

Renuncia al derecho de impugnar un laudo.

Estudio práctico sobre la experiencia suiza

Domitille Baizeau*
Franz Stirnimann**

1. Introducción

1. A diferencia de las disposiciones nacionales en las que no cabe renunciar al recurso de anulación, en el arbitraje internacional sí cabe. Así, la reforma de la Ley de Arbitraje peruana introducida por el Decreto Legislativo N° 1071 ofrece a las partes, en su Artículo 63.8, la innata posibilidad de renunciar a recurrir contra una sentencia dictada por un tribunal arbitral con sede en el territorio peruano. Innata, porque son pocos los países que han incluido esta opción en su sistema legislativo: Suiza, Bélgica, Suecia y Túnez, y más recientemente Francia¹.
2. Al comparatista no se le habrá escapado que para la redacción del Artículo 66 de la Ley de Arbitraje peruana, el legislador peruano ha tomado como punto de referencia las disposiciones relevantes de estos países, principalmente, el Artículo 192(1) de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (en adelante, LDIP). Así, el Artículo 63.8 de la Ley de Arbitraje peruana, además de abrir la puerta para renunciar al derecho de impugnar un laudo, también contempla las mismas limitaciones que la disposición suiza, al prever que solo las partes que no tengan conexión con el territorio del país de la sede, sea por ser nacional, tener residencia o ejercer una actividad allí, podrán beneficiarse de la renuncia.
3. Por lo tanto, desde un punto de vista comparativo, la experiencia suiza puede ser de utilidad e importancia para el desarrollo de la jurisprudencia relativa al Artículo 63.8 de la Ley de Arbitraje peruana.
4. El presente artículo presenta la jurisprudencia y doctrina suiza con un enfoque, antes que nada, práctico, con el fin de establecer ciertas pautas en cuanto a cómo se debe redactar la cláusula de renuncia al derecho de impugnar el laudo para que ésta sea válida y reconocida.

* Socio, LALIVE, Ginebra, Suiza.

** Counsel, LALIVE, Ginebra, Suiza.

¹ Bélgica (ver el Art. 1717(4) del Código Judicial, y su modificatoria de 1998 – antes de esa fecha dicha renuncia era de hecho obligatoria para las partes extranjeras; Suecia (ver la Sección 51 de la Ley de Arbitraje Sueca de 1999); Francia (ver el Art. 1522 del Código de Procedimientos Civiles, y su modificatoria de 2011: Decreto No. 2011-48 del 13 de enero de 2011 que modifica la ley de arbitraje, Journal Officiel de la République Française, 14 de enero de 2011); ver también Túnez: Artículo 78(6) del Código de Arbitraje de Túnez de 1993.

2. Objetivo del Artículo 192 de la LDIP

5. El derecho suizo permite a las partes impugnar un laudo mediante un proceso de nulidad (*recours de droit public*) por cinco causales que se establecen en el Artículo 190(2) de la LDIP: (a) la constitución incorrecta del tribunal; (b) la violación de las normas de competencia; (c) los laudos ultra e *infra petita*; (d) violación de los principios de trato igualitario y derecho a ser escuchado; y (e) la violación del orden público. El proceso se interpone ante la Corte Suprema Federal suiza con sede en Lausana.

6. El objetivo del Artículo 192 de la LDIP no solo consiste en otorgar a las partes la posibilidad de renunciar al derecho de impugnar el laudo, sino también de escoger la causal o causales de impugnación a las cuales se renuncia². De esta manera, partes no suizas tienen la opción de estipular “una forma de revisión judicial de su laudo hecha a la medida”³.

7. Así, el Artículo 192(1) de la LDIP dispone lo siguiente:

“Si ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual, o un establecimiento comercial en Suiza, pueden, mediante una declaración expresa en el convenio arbitral o mediante un acuerdo escrito posterior, renunciar plenamente a la acción de nulidad o pueden limitarla a una o varias de las causales indicadas en el Artículo 190(2)”⁴.

8. Al igual que el Artículo 63.8 de la Ley de Arbitraje peruana, el Artículo 192 de la LDIP se aplica únicamente cuando las partes no tienen vínculo territorial con la sede del arbitraje (en Suiza), lo cual implica, al mismo tiempo, que las partes (extranjeras) no hayan estado plenamente familiarizadas con las disposiciones de la LDIP al redactar la cláusula arbitral. Por lo tanto, el artículo 192 de la LDIP es una disposición particularmente importante para las partes extranjeras cuando consideren seleccionar a Suiza (o a Perú en el caso de la Ley General de Arbitraje) como sede del arbitraje.

