



Asamblea General

Distr. general
2 de junio de 2014
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

47º período de sesiones

Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014

Labor prevista y posible labor futura: Tercera parte

Propuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América: labor futura del Grupo de Trabajo II

Nota de la Secretaría

1. En preparación del 47º período de sesiones de la Comisión, el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó a la Secretaría una propuesta en la que propugnaba una labor futura en materia de conciliación comercial internacional. La versión en inglés de esa nota se presentó a la Secretaría el 30 de mayo de 2014. El texto recibido por la Secretaría se reproduce como anexo de la presente nota tal como fue enviado.



Anexo

Dado que el proyecto de convención sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado¹ será examinado por la CNUDMI en su 47º período de sesiones, el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) ha finalizado los proyectos relativos a la transparencia que tenía en el marco de su mandato. Conviene ahora que la Comisión decida si se invertirán recursos del Grupo de Trabajo en alguno de esos proyectos futuros. Los Estados Unidos proponen que el Grupo de Trabajo se ocupe de la ejecutoriedad de los acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación comercial internacional.

Antecedentes: La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que el uso de la conciliación “produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones internacionales por las partes comerciales y da lugar a economías en la administración de justicia por los Estados”². Dado que el fomento del uso de la conciliación puede contribuir a lograr esos beneficios, la CNUDMI ya elaboró dos importantes instrumentos para incrementar su utilización: el Reglamento de Conciliación (1980) y la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (2002). (En el presente documento, al igual que en la Ley Modelo, el término “conciliación” se entiende como “todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o a terceros (“el conciliador”) que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o que esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”³. Así pues, en el presente documento no se pretende hacer una distinción entre la conciliación y la mediación.)

Cuando la CNUDMI finalizó esta labor previa, ya se reconocía que “se está recurriendo cada vez más a la conciliación para la solución de controversias en diversas partes del mundo,” y que la conciliación “se está convirtiendo en una opción preferida y promovida para la solución de controversias en los tribunales y organismos gubernamentales”, en parte debido a la alta tasa de éxitos registrada⁴. Desde entonces, la aceptación y utilización de la conciliación no han dejado de crecer. Por ejemplo, en 2008, la Unión Europea aprobó una directiva sobre la mediación en la que se requería a los Estados miembros que aplicaran un reglamento encaminado a fomentar el recurso a la mediación en las controversias transfronterizas dentro de la UE⁵. Cabe esperar que siga aumentando el uso de la conciliación, pues las partes siguen buscando opciones que reduzcan los costos y permitan llegar a soluciones más rápidas.

¹ A/CN.9/812 (2014).

² A/RES/57/18 (2003).

³ Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, artículo 1, párrafo 3.

⁴ Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (“Guía para la incorporación al derecho interno”), párr. 8.

⁵ Directiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2008 O.J. (L 136) 3.

Sin embargo, la mayor utilización de la conciliación tropieza con el hecho de que los acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación pueden ser de más difícil ejecución que los laudos arbitrales, si una parte que en un principio acepte el acuerdo luego lo incumple. En general, los acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación ya son ejecutables como contratos entre las partes⁶. No obstante, la ejecución en virtud del derecho contractual puede ser engorrosa y requerir tiempo. Así pues, aun cuando el éxito de una conciliación culmine simplemente con un segundo contrato que sea tan difícil de ejecutar como el contrato existente que dio lugar a la controversia, el recurso a la conciliación para resolver una controversia contractual puede resultar menos atractivo. Además, a diferencia del arbitraje, que suele culminar con una solución definitiva de la controversia, la conciliación no garantiza que las partes lleguen a un acuerdo, e incluso es posible que una parte que acepte una solución decidida posteriormente no cumplirla. Así pues, a la hora de decidir si van a invertir tiempo y recursos en el proceso de conciliación, las partes pueden desear una mayor certeza sobre el resultado de una solución, concretamente que sea eficaz y no resulte costosa. “Muchos profesionales del derecho han expresado el parecer de que la vía de la conciliación ganaría adeptos si el arreglo concertado en el curso de la conciliación pudiera ejecutarse de forma ágil o si, a tal efecto, gozara de una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de un laudo arbitral”⁷. Así pues, la Comisión ha apoyado el criterio general de que “los acuerdos de transacción debían ejecutarse con facilidad y rapidez”⁸. Al promoverse la ejecutoriedad a través de las fronteras se contribuye también a fomentar el carácter definitivo de la solución de controversias transfronterizas, ya que así se reduce la posibilidad de que las partes entablen al mismo tiempo otros recursos en otras jurisdicciones. Por estas razones, en las consultas iniciales mantenidas con el sector privado se ha apoyado enérgicamente la idea de que la CNUDMI siga ocupándose de facilitar la ejecutoriedad de los acuerdos de transacción concertados por la vía de la conciliación.

