presentaron a la Secretaría el texto que figura a continuación y que se reproduce tal como fue recibido por la Secretaría.

II. Propuesta de los Gobiernos de Colombia, Estados Unidos, Honduras y Kenya

El documento que figura a continuación fue preparado por las delegaciones de Colombia, Estados Unidos, Honduras y Kenya para el 46° período de sesiones de la CNUDMI. Dado que la Comisión no abordó cuestiones sustantivas, se convino en que se analizara el contenido de la propuesta en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Solución de controversias por vía informática

Documento presentado por las delegaciones de Colombia, Estados Unidos, Honduras y Kenya.

I. Resumen

En 2010, la Comisión creó el nuevo Grupo de Trabajo sobre Solución de Controversias por Vía Informática con el mandato de “ocuparse de la solución de controversias por vía informática surgidas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico, particularmente de operaciones entre empresas o entre empresas y consumidores”¹. Se señaló que “la meta de toda labor que realice la CNUDMI en esta materia debería consistir en la preparación de un reglamento genérico que, conforme al enfoque adoptado en otros instrumentos de la CNUDMI (como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico), fuera aplicable a las relaciones entre empresas y a las relaciones entre una empresa y un consumidor”².

En el período de sesiones de la Comisión celebrado en 2012, tanto los países en desarrollo como los países desarrollados opinaron que sería necesario que el reglamento previera laudos arbitrales definitivos y vinculantes. La Comisión dio instrucciones concretas al Grupo de Trabajo III para que estudiara e informara sobre el modo en que el reglamento “respondería a las necesidades de los países en desarrollo y otros países en situaciones posteriores a conflictos, en particular en lo que se refería a la necesidad de que el proceso constara de una etapa de arbitraje”³. El Grupo de Trabajo III se reunió dos veces entre los períodos de sesiones de la Comisión, pero no estudió esas cuestiones ni informó sobre ellas.

¹ Informe sobre el 43° período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010), documento A/65/17, párr. 257.

² *Ibid.*, párr. 253.

³ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 45° período de sesiones (Nueva York, 25 de junio a 6 de julio de 2012), documento A/67/17, párr. 79 a).

En cambio, el Grupo de Trabajo decidió proseguir el debate sobre una propuesta de un grupo regional conforme a la cual las legislaciones de esos países tendrían una aplicación extraterritorial, de modo que se limitaría la libertad de los comerciantes para establecer acuerdos de arbitraje por vía informática en operaciones transfronterizas de comercio electrónico⁴. La propuesta plantea serias cuestiones acerca de cómo podrían cumplir el Reglamento los comerciantes por Internet y en qué tribunales podrían dirimir sus controversias las partes.

Las revisiones del Reglamento que se habían propuesto en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo no establecerían un entorno jurídico propicio para que las microempresas y las pequeñas empresas pudieran acceder a los mercados internacionales a través del comercio electrónico, habida cuenta de las tensiones existentes entre los distintos conceptos de la competencia judicial y la imposibilidad de resolver, en la práctica, ante un tribunal controversias transfronterizas de gran volumen y de escaso valor. El Reglamento no debería limitarse a reflejar las opiniones de los países de una determinada región, donde los ordenamientos previeran remedios judiciales para las partes de esa región pero no para las partes de otras regiones.

Pedimos que la Comisión vuelva a dar instrucciones al Grupo de Trabajo para que informe sobre la necesidad de que el Reglamento prevea arbitrajes definitivos y vinculantes, en particular para las partes de países escasamente desarrollados y países en desarrollo y de los países que se encuentran en situaciones posteriores a conflictos donde no exista un marco jurídico básico o donde tal marco sea ineficaz. Pedimos también a la Comisión que disponga que se examinen las siguientes consideraciones:

1. El Reglamento debería permitir a las microempresas y a las pequeñas empresas acceder eficazmente a los mercados internacionales a través del comercio electrónico y del comercio con dispositivos móviles;
2. El Reglamento debería reconocer que los mecanismos judiciales tradicionales no son una opción válida para resolver las controversias sobre operaciones transfronterizas de comercio electrónico;
3. El Reglamento debería prever un proceso claro y simple que incluyera el recurso al arbitraje por Internet, de modo tal que vendedores no pudieran eludir sus responsabilidades frente a los compradores insatisfechos;
4. Los laudos dictados por vía informática deberían poder reconocerse y ejecutarse en virtud de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención de Nueva York), pero no basta con poder recurrir a ese mecanismo;
5. El Reglamento no debería dar efecto extraterritorial a las legislaciones de algunos países que requieren la solución judicial de las controversias y

⁴ Propuesta presentada por la delegación de observadores de la Unión Europea, documento A/CN.9/WG.III/WP.121 (mayo de 2013). El Presidente determinó que “todos los componentes de la propuesta se colocarían entre corchetes para su ulterior examen y que sería necesario abordar más adelante las inquietudes que había suscitado a la propuesta”, informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática), 27º período de sesiones, Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2013, documento A/CN.9/769, párr. 43. La propuesta del grupo regional se analiza con mayor detalle en la sección VI.

que, por lo tanto, impiden el buen funcionamiento del sistema ODR para las partes en otros países.

Pedimos asimismo que el período de sesiones de segundo semestre de 2013 dedicado a la solución de controversias por vía informática (ODR) se celebre a continuación del período de sesiones sobre arbitraje para así facilitar que una parte del debate sobre la vía ODR se dedique a la cuestión de la compatibilidad del proyecto de reglamento de la vía ODR con la legislación y la práctica internacional del arbitraje⁵. Cabría entonces invitar a los Estados a que incluyeran en sus delegaciones expertos en arbitraje y expertos en ODR, para así facilitar los debates⁶.

II. El Reglamento debería permitir que las microempresas y las pequeñas empresas pudieran acceder eficazmente a los mercados internacionales a través del comercio electrónico y del comercio con dispositivos móviles

Hemos hecho hincapié en la importancia crucial de que se establezca un marco jurídico propicio para que las microempresas y las pequeñas empresas pudieran acceder a los mercados internacionales a través del comercio electrónico y del comercio con dispositivos móviles⁷. Tal como han demostrado numerosos estudios, el crecimiento económico y el desarrollo comercial futuros están inextricablemente vinculados a Internet y al comercio electrónico. La CNUDMI ha comprobado que uno de los principales factores del crecimiento del comercio electrónico es el número de personas conectadas a Internet⁸. Según se dice en el informe de Coloquio de 2013 sobre las Microfinanzas, durante los últimos diez años, la utilización de Internet ha registrado un crecimiento colosal:

En África, el uso de Internet aumentó casi en un 3.000% durante los últimos diez años; en Oriente medio, el crecimiento fue del 2.250%; en América Latina, de más del 1.200% (por ejemplo, el Brasil ocupa el quinto lugar del

⁵ Está previsto que el período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Arbitraje se celebre del 16 al 20 de septiembre en Viena. Esta propuesta entrañaría que la fecha provisional del Grupo de Trabajo III sobre la vía ODR no se celebrara del 18 al 22 de noviembre sino del 23 al 27 de septiembre. Para la semana del 23 al 27 de septiembre está previsto que se reúna en Viena otro grupo de trabajo al que, sin embargo, no se ha asignado ningún proyecto concreto.