3. Condiciones para la renuncia a la nulidad bajo el Artículo 192 de la LDIP

9. Desde el punto de vista procesal, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Artículo 192(1) de la LDIP es revisado por la Corte Suprema Federal suiza como cuestión preliminar, cuando considera la procedencia de la

² El objetivo de esta disposición, conforme a lo que expresa la legislatura, fue incrementar la eficiencia del arbitraje y reducir la carga laboral de la Corte Suprema Federal: Patocchi, P.M. & Jermini, C.S. “*Art 192 of the Swiss Federal Private International Law Act, 1987*” (“Art. 192 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, 1987”). En *Basler Kommentar - Internationales Privatrecht (IPRG)*. Editado por Honsell H. Vogt N. Schnyder A. & Berti S. 2da Ed. Basilea: Helbing Lichtenhahn 2007: 1782-1802, apartado 1, (en adelante, Patocchi / Jermini); ver también *Message of the Federal Council on the Swiss Private International Law Act (PILS) of 10 November 1982*. (“Mensaje del Consejo Federal sobre la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado (LDIP) del 10 de noviembre de 1982). Gazette Fédérale 1983 I 255 (en adelante, Mensaje del Consejo Federal sobre la LDIP), apartado 2107.27.

³ Patocchi / Jermini, Op. Cit., apartado 3.

⁴ Todas las citas de la LDIP, de las decisiones de la Corte Suprema Federal suiza y de la doctrina en este artículo han sido traducidas al español por los autores y no representan traducciones oficiales.

impugnación, teniendo en cuenta cualquier presentación de hechos y pruebas presentadas por las partes en el proceso de nulidad⁵.

10. La posibilidad de excluir una o más causales de nulidad conforme al Artículo 192 de la LDIP solo se aplica si se cumplen dos condiciones: (A) cuando las partes no tienen relación con Suiza y (B) cuando han celebrado un acuerdo de exclusión específico para dicho efecto.

A. Falta de vínculo territorial de las partes con Suiza

11. El primer criterio para que el Artículo 192 de la LDIP se aplique es que “ninguna de las partes tengan su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento comercial en Suiza”. Por el contrario, si alguna parte tiene, por ejemplo, una sucursal o un establecimiento comercial en Suiza (sin tener su única oficina registrada en Suiza)⁶, la renuncia, aun si se expresa claramente, no tendrá efecto alguno, incluso si dicho establecimiento en particular no se relaciona con la controversia⁷. El vínculo con Suiza, no obstante, debe ser el de una de las partes; el vínculo de un tercero que pudiera estar involucrado en el conflicto no es relevante.

12. La LDIP no define el concepto de establecimiento comercial. Sin embargo, este concepto puede incluir a una sucursal, definida por la Corte Suprema Federal suiza como:

“Cualquier establecimiento comercial que, si bien es dependiente de un establecimiento principal del cual forma parte legalmente, lleva a cabo, de manera sostenible, en un local separado, una actividad similar, pero goza de un cierto nivel de autonomía en el mundo comercial; el establecimiento es autónomo donde pudiera, sin cambios significativos, ser explotado de manera independiente; no es necesario que la sucursal pueda llevar a cabo todas las actividades del establecimiento principal; es suficiente que la empresa local, gracias a su personal especializado y su propia organización pueda, sin ningún cambio significativo, desarrollar independientemente su actividad como sucursal local; es la autonomía en sus relaciones externas lo que se evalúa caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias, cualquiera que sea la subordinación interna o centralización”⁸.

⁵ Ver Decisiones de la Corte Suprema Federal suiza no publicadas (en adelante, BGer) 4A_194/2008, apartado 2; BGer 4A_18/2007, apartado 3; ver también Berger, B. y Kellerhals F. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. (“Arbitraje Internacional y Nacional en Suiza”). 2da ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, apartado 1670, (en adelante, Berger / Kellerhals).

⁶ Así, los criterios no son los mismos para la internacionalidad del conflicto conforme al Art. 176.1 de la LDIP que establece que el Capítulo 12 de la LDIP se aplica si el arbitraje tiene su sede en Suiza y si, al momento de la conclusión del convenio arbitral, al menos una de las partes no tiene “su domicilio o su lugar de residencia habitual” en Suiza. No existe referencia alguna a un establecimiento comercial.

⁷ Dutoit, B. ‘Artículo 192’. En *Droit international Privé Suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 Décembre 1987*. (“Derecho Internacional privado suizo, comentario de la ley federal del 18 de diciembre de 1987”). 4ta ed. Basilea: Helbing Lichtenhahn, 2005, apartado 1, (en adelante, Dutoit); Berger / Kellerhals, Op. Cit., apartado 1673; Lalive, P. Poudret, J.-F. & Reymond, C. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Lausanna: Payot, 1989, apartado 2, (en adelante, Lalive / Poudret / Reymond); Patocchi / Jermini, Op. Cit., apartado 8.

⁸ Compilación oficial de las decisiones de la Corte Suprema Federal suiza (publicadas) (www.bger.ch), (en adelante, BGE) BGE103 II 199, apartado 1, también citado en BGE, 108 II 122, apartado 1.

13. Un tema que puede surgir es si la ausencia de conexión con Suiza debería existir en la fecha del acuerdo de exclusión o al momento en que se inicia el proceso arbitral. No existe una decisión de la Corte Suprema Federal suiza sobre este punto, pero parece lógico que el requisito deba cumplirse en el momento en que se llega al acuerdo y no en una etapa posterior; de modo que ninguna de las partes tenga derecho a asegurarse de que el criterio se cumpla después de que se haya llegado al acuerdo (por ejemplo, mediante la cesión de un crédito o inaugurando o clausurando un establecimiento comercial). Esta posición es ampliamente adoptada por los académicos legales⁹.