Convención propuesta: A fin de promover esos objetivos, los Estados Unidos proponen que el Grupo de Trabajo II elabore una convención multilateral sobre la ejecutoriedad de los acuerdos internacionales de transacción comercial concertados por la vía de la conciliación, con el fin de alentar la conciliación del mismo modo en que la Convención de Nueva York facilitó la expansión del arbitraje. Dado que el éxito de la Convención de Nueva York se ha debido en parte a su relativa brevedad y simplicidad, convendría elaborar una convención análoga sobre la conciliación evitando que fuera innecesariamente compleja.

Con respecto al alcance de la futura convención, los Estados Unidos proponen que el Grupo de Trabajo prevea en ella, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Debería disponer que el texto de la convención sería aplicable a los acuerdos de transacción “internacionales”, del mismo modo que cuando las partes tienen sus principales establecimientos en distintos Estados;
- Debería asegurarse que la convención fuera aplicable a los acuerdos de transacción por los que se resolvieran controversias “comerciales”, y no otros

⁶ Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 89, véase la nota 4 *supra*.

⁷ *Id.*, párr. 87.

⁸ *Id.*, párr. 88.

tipos de controversias (derivadas del derecho laboral o del derecho de la familia);

- Deberían excluirse del alcance de la convención los acuerdos con consumidores;
- La forma de los acuerdos de transacción debería garantizar seguridad y certeza, por ejemplo, figurando por escrito y estando firmados por las partes y por el conciliador; y
- Debería darse flexibilidad a cada una de las partes en la convención para declarar en qué medida la convención sería aplicable a los acuerdos de transacción en los que una de las partes fuera un gobierno.

La convención podría entonces prever que los acuerdos de transacción que entraran en su ámbito fueran vinculantes y ejecutorios (de modo similar al artículo III de la Convención de Nueva York), a reserva de ciertas excepciones limitadas (similares al artículo V de la Convención de Nueva York).

Este enfoque se basaría en el derecho existente. A fin de fomentar el uso de la conciliación, en muchos marcos legislativos y reglamentos se facilita la ejecución de los acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación tratándolos del mismo modo que los laudos arbitrales. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (adoptada por muchos Estados en todo el mundo) dispone en su artículo 30 que si las partes dirimen una controversia durante un procedimiento arbitral, el tribunal puede dictar un laudo basado en condiciones concertadas con el mismo rango y efecto que cualquier otro laudo sobre el fondo del caso. El resultado se basa en una ficción jurídica: si bien las partes resuelven ellas mismas la controversia, en vez de esperar a que un tercero neutral decida imponer una solución, la transacción sigue considerándose un laudo. Esta ficción confiere a las partes los mismos beneficios, en lo que respecta al carácter definitivo y la facilidad de la ejecución, que los que habrían obtenido de un laudo normal.

En otros Estados se ha ido más lejos y se han equiparado los acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación a los laudos arbitrales, aun cuando no se hayan entablado procedimientos arbitrales. Así pues, en esas jurisdicciones se da un incentivo a las partes para que resuelvan las controversias en las etapas iniciales. Por ejemplo, la CNUDMI ha observado que la India y las Bermudas prevén la equiparación de los acuerdos de transacción por conciliación con los laudos arbitrales⁹. Algunos estados de los Estados Unidos, como California y Texas, tienen legislación sobre la conciliación comercial internacional que prevén que los acuerdos de transacción tengan el mismo efecto jurídico que los laudos arbitrales¹⁰. En diversos reglamentos de todo el mundo se sigue un criterio similar. El Reglamento Interno de Arbitraje de la Junta de Arbitraje Comercial de la República de Corea dispone que, si en una conciliación se logra llegar a un acuerdo antes de que se inicie el arbitraje, se considera que el conciliador será como el árbitro nombrado mediante acuerdo entre las partes y que el resultado de la conciliación tendrá el mismo efecto que un laudo emitido sobre la base de condiciones

⁹ *Id.*, párrafo 91 (Bermuda, Arbitration Act 1986; e India, Arbitration and Conciliation Ordinance, 1996, artículos 73 y 74).

¹⁰ California, procedimiento civil núm. 1297.401; Texas Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 172.211.

convenidas¹¹. Del mismo modo, el Reglamento de Mediación del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo dispone que las partes podrán nombrar un mediador como árbitro con el fin de confirmar un acuerdo de transacción como laudo arbitral¹².