⁶ En el segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo III, se observó que “en cualquier debate sobre el papel de la Convención de Nueva York deberían tomarse en cuenta los consejos y las deliberaciones del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)” (informe de Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por vía Informática), Nueva York, 23 a 27 de mayo de 2011, documento A/CN.9/721, párr. 18. Se ha dado ya el caso de que se organicen períodos de sesiones conjuntos de dos grupos de trabajo de la CNUDMI que tratan temas jurídicos conexos. Así, por ejemplo, en 2008 la Comisión autorizó a la Secretaría a que organizara una reunión del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) con el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) a fin de que examinaran conjuntamente las repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual. Véase el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), documento A/63/17, párr. 326.

⁷ Propuesta de Gobierno de Colombia, documento A/CN.9/790, 7-8 (2013); propuesta del Gobierno de los Estados Unidos sobre la labor futura de la CNUDMI, documento A/CN.9/789, 7 (2013).

⁸ Nota de la Secretaría. Posible labor futura sobre la solución por vía electrónica de controversias surgidas en operaciones de comercio electrónico transfronterizas, documento A/CN.9/706, párr. 9 (2010).

mundo por número de habitantes conectados a Internet, México el 12° y Colombia el 18°); y en Asia de casi un 800%. A nivel mundial, la utilización de Internet durante la última década ha aumentado un 528%, lo cual significa que alrededor de una tercera parte de la población mundial está actualmente conectada a Internet. Es posible que en 2016 ese porcentaje alcance el 47%⁹.

Las microempresas y las pequeñas empresas son los motores principales del crecimiento económico de la creación de puestos de trabajo tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Las microempresas y las pequeñas empresas están destinadas a ser las principales beneficiarias de cualquier expansión digital de la economía, ya que Internet tiene potencial para facilitar la entrada de esas empresas en la economía mundial y para acelerar su participación en ella.

Los consumidores se beneficiarán enormemente del desarrollo del comercio electrónico internacional al conseguir acceso a productos y precios competitivos a través del mercado virtual. Nuestros gobiernos, al igual que los de los demás países, desean también asegurar que los consumidores estén debidamente protegidos en sus operaciones transfronterizas de comercio electrónico. Según la conclusión del Grupo de Trabajo, “la protección del consumidor no es una cuestión meramente de ámbito local sino que tiene un alcance regional e internacional, y el sistema ODR puede desempeñar una función positiva promoviendo la interacción y el crecimiento económico en las regiones, inclusive en los países que estén superando conflictos y en los países en desarrollo”¹⁰.

Sin embargo, el comercio por Internet aún debe superar grandes problemas. Para que las microempresas y las pequeñas empresas puedan acceder eficazmente a los mercados mundiales del comercio electrónico, será necesario crear condiciones jurídicas propicias que fomenten la confianza en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico y que ofrezcan un sistema fiable para el comercio. Un elemento clave para dar confianza a los consumidores y a los vendedores y, por tanto, para fomentar la utilización del comercio electrónico transfronterizo, es el acceso a la justicia. El proyecto ODR se ha basado en la hipótesis de que el mero acceso a los tribunales para tales operaciones no garantiza un acceso eficaz a la justicia y que el sistema debe prever medios eficientes y económicos para compensar a las partes perjudicadas, particularmente cuando las operaciones se lleven a cabo por Internet con otra parte situada en otro país.

Si la CNUDMI no resolviera esos problemas, el futuro crecimiento del comercio electrónico transfronterizo se vería limitado, y ello tendría una repercusión

⁹ Nota de la Secretaría. Microfinanciación: creación de condiciones jurídicas propicias para las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, documento A/CN.9/780 párr. 52 (2013).

¹⁰ Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática) sobre su 25° período de sesiones (Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2012), documento A/CN.9/744, párr. 132 c).

particularmente negativa en las opciones del consumidor y en los nuevos proyectos empresariales¹¹.

III. Los mecanismos judiciales tradicionales no se prestan a la resolución de controversias transfronterizas de comercio electrónico

La Comisión, al establecer en 2010 un grupo de trabajo dedicado a la solución de controversias por vía informática, apoyó la opinión de que la vía judicial tradicional para la solución de controversias no ofrecía un marco adecuado para la solución de controversias nacidas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico, y de que la solución, que previera un mecanismo mundial para la solución rápida, por vía informática y con fuerza ejecutoria, podría consistir en un sistema mundial de solución de controversias por Internet cuando las controversias se refirieran a operaciones de escaso valor y alto volumen entre empresas, o entre empresas y consumidores¹².

La promoción del arbitraje en instrumentos como el Reglamento del Arbitraje de la CNUDMI de 2010, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York se basa en el hecho de que el arbitraje internacional incrementa, y no reduce, el acceso de las partes en operaciones internacionales a un mecanismo de solución de controversias. Los conceptos que tiene cada país del acceso a medidas judiciales otorgables debe verse en el contexto de las reclamaciones jurisdiccionales concurrentes por parte de los distintos tribunales nacionales y también de las diferencias que se plantean en las controversias transfronterizas entre distintas jurisdicciones y distintos criterios para la elección del foro y la ejecución¹³.

Esos obstáculos a la hora de solicitar y obtener remedios judiciales aumentan en las operaciones transfronterizas con consumidores que tienen un alto volumen y un escaso valor y en que hay un proveedor extranjero. Tal como ha reconocido el Grupo de Trabajo, “no existe ningún tratado internacional que prevea la ejecución transfronteriza de decisiones judiciales, lo cual hacía patente la importancia de que en el sistema ODR hubiera decisiones vinculantes”¹⁴. En la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro, aún no vigente, los Estados llegaron finalmente a un acuerdo sobre la ejecución transfronteriza de sentencias judiciales sobre operaciones entre empresas (en los que hubiera acuerdos sobre la elección del foro), pero no hubo acuerdo sobre las operaciones entre empresas y consumidores al no haberse podido determinar qué tribunal (el de la jurisdicción del vendedor o el de la jurisdicción del consumidor) debería tener competencia sobre las partes en operaciones de comercio electrónico. La Mesa Permanente de la Conferencia de

¹¹ Según estudios de mercado realizados en la Unión Europea, los consumidores de la UE pueden realizar, mediante el comercio electrónico transfronterizo, economías sustanciales de costos y pueden lograr un mayor acceso a los productos. Sin embargo, la UE ha comprobado que la mayoría de los pedidos transfronterizos de comercio electrónico (un 61%) fracasan porque el comerciante se niega a servir al país del consumidor o no ofrece un pago transfronterizo. Véase European Commission Market Studies, disponible en el sitio http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/market_studies/e_commerce_study_en.htm.

¹² Informe sobre el 43º período de la Comisión, véase la nota 1 *supra* en el párrafo 254.

