Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.232

Asamblea General

Distr. limitada
17 de enero de 2023
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias)
77º período de sesiones
Nueva York, 6 a 10 de febrero de 2023

Solución de controversias relacionadas con la tecnología, procedimiento decisorio rápido, desestimación temprana y determinación preliminar

Comunicación del Gobierno de Suiza

Nota de la Secretaría

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida del Gobierno de Suiza en el marco de los preparativos del 77º período de sesiones del Grupo de Trabajo. La secretaría recibió la comunicación el 17 de enero de 2023 y en el anexo de la presente nota figura la traducción al español de dicha comunicación.

V.23-00822 (S) 260123 260123

Se ruega reciclar

Anexo

En el marco de los preparativos del próximo 77º período de sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI, el Gobierno de Suiza presenta las siguientes observaciones y propuestas:

I. Determinación urgente del especialista: cláusula modelo B

1. Tras examinar la cláusula modelo B y la correspondiente nota explicativa que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.231 (“la Nota”), se formulan las siguientes observaciones y propuestas:

A. Párrafo 1: determinación del especialista

2. En la cláusula modelo B a la decisión del especialista neutral se la denomina “determinación” y al proceso en su conjunto, “determinación del especialista”. Aunque se trate probablemente de los términos más idóneos, se propone seguir reflexionando sobre la terminología, teniendo presente también posibles alternativas como “orden” o “decisión” para la “determinación” (en el párr. 1 e)) y otras expresiones como “determinación urgente”, “determinación sumaria” o “determinación a primera vista” para el proceso en sí.

3. Parecería importante que se agregara la siguiente disposición:

> *El especialista neutral podrá resolver que algunas de las cuestiones no son idóneas para la determinación del especialista o que ninguna de ellas lo es.*

4. Asimismo, se propone agregar en el apartado f), después de la primera oración, la siguiente disposición:

> *A condición de que se dé cumplimiento a la determinación, una o más partes podrán reservarse el derecho a someter la controversia o reclamación objeto de la determinación del especialista al arbitraje [de novo] de conformidad con el párrafo 3.*

B. Párrafo 2: ejecución de la determinación del especialista

Observaciones sobre el texto del párrafo 2

5. La finalidad del párrafo es dotar de ejecutabilidad internacional a la determinación del especialista. Dado el número y el alcance limitados de los instrumentos existentes en materia de ejecución internacional, la opción más realista (si no la única) es la que se propone actualmente, a saber, que las partes tengan la posibilidad de solicitar la emisión de un laudo en que se ordene el cumplimiento de la determinación.

6. Con el fin de poner en práctica este procedimiento, que también se describe en los párrafos 27 y 28 de la Nota, las cuestiones sometidas al examen del árbitro único con arreglo al párrafo 2 de la cláusula modelo B deberían circunscribirse a las siguientes: i) si existe la determinación de un especialista a la que deba darse cumplimiento y ii) en tal caso, si se le dio cumplimiento.

7. Por consiguiente, debería delimitarse el alcance de la disposición introductoria del párrafo 2 de la cláusula modelo B y debería aclararse el mandato del árbitro único en los términos siguientes:

> *2. Toda parte podrá entablar un arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI para garantizar el cumplimiento de la decisión adoptada en el marco de la determinación del especialista.*

8. Además, debería añadirse la siguiente disposición (preferiblemente a continuación del actual apartado a)):

El examen del árbitro único se limitará a determinar si:

i) el acuerdo para someter a la determinación del especialista las cuestiones respecto a las cuales se solicita la ejecución es válido;

ii) se siguió el procedimiento establecido en el párrafo 1;

iii) se dio cumplimiento a la determinación del especialista.

9. La redacción del párrafo 2 c) parece indicar que, una vez iniciado el arbitraje de conformidad con el párrafo 3, queda cerrada la vía del procedimiento de ejecución previsto en el párrafo 2. Es en apariencia la solución apropiada para evitar procesos paralelos.