Una convención sobre la conciliación que se basara en el modelo de la Convención de Nueva York seguiría el enfoque adoptado en esas jurisdicciones, pero regularía directamente la ejecutoriedad de los acuerdos de transacción, en vez de seguir la ficción jurídica en virtud de la cual fueran asimilados a laudos arbitrales. Este enfoque eliminaría también la necesidad de entablar un proceso de arbitraje (con todo el tiempo y los costos requeridos) simplemente para incorporar un acuerdo de transacción a un laudo.

Naturalmente, toda convención que se redactara conforme a ese criterio debería incluir un conjunto de excepciones similares, aunque no idénticas, a las previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, tal vez no sería necesaria una disposición análoga al artículo V.1 d) (relativa a la constitución del tribunal arbitral o al procedimiento arbitral). En cambio, el Grupo de Trabajo podría estudiar la posibilidad de permitir que una parte en un acuerdo de transacción impidiera la ejecución si pudiera demostrar que fue forzada a firmar ese acuerdo.

El Grupo de Trabajo podría también estudiar posibles limitaciones estructurales de la ejecución en virtud de la convención. Por ejemplo:

- La posibilidad de prever que otros tribunales puedan dar efecto a una resolución de la jurisdicción original en virtud de la cual el acuerdo de transacción no fuera ejecutable (similar al modo en que la Convención de Nueva York regula los procedimientos de nulidad);
- El modo de evitar la duplicación de demandas a raíz de los intentos simultáneos de ejecutar una solución en virtud de la convención y del derecho contractual (o de otra legislación); y
- El modo de respetar las restricciones sobre la ejecución elegidas por las partes en una solución (por ejemplo, las soluciones que prevean cláusulas de elección del foro u otras limitaciones de los remedios).

Además, los acuerdos de transacción pueden prever obligaciones a largo plazo sobre la conducta de las partes en el futuro y podrían tratar esas cuestiones de forma más común que los laudos arbitrales. El Grupo de Trabajo debería examinar si en tales casos sería apropiado que en el marco de la convención se impusieran límites a la ejecución. Por ejemplo, la convención podría prever que la ejecución se limitara a un período determinado, transcurrido el cual serían más apropiados otros mecanismos, como el derecho contractual (por ejemplo, para regular cuestiones como los cambios de circunstancias). También cabría estudiar otros métodos para limitar la aplicación de la convención a elementos no monetarios de las soluciones.

Durante la elaboración de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional se observó que sería difícil redactar legislación uniforme relativa a la ejecución debido a que los métodos para lograr una ejecución agilizada de los

¹¹ Korean Commercial Arbitration Board, Domestic Arbitration Rules 18.3 (2011).

¹² Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Reglamento de Mediación, 14 (2014).

acuerdos de transacción variaban mucho entre los ordenamientos jurídicos y dependían del derecho procesal de cada país¹³. No obstante, el Grupo de Trabajo podría minimizar esas dificultades regulando la ejecución a través de una convención que, al igual que la Convención de Nueva York, previera el resultado de que los Estados debieran adoptar disposiciones en sus sistemas jurídicos internos (en este caso, sobre la ejecución de acuerdos de transacción concertados mediante la conciliación) sin intentar armonizar el procedimiento específico para cumplir ese objetivo¹⁴.

De modo similar, al elaborarse una convención no debería tratarse de prever reglas armonizadas para el procedimiento de conciliación en sí, del mismo modo que la Convención de Nueva York no prevé reglas de procedimiento arbitral obligatorias. No obstante, el Grupo de Trabajo podría estudiar la posibilidad de regular temas adicionales, como el carácter confidencial de los debates de conciliación, mediante otros proyectos, una vez concluida la convención inicial.

Pasos siguientes: En vista de los beneficios potenciales de tal convención, así como de la labor de fondo ya realizada por la Secretaría en el contexto de la elaboración de la Ley Modelo, los Estados Unidos exhortan a la Comisión a que otorgue a este proyecto la máxima prioridad en la labor del Grupo de Trabajo, concretamente en su siguiente período de sesiones de septiembre de 2014. Si bien el Grupo de Trabajo debería seguir con su labor prevista (como la actualización de las Notas sobre la organización del proceso arbitral), ello no debería demorar la labor sobre este proyecto.

¹³ Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 88. Véase la nota 4 *supra*.

¹⁴ De modo similar, si bien esa convención prevería la ejecución de los acuerdos de transacción, no regularía cuestiones como el embargo o la ejecución de bienes, que la Convención de Nueva York tampoco preveía.