¹³ Véase Born, *International Commercial Arbitration*, 577-579 (2009).

¹⁴ Véase el informe del 25º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en mayo de 2012, nota 10, párr. 119.

La Haya determinó que las controversias sobre operaciones realizadas por vía informática diferían en algunos aspectos de otras controversias:

A los empresarios y a otros usuarios de Internet ... les preocupa la posibilidad de que se vean obligados a defenderse contra acciones judiciales en muchas jurisdicciones sin tener la posibilidad de limitar el creciente ámbito jurisdiccional de las reclamaciones, dado que Internet está esparcido por todo el mundo y es prácticamente imposible determinar con certeza dónde se encuentra un cliente. Además, cada jurisdicción aplicará sus propias reglas sobre la elección del foro, ... con lo cual los empresarios que realicen operaciones de comercio electrónico y los usuarios de Internet estarán sujetos a un número considerable de marcos jurídicos posiblemente concurrentes Es particularmente duro para los usuarios mantenerse informados de todas las novedades [jurídicas] en numerosas jurisdicciones Muchos países aún no han decidido qué enfoque es preferible [la jurisdicción del vendedor o la del comprador] y algunas de sus deliberaciones están subordinadas, por ejemplo, al crecimiento de las técnicas de solución de controversias por Internet, lo cual puede aportar una opción válida mediante la cual un consumidor puede obtener eficazmente un remedio jurídico. Además, Internet puede requerir a los legisladores que reevalúen las doctrinas tradicionales aplicables a los consumidores y a las empresas, que se basan en una presunta diferencia de poder de negociación. Dado que las empresas en Internet pueden ser muy pequeñas y dado que los consumidores en Internet tienen un acceso instantáneo a una enorme cantidad de información, a instrumentos analíticos complejos y a una amplia variedad de opciones en la red, la fuerza relativa de las dos partes no siempre resulta evidente. Cabría reconsiderar la capacidad de los consumidores para adoptar decisiones sobre las legislaciones y los foros aplicables¹⁵.

Tal como ha reconocido el Grupo de Trabajo, es improbable que un proveedor extranjero de comercio electrónico esté sujeto a la jurisdicción del consumidor, tenga bienes en esa jurisdicción con los que pueda aportar una reparación al consumidor o venga de un Estado que reconocería y ejecutaría una sentencia judicial dictada en la jurisdicción del consumidor (y, aunque fuera así, a un costo que no fuera prohibitivo para el consumidor en los casos de gran volumen y escaso

¹⁵ Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya, The impact of the Internet on the Judgment Project: Thoughts for the Future, documento preliminar núm. 17 de febrero de 2002, 8 a 11, disponible en el sitio http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd17e.pdf (notas de pie de página omitidas).

valor)¹⁶. Además, si el proveedor extranjero accediera a que se dirimieran sus controversias en los tribunales del comprador (o se le pidiera que accediera a ello), se crearía una ventaja competitiva sustancial para los productores nacionales o regionales que pudieran hacer dirimir sus controversias en sus tribunales nacionales (o en algunas jurisdicciones mediante tribunales regionales para reclamaciones de escasa cuantía) a un costo muy inferior. En todos los casos, como se señaló en el período de sesiones de la Comisión en 2012, cuatro mil millones de personas carecen de acceso a remedios judiciales, y ello sin tener en cuenta las operaciones transfronterizas de comercio electrónico para las cuales se pretende establecer el Reglamento de la vía ODR¹⁷.

IV. El Reglamento debería prever un proceso claro y simple que incluyera la solución de controversias mediante arbitraje por Internet

El comercio mundial cuenta con los instrumentos existentes de la CNUDMI como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) para regir las operaciones de envergadura o las relativamente limitadas, inclusive las concertadas entre empresas y entre empresas y consumidores. Lo que se ha previsto desde un principio es que la CNUDMI elabore un conjunto de reglas simples y genéricas que sean similares a las existentes en los instrumentos de la CNUDMI, pero que se adapten al contexto ODR para las controversias de comercio electrónico de escaso valor y de gran volumen¹⁸. En el primer período de sesiones se convino que “el arbitraje era un componente necesario de la resolución de conflictos

¹⁶ Véase, por ejemplo, el informe de Grupo de trabajo III (Solución de Controversias por vía informática) sobre el 22º período de sesiones celebrado en Viena del 13 al 17 de diciembre de 2010, documento A/CN.9/716, párr. 16. En muchas jurisdicciones, inclusive las de Colombia, los Estados Unidos, Honduras y Kenya, las cláusulas sobre la elección del foro en las operaciones entre empresas y consumidores suelen ser ejecutables siempre y cuando se revelen adecuadamente y no sean injustas ni irrazonables. Véase la respuesta de los Estados Unidos a las propuestas de una Convención y Ley Modelo sobre la Jurisdicción y la Ley Aplicable en 3 (2011), disponible en el sitio http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_consumer_protection_brazil_joint_proposal_Comments_United_States.pdf. En otras jurisdicciones puede haber una regla absoluta contra las cláusulas sobre la elección del foro en operaciones de comercio electrónico con consumidores. Véase el Reglamento del Consejo (CE) núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre la jurisdicción y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en cuestiones civiles y mercantiles (Bruselas I) disponible en el sitio http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_en.htm. Los consumidores que entablan operaciones con vendedores de la Unión Europea podrían estar en condiciones de ejecutar sentencias transfronterizas conforme a Bruselas I.

¹⁷ Nota de la Secretaría, Algunas cuestiones de orden legislativo que repercuten en la microfinanza, documento A/CN.9/756, párr. 24 (2012). En los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo se hizo también hincapié en la importancia de asegurar que el reglamento fuera pertinente y tuviera en cuenta la situación de los países en desarrollo en los que pequeñas y medianas empresas sin pericia financiera pudieran ser demandantes y donde, a falta de remedios judiciales eficaces, la ODR pudiera ser la única opción disponible para esos demandantes. Véase el informe del 23º período de sesiones, de mayo de 2011, del Grupo de Trabajo, nota 6, párrafo 93.

¹⁸ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre su 22º período de sesiones de diciembre de 2010, nota 16, párrafo 17.

por ODR (dado que permite resolver aquellos casos que no se hayan resuelto por ODR en una etapa inicial), pero varios delegados insistieron en que se tratara de limitar el número de casos que se remitieran a arbitraje, restringiéndolos a aquellos casos que no pudieran resolverse de otro modo”¹⁹.