10. Sin embargo, no deberían perderse por completo el derecho a solicitar la determinación de un especialista ni el derecho a que se ejecute dicha determinación por el mero motivo de que se haya iniciado un arbitraje. Por tanto, tal vez convendría aportar mayor claridad respecto del derecho de las partes a solicitar esas determinaciones y su ejecución, por ejemplo estableciendo que, una vez que se haya iniciado el proceso arbitral de conformidad con el párrafo 3, i) se podrá solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo de ejecución en que ordene el cumplimiento de la determinación del especialista como habría sido posible con arreglo al párrafo 2 o ii) seguirá siendo igualmente posible que se realicen determinaciones como las previstas en el párrafo 1. En este último caso, tendría que examinarse si esas determinaciones deberían ser realizadas por un especialista neutral con arreglo al párrafo 1 o podrían ser realizadas por el tribunal arbitral en forma de medida provisional de un laudo parcial.

Observaciones sobre el texto explicativo del párrafo 1 en la Nota

11. La Nota resulta útil por cuanto describe otros procedimientos de "solución especializada y abreviada de controversias" (párrs. 8 y ss.). Se podrían añadir otros, en particular las juntas de solución de controversias y los mecanismos conexos. La solución que se presenta en el párrafo 2 de la cláusula modelo B podría constituir un mecanismo de ejecución útil para esos otros procedimientos. Se sugiere indicar a los usuarios de la cláusula modelo la posibilidad de hacer un uso más extendido de esa solución.

12. En el párrafo 19 de la Nota se explica que la solicitud por la que se da inicio al procedimiento permite a la otra parte "hacerse una idea de los asuntos objeto de litigio y comprender y evaluar la controversia". En el párrafo 1 b) se exige que la solicitud contenga "una descripción detallada de los fundamentos de hecho de la controversia", con lo que se excede la mera "idea de los asuntos objeto de litigio". Se propone eliminar esa oración o reflejar con mayor claridad el contenido obligatorio de la solicitud.

C. Párrafo 3: arbitraje *de novo*

13. El examen de una controversia (o de unas reclamaciones) en el procedimiento extremadamente rápido de la determinación del especialista puede resultar idóneo para adoptar una decisión rápida. En los casos en que las partes, o una de ellas, no puedan aceptar esta decisión, debe quedar reservada la posibilidad de someter el asunto a un examen completo. El arbitraje en que se realice esa determinación completa debe permitir a las partes defender íntegramente su posición, exponer argumentos y elementos probatorios nuevos, y posiblemente diferentes, e incluso formular nuevas reclamaciones o plantear nuevas cuestiones que no se sometieron a la determinación del especialista.

14. La redacción actual parece basarse en esta premisa, aunque podría interpretarse que la referencia al "fondo de la determinación del especialista" da a entender otra cosa. Debería aclararse que el arbitraje del párrafo 3 no constituye un recurso de apelación contra la determinación del especialista, sino un arbitraje *de novo* en que el tribunal arbitral podrá examinar o revisar el fondo de la determinación del especialista, sin estar

obligado a ello. Por consiguiente, se sugiere agregar al párrafo 3 la disposición siguiente:

El tribunal arbitral podrá examinar toda determinación de un especialista que se haya realizado respecto de reclamaciones o cuestiones sometidas a él, pero no estará vinculado por ella, y, si se le solicita que la revise, la someterá a un examen de novo en lo que respecta tanto a los hechos como al derecho.

15. También podrían estudiarse las siguientes alternativas a la redacción actual del párrafo 3 que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.231:

Una parte que haya dado cumplimiento a la determinación del especialista (directamente o en forma de laudo dictado con arreglo al párrafo 2) podrá entablar un proceso arbitral de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [posiblemente Acelerado] de la CNUDMI respecto de las reclamaciones determinadas por el especialista neutral. En ese proceso, ninguna de las partes tendrá que circunscribirse a los argumentos y elementos probatorios presentados en el procedimiento de determinación del especialista.

16. Redacción alternativa:

La determinación de una solicitud por un especialista neutral no es óbice para que una parte someta la controversia sobre la cuestión subyacente a la determinación a un proceso arbitral sustanciado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [posiblemente Acelerado] de la CNUDMI, a condición de que esa parte haya dado cumplimiento a la determinación. En ese proceso, ninguna de las partes tendrá que circunscribirse a los argumentos y elementos probatorios presentados en el procedimiento de determinación del especialista.