En el 26º período de sesiones de noviembre de 2012 del Grupo de Trabajo prevaleció de nuevo la opinión de que el Reglamento debería prever laudos definitivos y vinculantes, conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 y a la Convención de Nueva York²⁰. No obstante, un grupo regional continúa sosteniendo que “la manera más fácil de avanzar en la formulación de una norma mundial en materia de ODR consistiría en plantear... un proceso que no tomara el arbitraje como modelo”²¹. En sentido contrario, tal como se explicó en el período de sesiones de 2012 de la Comisión:

En un sistema mundial de ODR debería preverse la adopción de decisiones definitivas y vinculantes por arbitraje, y que un sistema de esa índole sería muy beneficioso para los países en desarrollo y los países que se encontrarán en situaciones posteriores a conflictos, ya que:

- a) Mejoraría el acceso a la justicia al ofrecer un método eficaz, económico y fiable de solución de controversias en situaciones en que, como sucede en muchos casos, no existen mecanismos judiciales fiables y eficaces para resolver controversias surgidas de operaciones transfronterizas de comercio electrónico;
- b) Contribuiría a su vez al crecimiento económico y a la expansión del comercio transfronterizo al fomentar en las partes en dichas operaciones la confianza de que sus controversias podrían resolverse de manera imparcial y oportuna;
- c) Incrementaría el acceso de las pequeñas y medianas empresas de los países en desarrollo a los mercados extranjeros y, de producirse una controversia, mitigaría las desventajas de dichas empresas frente a partes comercialmente más desarrolladas de otros países con acceso a más recursos jurídicos y judiciales²².

En breve, dado que a nivel transfronterizo no existen remedios judiciales adecuados, una plataforma ODR, que previera un arbitraje vinculante, dará un fuerte incentivo a las partes para recurrir a una solución voluntaria. Conforme a la vía ODR de la CNUDMI, la mayoría de los casos se resolverán amigablemente mediante la negociación o el arreglo facilitado. Si no llegan a una solución amigable, las partes necesitan la opción del arbitraje. El arbitraje vinculante protegerá a los consumidores garantizando que sus demandas contra los vendedores sean debidamente respetadas. Al mismo tiempo, el arbitraje vinculante protegerá también

¹⁹ *Ibid.*, párr. 30. Además, “se convino en que las decisiones arbitrales emitidas por la vía ODR deberían ser tenidas por firmes y vinculantes, por lo que no procedía prever ninguna vía de recurso, en cuanto al fondo de la controversia, contra esas decisiones, y en que debería darse cumplimiento en un plazo breve una vez dictadas”, *Ibid.*, párr. 99.

²⁰ Informe del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por vía Informática) sobre su 26º período de sesiones (Viena, 5 a 9 de noviembre de 2012), documento A/CN.9/762, párrs. 26 a 30, 34 y 35.

²¹ Véase la propuesta de la delegación de observadores de la Unión Europea, nota 4, página 7.

²² Véase el informe de la Comisión sobre su 45º período de sesiones, nota 3, párrafo 76.

a los vendedores de los países en desarrollo previniendo el fraude por parte de estafadores profesionales de Internet que, como compradores, son ostensiblemente “consumidores”²³.

V. Los laudos virtuales debería ser reconocibles y ejecutables en virtud de la Convención de Nueva York, pero no basta con invocar ese mecanismo

En las negociaciones “se partió del supuesto, por todos admitido, de que la Convención de Nueva York resultaría aplicable a la ejecución de un laudo arbitral emitido por ODR en controversias transfronterizas entre empresas o entre empresas y consumidores, pero que, por sí sola, la vía ejecutoria ofrecida por esa Convención tal vez no resultara suficiente”²⁴. El grupo regional afirma ahora que “no queda claro que los laudos arbitrales dictados en el marco de esos procesos puedan ejecutarse con arreglo a la Convención de Nueva York de 1958”²⁵.

Contrariamente a lo dicho, el proceso sí prevé los requisitos para el reconocimiento y la ejecución con arreglo a la Convención de Nueva York. A este respecto, la CNUDMI adoptó en 2006 una recomendación sobre la interpretación de los requisitos para la ejecución en virtud de la Convención de Nueva York en reconocimiento de la expansión del comercio electrónico²⁶. Concretamente, la Comisión recomendó que el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que se define el “acuerdo por escrito”, se aplicara con flexibilidad “partiendo de la premisa de que las circunstancias descritas en ese párrafo no son exhaustivas”, habida cuenta de los acuerdos de arbitraje que se conciertan totalmente por Internet. Además, la CNUDMI recomendó que los Estados adoptaran el artículo 7 revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en el que se reconoce que el requisito de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito puede cumplirse mediante una comunicación electrónica, por ejemplo, mediante el intercambio electrónico de datos, un correo electrónico,

²³ Si solamente se ofreciera la mediación, los demandados (inclusive los vendedores o consumidores, según el caso) tendrían un incentivo para hacer una oferta de bajo valor, de “lo toma o lo deja”, a los demandantes, a sabiendas de que la parte agraviada no tendría mejor opción que la de aceptar la oferta, pues no habría remedios judiciales. El arbitraje ofrecería una opción que evitaría esa situación de desequilibrio en las capacidades de negociación.

²⁴ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre su 22º período de sesiones de diciembre de 2010, nota 16 en el párrafo 98.

²⁵ Véase la propuesta de la delegación de observadores de la Unión Europea, nota 4 en página 3.

²⁶ Recomendación relativa a la interpretación de los artículos II 2) y VII 1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), disponible en el sitio http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html.

un telegrama, un télex o un telefax u otros medios²⁷. El Grupo de Trabajo sobre la Solución de Controversias por Vía Informática (ODR) ha pedido que se agreguen al proyecto de reglamento las definiciones de “escrito”, “firma” y “firma electrónica” sobre la base de las normas existentes de la CNUDMI enunciadas en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico²⁸. El requisito de que el laudo figure por escrito y esté firmado por el tercero neutral se basa en el párrafo 1) del artículo 31 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional²⁹.

Una vez satisfechos estos requisitos, consideramos que los laudos dictados por la vía ODR pueden ser ejecutables en virtud de la Convención de Nueva York y deberían serlo. Naturalmente, tal como ha señalado la Secretaría, la aplicación de la Convención (así como de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional) a cualquier controversia de comercio electrónico dependerá de la ley del lugar donde se celebre el arbitraje. No obstante, no sería normal e iría en contra de la Convención de Nueva York que la CNUDMI formulara un régimen arbitral del que emanaran laudos arbitrales que no ejecutables de este modo. Asimismo, se socavaría la principal finalidad del sistema ODR, que pretende crear la CNUDMI, haciendo establecer un conjunto de normas procesales eficaces para la solución de controversias sobre operaciones de alto volumen y de escaso valor concertadas por Internet.

El grupo regional sostiene también que, aun suponiendo que los laudos pudieran ser ejecutados, no es muy realista pensar que los laudos arbitrales dictados en el contexto de operaciones de escaso valor y gran volumen podrían ejecutarse a escala transfronteriza con arreglo a la Convención de Nueva York de 1958 ... cuando no funcione bien el sistema judicial del lugar en que reside el demandado o en que se encuentran los bienes³⁰. Es evidente que el Grupo de Trabajo reconoció este punto

²⁷ *Ibid.*, Además, es también pertinente la Convención de las Naciones Unidas de 2005 sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (que entró en vigor el 3 de enero de 2013, con tres Estados Partes). El artículo 20 de la Convención contiene una disposición cuyo fin es aclarar que cabrá utilizar también las comunicaciones electrónicas para la formación o el cumplimiento de un contrato, aunque sea aplicable cualquiera de los instrumentos que en su texto se indican, entre los que figura la Convención de Nueva York. Si bien en general la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas no es expresamente aplicable a las operaciones entre empresas y consumidores, es evidente que la finalidad de los Estados en lo que respecta al artículo 20 es subrayar la equivalencia funcional de las comunicaciones electrónicas para los acuerdos internacionales y los laudos dictados por vía informática en virtud de la Convención de Nueva York, inclusive en el contexto de operaciones entre empresas y entre empresas y consumidores. Si bien la Convención se centra en las operaciones entre empresas, ello no significa que deban aplicarse normas distintas a las operaciones entre empresas y consumidores sino que se limitó el alcance del tratado por otras razones. Véase el párrafo 72 del mismo texto de referencia.

²⁸ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre su 25º período de sesiones de mayo de 2012, nota 10 en el párrafo 59; véase también el informe del Grupo de Trabajo sobre su 26º período de sesiones de noviembre de 2012, nota 20 en el párrafo 44. Véase asimismo el documento A/CN.9/WG.III/WP.119/Add.1, párrafos 60 y 61.

²⁹ A/CN.9/WG.III/WP.119/Add.1, párr. 59.

³⁰ Véase más arriba la propuesta de la delegación de observadores de la Unión Europea, nota 4 en las páginas 3 y 4. La delegación de la UE observa también que en el contexto de las operaciones transfronterizas de escaso valor y gran volumen “es muy probable que el costo de un laudo arbitral sea muy superior a la suma adjudicada”. *Ibid.*, página 4.

cuando llegó a la conclusión de que la Convención de Nueva York sería aplicable a la ejecución de laudos arbitrales emitidos en casos tramitados por la vía ODR respecto de controversias transfronterizas entre empresas y entre empresas y consumidores, pero “por sí sola, la vía ejecutoria ofrecida por esa Convención tal vez no resultara suficiente”³¹. En el informe del Grupo de Trabajo se afirma que los debates se centraron en otras opciones a las que cabría recurrir para lograr que la vía ejecutoria fuera más ágil y viable para este tipo de laudos:

Se mencionaron al respecto las ventajas dimanantes del empleo de las denominadas marcas de confianza, que daban certeza de que los comerciantes que las utilizaran cumplirían con toda obligación inherente a esas marcas. Otra opción consistiría en exigir alguna forma de acreditación de los comerciantes, que se comprometieran a dar cumplimiento a todo fallo adverso que fuera emitido por la vía ODR. A este respecto, se dijo que convendría recopilar estadísticas acerca del cumplimiento de esos laudos adversos por los comerciantes afectados. Por último, se subrayó que con un proceso ODR eficaz y oportuno se contribuiría a que las partes cumplieran sus obligaciones³².

Si bien esos mecanismos de ejecución privados deberían ser más ágiles y fáciles, menos costosos y, por tanto, mucho más utilizables en la práctica, la ejecutabilidad de los laudos emitidos con arreglo a la Convención de Nueva York puede constituir en la práctica un requisito para esos sistemas o métodos de ejecución privados. Los mecanismos nacionales de ejecución privados funcionan con eficacia debido al recurso potencial al arbitraje nacional vinculante o a la vía judicial en ausencia del cumplimiento voluntario. Es significativo que en la mayoría de los casos de arbitraje internacional las partes cumplen voluntariamente los laudos arbitrales debido a que, con toda probabilidad, no podrían eludir la ejecución en virtud de la Convención de Nueva York³³.

VI. El Reglamento no debería dar efectos extraterritoriales a la legislación interna de los países que prohíban a las partes la elección del foro en la solución de controversias

A. Debido tratamiento del derecho interno imperativo en virtud de un reglamento de arbitraje internacional

Se ha convenido en que el Reglamento ODR, al igual que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, “regirá el arbitraje cuando una norma del presente Reglamento esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse”³⁴. Según se explica en el informe del Grupo de Trabajo:

Se convino en que el reglamento que se estaba elaborando era de carácter contractual y era aplicable mediante acuerdo entre las partes. Así pues,

³¹ Véase el informe sobre el 22º período de sesiones de diciembre de 2010 del Grupo de Trabajo, nota 16 en el párrafo 98.

³² *Ibid.*

³³ Véase más arriba Born, *International Commercial Arbitration*, nota 13, 2327 (A juzgar por estudios empíricos y por anécdotas, el porcentaje de cumplimientos voluntarios de laudos arbitrales es superior al 90% en los casos internacionales).

³⁴ Artículo 1, párrafo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010.

el reglamento era vinculante para las partes en la medida en que el derecho interno permitiera un derecho imperativo a nivel nacional y que el derecho interno no pudiera prevalecer sobre ese derecho imperativo

.... La finalidad del reglamento no era introducir un cambio a nivel mundial en las legislaciones de los países sino ofrecer una vía práctica, que en la actualidad no existía, para la solución rápida, simple y económica de las controversias transfronterizas de escaso valor respecto de las cuales no fuera práctico en general presentar una acción judicial. Se consideró que este enfoque beneficiaría en general a los consumidores, los cuales, si disponían de un sistema ODR equitativo y eficaz, probablemente no recurrirían en tales casos a los tribunales nacionales³⁵.

La legislación interna puede ser pertinente en la etapa de ejecución del laudo:

Si en una cláusula sobre solución de controversias se especifica que las controversias dimanantes de la operación se guiarán por la Modalidad I del Reglamento (y terminarán en arbitraje), el laudo definitivo sería vinculante para todas las partes donde así lo permita el derecho interno. Los consumidores de jurisdicciones en las que los acuerdos de arbitraje previos a la controversia no se consideran vinculantes para ellos participarían en el mismo proceso ODR pero, conforme a su legislación nacional, el laudo no sería vinculante para ellos (a falta de un acuerdo de arbitraje posterior a la controversia)³⁶.

A este respecto, el artículo 36 1) b) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo V 2) b) de la Convención de Nueva York prevén que el país en el que se solicite el reconocimiento o la ejecución no necesita reconocer ni ejecutar un laudo arbitral si ese laudo es contrario a su propio orden público³⁷.

B. Propuesta de un grupo regional para la aplicación extraterritorial de la legislación interna

No obstante, en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, un grupo regional argumentó que “no era suficiente con decir que el Reglamento tiene la finalidad de ser únicamente de carácter contractual ... y que, por lo tanto, no podrá escapar a la legislación de protección del consumidor”³⁸. En cambio, sostuvieron que el Reglamento debería imponer una obligación positiva a los comerciantes en el

³⁵ Véase más arriba el informe sobre el 25º período de sesiones de mayo de 2012 del Grupo de Trabajo, nota 10, párrafos 15 y 16.

³⁶ Nota de la Secretaría, Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico: proyecto de reglamento, documento A/CN.9/WG.III/WP.119, párr. 17 (marzo de 2013).