17. Otra alternativa podría ser la siguiente:

Toda parte que se haya reservado el derecho contemplado en el artículo 1 [f) texto adicional] tendrá derecho a objetar a la determinación del especialista experto y a someter la controversia a un tribunal arbitral para que se realice una determinación de novo respecto tanto de los hechos como del derecho. En ese proceso arbitral las partes no tendrán que circunscribirse a los argumentos y elementos probatorios presentados ante el especialista.

D. Observaciones adicionales: texto introductorio

18. Habida cuenta de la novedad que representan los procedimientos que se introducen con la cláusula modelo B, y a fin de evitar que se planteen inquietudes o dificultades, en particular en la etapa de ejecución, tal vez convendría añadir un párrafo de introducción a la cláusula en su conjunto (o al párr. 1 de la cláusula) en el que las partes aclaren su intención al incorporar la cláusula modelo B, como el siguiente:

Las partes convienen en que, en caso de controversia, resulta fundamental para su relación que un especialista experto realice una determinación rápida, que será vinculante para la conducta ulterior que mantengan en el marco del contrato. Por ello, se comprometen a dar cumplimiento a esa determinación y reservan un examen más detallado y posiblemente más exhaustivo de la controversia para un proceso arbitral ordinario, en el supuesto de que consideren inaceptable la determinación del especialista.

II. Desestimación temprana

19. En el documento A/CN.9/WG.II/WP.230 se describe detalladamente lo que en la versión más reciente se denomina “procedimiento de desestimación temprana”, iniciado mediante una “petición de desestimación temprana”. Esta terminología refuerza la percepción de que las Notas introducen, a modo de descripción, las normas detalladas que la Comisión deseaba evitar. Quienes se oponían a la introducción de normas

específicas para la desestimación temprana expresaron gran preocupación porque unas normas de esa índole eran un incentivo para generar una "práctica consistente en la presentación de solicitudes" y para utilizar el "procedimiento de desestimación temprana" como vía para añadir complicaciones a un proceso arbitral.

20. En los procesos arbitrales internacionales no es inusual que las partes describan la posición de su oponente en todo o en parte como "manifiestamente carente de fundamento" u otros términos similares. De conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la mayoría de reglamentos, se dan distintos tratamientos a esas descripciones, que van desde tratarlas como casos de argumento hiperbólico a permitir una argumentación más detallada de la posición, pasando por su examen en una conferencia de gestión del caso. En ninguno de esos casos, resulta necesario someter esas reclamaciones o esos argumentos a un "procedimiento de desestimación temprana". Las delegaciones que se oponían a la introducción de un procedimiento de esa índole en las normas aplicables expresaron preocupación porque, una vez que la CNUDMI presentara el procedimiento como opción, ya fuera en el Reglamento o en las Notas, se utilizaría incluso en casos en que se podrían seguir vías más simples.

21. Para lograr el objetivo perseguido tal vez sea suficiente con hacer una breve referencia a las posibilidades que están al alcance de los tribunales arbitrales internacionales, sin necesidad de limitar por medio de un texto las normas que han de aplicarse. Por ello, se propone la eliminación de los párrafos 2 a 9 del texto de orientación y su sustitución por un texto de un tenor similar al siguiente:

> *La facultad discrecional del tribunal arbitral para realizar esa desestimación o determinación preliminar exige que se escuche a las partes respecto de la desestimación o determinación de una forma respetuosa con la ley y el reglamento de arbitraje aplicables y cualquier acuerdo pertinente de las partes. Si bien una desestimación o determinación de esa índole puede simplificar el procedimiento y contribuir a ahorrar tiempo y costos, es importante evitar que su uso genere disrupciones o complicaciones procesales.*

22. Si se mantiene el texto de los párrafos 2 a 9, se propone que venga introducido de un texto con un tenor similar al siguiente:

> *El procedimiento que habrá de seguirse para realizar esa desestimación o determinación preliminar depende de las circunstancias y las normas aplicables al caso específico. Una opción posible pasa por adoptar un procedimiento de desestimación temprana. Ese procedimiento comienza típicamente… [seguiría con el resto del actual párrafo 2].*