³⁷ La U.S. Court of Appeals for the Second Circuit llegó a la conclusión de que la excepción de orden público debería interpretarse con criterios limitados y solamente debería denegarse el reconocimiento o la ejecución cuando ello implicara la “violación de los conceptos más básicos de moralidad y justicia del Estado del foro”. *Parsons v. Whittemore Overseas Co., Inc., v. Societe Generale de L’Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974). Véase también el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 472 U.S. 614, 639 (1985); véase más arriba Born, *International Commercial Arbitration*, nota 13, 2837-39 (2009) (donde figura una breve reseña histórica de la disposición de orden público de la Convención de Nueva York).

³⁸ *Ibid.*, propuesta de la delegación de observadores de la Unión Europea, nota 4, en página 6.

momento de la operación, para que concertaran dos cláusulas diferentes de solución de controversias por vía informática, en función de la jurisdicción en que se encontrara el comprador y de su condición de comprador (empresa o consumidor) ... asegurando que los consumidores de determinadas jurisdicciones no estuvieran sujetos a una vía arbitral del procedimiento, sino únicamente a ... una etapa no arbitral de procedimiento”³⁹. Además se agregaría al Reglamento un anexo que comprendiera una lista de jurisdicciones, que optarían por quedar incluidas en esa lista a fin de excluir la aplicación de la modalidad I del Reglamento [arbitraje] a los consumidores de esas jurisdicciones ...”⁴⁰. Además, se agregaría al Reglamento una disposición que dijera: “el presente Reglamento no se aplicará cuando una de las partes en la operación sea un consumidor de un Estado enumerado en el anexo X, salvo si el Reglamento se acordó después de surgida la controversia”⁴¹. De hecho, esas modificaciones producirían un cambio en las legislaciones nacionales a escala mundial⁴², y eso ocurriría al imponerse la ley de un grupo de Estados a los residentes de todos los demás Estados⁴³.

C. La propuesta regional es incompatible con la naturaleza de las reglas procesales

Semejante imposición de las leyes nacionales de un grupo de países a todos los demás países en un instrumento multilateral es contraria a los fines de la CNUDMI. No se consigue armonizar la legislación mediante una simple extensión de las leyes nacionales de un grupo de Estados a los ciudadanos de otros Estados. Tampoco es apropiado utilizar un instrumento de la CNUDMI para lograr ese fin.

Como mínimo, el mandato del Grupo de Trabajo requiere que su Reglamento se ajuste al marco que rige el arbitraje internacional en otros instrumentos de la CNUDMI. A este respecto, el párrafo 1 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI reconoce específicamente que el Reglamento es aplicable cuando las partes hayan convenido que las controversias que surjan entre ellas se diriman de acuerdo con el Reglamento “a reserva de las modificaciones que las partes hayan acordado por escrito”. Además, el párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento de

³⁹ *Ibid.*, informe sobre el 27º período de sesiones de mayo de 2013 del Grupo de Trabajo, nota 4 párrafos 21 y 31.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 34. La propuesta preveía además que los Estados notificarían a la secretaría de la CNUDMI si desean aparecer en el anexo I ... *Ibid.*, propuesta de la delegación de observadores de la Unión Europea, nota 4, página 8.

⁴¹ *Ibid.*, informe sobre el 27º período de sesiones de mayo de 2013 del Grupo de Trabajo, nota 47, párrafo 32.

⁴² Véase más arriba la nota 35 y el texto que la acompaña.

⁴³ Las delegaciones se opusieron a la propuesta por diversos motivos, a saber, porque: 1) esa propuesta requeriría que el Grupo de Trabajo reexaminara uno de los temas fundamentales sobre los que había llegado a un consenso, que era la conveniencia de no definir el término “consumidor” en un texto internacional; 2) “no correspondía al Grupo de Trabajo decidir la cuestión de elaborar un anexo cuyo objeto fuese decidir por los Estados qué normas se aplicarían a los consumidores de esos Estados, y tampoco correspondía a los Estados proporcionar ese tipo de información ni actualizarla”; 3) la CNUDMI no podría legalmente aprobar un Reglamento que declaraba por sí mismo no ser aplicable a ciertos Estados o a ciertas partes como tales”; y 4) “La propuesta sería incompatible con la estructura y la interpretación correcta de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, por lo cual se socavaría la práctica existente del arbitraje internacional”. *Ibid.*, informe del Grupo de Trabajo sobre el 27º período de sesiones celebrado en mayo de 2013, nota 3, párrafos 24, 29 y 37. No analizaremos aquí todos los motivos de oposición a la propuesta.

Arbitraje dispone que “este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición”.

Dada la naturaleza contractual de un reglamento procesal y dado que las partes pueden adoptarlo en parte o en su totalidad, no correspondería al mandato del Grupo de Trabajo tratar de imponer a los comerciantes obligaciones para determinar el tipo de comprador y su jurisdicción o sus jurisdicciones. Así se reconoció en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo:

Lo ideal sería que en la página de la empresa vendedora en Internet o incluso en un enlace interno dentro de la cláusula sobre solución de controversias se expusieran los efectos de sus procedimientos de solución de controversias; entre ellos, los efectos que tiene para los consumidores de determinadas jurisdicciones el carácter no vinculante de una cláusula de solución previa a la controversia. No obstante, *dado que la imposición de obligaciones a las empresas no entra en el mandato de Reglamento*, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en las directrices para los proveedores de servicios ODR debería requerirse que se enunciaran de forma clara y sencilla las consecuencias que tendrían para ambas partes la modalidad I o la modalidad II del Reglamento (según el caso) cuando se presentara una demanda⁴⁴.

Tampoco sería coherente con el mandato del Grupo de Trabajo que el Reglamento impusiera a la secretaria de la CNUDMI la obligación de mantener una lista de Estados que hayan expresado su deseo de figurar en el anexo. Tampoco está claro el criterio por el que los Estados informarían a la secretaria de su intención de figurar en la lista, dado que los Estados pueden tener normas muy diferentes que vayan en contra de una clara inclusión en una única lista. No se ha encomendado al Grupo de Trabajo que redacte un tratado o una ley modelo que obligue a las partes no públicas; en cambio, sí se le ha pedido que redacte un conjunto de reglas contractuales genéricas que puedan ser modificadas por las partes en una controversia.

Además, la imposición a las empresas de la obligación de determinar la jurisdicción y la condición (consumidor o empresa) de la otra parte sería contraria al objetivo de promover el comercio electrónico transfronterizo. Tal como declaró la Secretaría:

Exigir a los vendedores que determinen si la otra parte es una empresa o un consumidor, la jurisdicción correspondiente y el derecho aplicable a esa otra parte, y que adapten en consecuencia su cláusula sobre solución de controversias, frustraría probablemente uno de los objetivos hipotéticos del Reglamento, a saber, evitar a los comerciantes la carga y el riesgo de esas averiguaciones para alentarlos a realizar ventas transfronterizas. El Grupo de Trabajo ya reconoció las dificultades que planteaba el establecimiento de una distinción entre consumidores y empresas en el contexto de las operaciones por vía informática⁴⁵.

⁴⁴ A/CN.9/WG.III/WP.119, nota 36, párrafo 18 (cursiva añadida).

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 9.

Además, el hecho de prever que las partes decidan recurrir al arbitraje una vez surgida la controversia plantea problemas jurídicos y prácticos:

La validez de la cláusula inicial sobre solución de controversias pudiera verse en peligro si tuviera que ser reemplazada por un segundo “reconocimiento” o acuerdo. En cualquier caso, ese segundo clic de los consumidores posterior a la controversia no podría resolver ningún problema relacionado con los demandados que fueran consumidores. Y un acuerdo de arbitraje aceptado por ambas partes con posterioridad a la controversia tampoco parecería práctico ni entre las operaciones entre empresas ni en la inmensa mayoría de las operaciones entre empresas y consumidores, en las que la parte demandada será probablemente una empresa, con lo que se limitaría mucho la capacidad de los demandantes para obtener reparación en virtud del Reglamento cuando una empresa demandada rehusara el arbitraje después de la controversia⁴⁶.

D. La respuesta del grupo regional es incompatible con el marco de la Convención de Nueva York

La propuesta del grupo regional también causaría confusión con el mandato de la CNUDMI, pues puede resultar incompatible con las disposiciones de la Convención de Nueva York acerca del país cuya ley sería aplicable a la validez sustantiva o al carácter no aplicable de los acuerdos de arbitraje. Concretamente, la propuesta de que el Reglamento “no se aplicará cuando una de las partes en la operación sea un consumidor de un Estado enumerado en el anexo X, salvo si el Reglamento se acordó después de surgida la controversia” puede ser incompatible con las obligaciones que tienen los Estados Partes en virtud del artículo II de la Convención⁴⁷.

En el párrafo 1) del artículo II de la Convención de Nueva York se enuncia una obligación imperativa conforme a la cual los Estados deberán reconocer un acuerdo que figure por escrito y en virtud del cual las partes se comprometan a recurrir al arbitraje en todas y cada una de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, acerca de un asunto que pueda ser resuelto por vía arbitral. El párrafo 3) del artículo II prevé además un mecanismo obligatorio de ejecución para los acuerdos de arbitraje que requieran el cumplimiento específico de los acuerdos de arbitraje, únicamente a reserva de las excepciones de derecho contractual de aplicación general: “el tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”⁴⁸.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 12.

⁴⁷ No está claro cómo funcionaría la disposición en la práctica. El grupo regional afirmó que no pretendía que durante la controversia se hiciera una determinación sobre el tipo de comprador y su jurisdicción. Véase también *ibidem* y el texto que lo acompaña.

⁴⁸ Véase más arriba Born, *International Commercial Arbitration*, nota 13, 569 (la interpretación óptima de la Convención de Nueva York consiste en considerar que autoriza únicamente la aplicación de excepciones de derecho contractual de aplicación general). Los tribunales de apelaciones de los Estados Unidos han interpretado esta cláusula restrictivamente, considerando que debe entenderse que únicamente hace referencia a las excepciones contractuales ordinarias, como el fraude, el error, la coacción y la renuncia, que pueden aplicarse neutralmente a escala

El Grupo de Trabajo entiende que la mayoría de los regímenes nacionales de protección del consumidor permiten a los consumidores concertar acuerdos de arbitraje antes de que surja una controversia⁴⁹. Incluso para los consumidores de Estados minoritarios que no autorizan los acuerdos previos a las controversias, la validez sustantiva de esos acuerdos de arbitraje en virtud del artículo II, párrafo 3, y del artículo V, párrafo 1, de la Convención puede no verse afectada. Tal como ha señalado la Secretaría:

Los requisitos de validez sustantiva de los acuerdos de arbitraje se rigen por “la ley a la que las partes los han sometido o, si nada se hubiera indicado a ese respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia” (artículo V, párrafo 1, apartado a)). Una de las principales cuestiones que conviene examinar es si las partes habían consentido en someter la controversia al arbitraje. Esa cuestión se deja en manos de la legislación interna aplicable, y es posible que los acuerdos de arbitraje por vía electrónica no planteen necesariamente problemas específicos. En cuanto a los acuerdos entre empresas y consumidores, *la cuestión radica en si esos acuerdos de arbitraje o esos acuerdos de arbitraje previos a la controversia se reconocerían como válidos en virtud de la legislación nacional aplicable*. Esa cuestión ha recibido respuestas diferentes en función de cada Estado, y no existe un enfoque armonizado al respecto⁵⁰.

En consecuencia, en virtud de la Convención de Nueva York, en ausencia de una disposición expresa sobre la elección de la ley que designe como ley aplicable la de la jurisdicción del consumidor, la ley del lugar en que se encuentra el consumidor solo es pertinente y aplicable a la evaluación de acuerdos y laudos arbitrales cuando se trate de reconocer o ejecutar esos acuerdos o laudos y, en el caso de los laudos cuando se anulen en esa jurisdicción.

internacional. Véase, por ejemplo, *DiMercurio v. Sphere Drake., PLC*, 202 F.3d 71, 79-80 (1st Cir., 2000). Los tribunales de los Estados Unidos también han rechazado el argumento de que, en caso de conflicto de leyes entre Estados, el acuerdo de arbitraje es “nulo, ineficaz o inaplicable”, conforme al párrafo 3 del artículo II, señalando que, al adherirse al tratado, el Gobierno federal ha insistido en que los criterios de interpretación no pueden ser ni siquiera los intereses locales. Véase, por ejemplo, *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F.2d 184, 187 (1st Cir., 1982).

⁴⁹ Véase el informe del 22º período de sesiones de diciembre de 2010 del Grupo de Trabajo, nota 16 en el párrafo 52.

⁵⁰ Nota de la Secretaría, Solución por vía informática de controversias surgidas en el marco de operaciones de comercio electrónico transfronterizas: otras cuestiones que deberán examinarse para elaborar un marco global que rija la solución de controversias por vía informática (ODR), documento A/CN.9/WG.III/WP.110, párr. 43 (2011) (cursiva añadida). Véase también, por ejemplo, A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, 126 (1981) (“En principio, una interpretación sistemática de la Convención permite aplicar por analogía las reglas sobre conflictos del artículo V.1 a) al cumplimiento del acuerdo. Parecería incoherente aplicar, en el momento de la ejecución del laudo, las reglas uniformes de la Convención sobre conflictos y, en el momento de ejecución del acuerdo, aplicar reglas del foro sobre conflictos posiblemente diferentes”); J. Lew, L. Mistelis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, párrafos 6-54, 6-55 (2003) (“Si bien esas disposiciones [es decir, el artículo V, párrafo 1 de la Convención de Nueva York, y el artículo 36 1) a) i) de la Ley Modelo de la CNUDMI] regulan la cuestión únicamente desde la perspectiva del juez de la anulación o de la ejecución, existe un fuerte argumento a favor de que se apliquen los mismos criterios en la etapa previa al laudo”).

La propuesta del grupo regional parece requerir a los Estados que se nieguen a reconocer acuerdos de arbitraje por lo demás válidos entre consumidores de ciertos Estados, no se tomen en cuenta las diferentes opciones de los Estados sobre la ley que rige la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje. Como tal, la propuesta del grupo regional daría lugar a interpretaciones concurrentes de la Convención de Nueva York o a un intento inapropiado de hacer que las excepciones de la legislación de algunos Estados sean aplicables por otros Estados⁵¹. Si un Estado requiere una actuación judicial nacional en una controversia a pesar de un acuerdo de arbitraje, sobre la base de que las controversias de este tipo no son susceptibles de arbitraje, la aplicación por ese Estado de la doctrina contraria al recurso a arbitraje del artículo II o del artículo V, párrafo 2, no es vinculante para otros Estados⁵². Independientemente de su aplicabilidad a nivel nacional, esas leyes no deberían determinar si el Reglamento es aplicable en el primer caso en una operación internacional⁵³.

Independientemente de ello, en la propuesta del grupo regional no se ha sugerido que los acuerdos con consumidores pudieran ser un tema no susceptible de arbitraje en virtud del artículo II, párrafo 1. Efectivamente, incluso en virtud de la propuesta del grupo regional, se permitiría que los consumidores sometieran al arbitraje controversias *después* de que hubieran surgido.

Por estas razones, a nuestro juicio, la protesta del grupo regional causaría confusión con el mandato de la CNUDMI, pues podría tener efectos incompatibles con las

⁵¹ Véase más arriba Born, *International Commercial Arbitration*, nota 13 en 827 (“Hay un argumento imperativo de que la invalidación de todos los acuerdos de arbitraje con consumidores previos a la controversia ... es contraria al requisito del artículo II de neutralidad para un reglamento de validez contractual”).

⁵² Véase más arriba Born, *International Commercial Arbitration*, nota 28, en 840-841 (“La doctrina de las controversias no sujetas a arbitraje es una excepción contraria al régimen uniforme de elección de la ley establecido por el artículo V, párrafo 1 a) y es contraria a los objetivos de la Convención, que deberían aplicarse restrictivamente, ajustándose a cada caso y sin idiosincrasia y de forma general cautelarmente (es decir, antes del laudo final). Además, de conformidad con un análisis apropiado de la elección de la ley, los tribunales nacionales no deberían aplicar reglas extranjeras sobre controversias no sujetas a arbitraje (salvo en casos inevitables) y deberían en cambio dar efecto al régimen de elección de la ley previsto en el artículo V 1 a). Aunque se permita a un Estado adoptar reglas nacionales sobre las controversias no sujetas a arbitraje como escapatoria, en general otros Estados Contratantes no deberían dar efecto a tales reglas”) (Se han omitido las notas de pie de página); véase también A/CN.9/739, párrafo 28, sobre el 24º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática), celebrado en Viena del 14 al 18 de noviembre de 2011.

⁵³ En el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* (véase más arriba), la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó a la conclusión (473 U.S., 629) de que los criterios de la cortesía judicial internacional, respecto de la capacidad de los tribunales extranjeros y transnacionales y la sensibilidad a la necesidad de que en el sistema comercial internacional haya previsibilidad en la solución de controversias, requieren que ejecutemos el acuerdo entre las partes, aun suponiendo que en un contexto nacional se obtendría un resultado contrario. La Corte señaló que, en una decisión anterior, había prestado atención a la opinión frecuentemente expresada por los delegados en la Convención de que los tribunales de los países signatarios en los que se solicite la ejecución de un acuerdo de arbitraje no deberían poder denegar la ejecución de tales acuerdos basándose en criterios locales acerca de su conveniencia o de una manera que redujera el carácter mutuamente vinculante de los acuerdos. Citado en G. Haight, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Summary Analysis of Record of United Nations Conference*, mayo-junio de 1958, págs. 24 a 28 (1958).

disposiciones de la Convención de Nueva York acerca de qué jurisdicción nacional sería aplicable a la validez sustantiva o al carácter no aplicable de acuerdos de arbitraje. Además, si en una iniciativa de la CNUDMI se adjuntara al Reglamento una lista de Estados en opinión de los cuales las partes no pudieran adherirse a acuerdos de arbitraje vinculantes, esa iniciativa apoyaría implícitamente la interpretación que hacen esos Estados de la validez sustantiva y del carácter no arbitrable, particularmente habida cuenta de que sería la CNUDMI la que mantendría esa lista. Si existen interpretaciones divergentes de la Convención de Nueva York y normas nacionales diferentes acerca de la validez sustantiva o de la inaplicabilidad de los acuerdos de arbitraje, no sería apropiado que un instrumento jurídico de la CNUDMI, que creara reglas contractuales para partes no públicas, pretendieron resolver esas diferencias apoyando resueltamente la posición de un grupo de Estados únicamente.

En resumidas cuentas, la propuesta del grupo regional no contribuiría al establecimiento de un marco jurídico armonizado para la solución justa y eficaz de controversias internacionales de comercio electrónico de alto volumen y de escaso valor. En cambio, sí podría contribuir a una interpretación y a una aplicación incoherentes y a todas luces inadecuada de la Convención de Nueva York. El debido tratamiento de la legislación interna obligatoria se regula en el artículo 1, párrafo 3, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, el cual, aunque en última instancia da efecto a las leyes de los países que limitan la capacidad de los consumidores para celebrar acuerdos de arbitraje, no daría lugar a tales problemas con la Convención de Nueva York.

VII. Conclusión

Las revisiones del Reglamento que se propusieron en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo no crearían las condiciones jurídicas propicias para que las microempresas y las pequeñas empresas tuvieran acceso a los mercados internacionales a través del comercio electrónico, dada la tensión existente entre distintas concepciones de la competencia judicial y dada la práctica imposibilidad de resolver en un tribunal las controversias transfronterizas de alto volumen y de escaso valor. El reglamento no debería limitarse a reflejar las opiniones de los países de una determinada región donde se previeran remedios judiciales para las partes de esa región, pero no para las partes de otras regiones.

Debería pedirse de nuevo al Grupo de Trabajo que abordara la necesidad de que en el Reglamento se regulara el arbitraje definitivo y vinculante, especialmente para las partes de países escasamente desarrollados o de países en desarrollo, así como de los países que viven situaciones posteriores a conflictos, donde los marcos jurídicos básicos no existen o son ineficaces. Además, la Comisión debería aprobar la celebración, durante el segundo semestre de 2013, del período de sesiones sobre solución de controversias por vía informática, a fin de que tuviera lugar inmediatamente después del período de sesiones dedicado al arbitraje, para que así una parte de los debates de la reunión sobre la vía ODR pudiera dedicarse a la coherencia del reglamento ODR propuesto con la legislación y la práctica en materia de arbitraje internacional.