B. Acuerdo de renuncia específico

14. El acuerdo para renunciar a cualquier derecho para impugnar el laudo bajo el Artículo 192 de la LDIP puede celebrarse ya sea en la cláusula de arbitraje o “en un acuerdo posterior por escrito” (por ejemplo en el acta de misión). Los requisitos de forma del acuerdo son los mismos que para el convenio arbitral, conforme al Artículo 178(1) de la LDIP¹⁰.

15. En cualquier caso, la única forma en la que las partes pueden excluir total o parcialmente su derecho a impugnar el laudo es mediante una declaración expresa para dicho efecto en el acuerdo. Éste ha sido el enfoque constante adoptado por la Corte Suprema Federal suiza desde 1990 en aproximadamente veinte decisiones dictadas sobre este tema, y aprobadas por la doctrina legal. Aunque desde el 2005¹¹ la Corte ha adoptado un enfoque menos restrictivo, es claro que sigue requiriendo un lenguaje expreso sin admitir renunciaciones implícitas. Tal como lo explicaron los comentaristas suizos más importantes:

“[l]a disposición pretende proteger a las partes contra renunciaciones mal consideradas y sus consecuencias de gran alcance. Por lo tanto, no da cabida a una renuncia implícita”¹².

16. Cuando las partes eligen excluir su derecho a buscar la nulidad del laudo respecto de una o más, pero no todas las causales establecidas en el Artículo 190 de la LDIP, no debería plantearse un problema, ya que como hemos mencionado más arriba, una renuncia parcial nunca será aceptada por implícito sino únicamente si las partes han indicado específicamente qué causal en particular desearon excluir¹³.

⁹ Ver, por ejemplo, Lalive / Poudret / Reymond, Op. Cit., apartado 2; Berger / Kellerhals, Op. Cit., apartado 1673, pp. 485-486; Poudret, J-F&Besson, S. *Comparative Law of International Arbitration*. (“Derecho Comparado de Arbitraje Internacional”). 2da Ed. Zurich: Thomson Sweet & Maxwell, 2007, apartado 839, p. 783, (en adelante, Poudret / Besson).

¹⁰ Lalive / Poudret / Reymond, Op. Cit., apartado 2. Para un análisis de la relación entre el acuerdo de renuncia, que la Corte Suprema Federal suiza puede concluir que cumple con los requisitos en cuanto a forma, y el convenio arbitral, que el tribunal arbitral puede concluir que no, o viceversa, ver Berger / Kellerhals, Op. Cit., apartado 1682.

¹¹ BGer 131 III 173, también publicado en Boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje, 3/2005, p. 496 (en adelante, ASA. Bull).

¹² Patocchi / Jermini, Op. Cit., apartado 19.

¹³ BGer 131 III 173, apartado 4.2.3.1.

17. La pregunta sobre qué es lo que constituirá un acuerdo expreso que refleje la intención común de las partes de renunciar a su derecho a la nulidad siempre será una cuestión de interpretación en cada caso:

“Es necesario, pero suficiente, que la declaración expresa de las partes revele, indiscutiblemente, su intención común de renunciar a su derecho a cualquier impugnación del laudo. Si éste es el caso es materia de interpretación y siempre seguirá siendo así, lo cual significa que es imposible establecer reglas que sean aplicables respecto de todas las situaciones concebibles”¹⁴.

18. Si bien el lenguaje que representaría una “declaración expresa que revele la intención común de las partes” será una cuestión de hecho en cada caso, en base a la jurisprudencia suiza existente pueden establecerse ciertas pautas.

Laudo sin motivación – ausencia de renuncia

19. Como era de esperarse, el acuerdo de las partes respecto a que el laudo debe dictarse sin motivación, conforme se contempla en el Artículo 189 de la LDIP, no funcionará como una renuncia. Si bien la Corte Suprema Federal suiza aún no ha tenido que decidir sobre este tema, es la posición adoptada por la mayoría de los académicos suizos¹⁵. No obstante, desde el punto de vista práctico, es un hecho que será considerablemente más difícil impugnar un laudo dictado sin motivaciones al amparo del Artículo 190(2)(b) a (e); es decir, falta de competencia, laudos *ultra e infra petita*, violación de los principios de trato igualitario y derecho a ser escuchado, y violación del orden público.

Referencia expresa al Artículo 192 o Artículo 190 de la LDIP -suficiente pero no necesaria para la renuncia

20. Es mejor, pero no necesario, que la declaración de las partes incluya una referencia específica al Artículo 192 o al Artículo 190 de la LDIP para que una renuncia total sea válida. De hecho, cuando se pueda aplicar el Artículo 192, se puede inferir que las partes no tienen, por definición, vínculo alguno con Suiza y, por lo tanto, no se puede esperar que incluyan una referencia a una disposición en la legislación suiza de cuya existencia muy probablemente no tengan conocimiento:

“[L]a declaración expresa a que se refiere el Artículo 192(1) de la LDIP debe revelar de manera clara y distinta la intención común de las partes renunciar a su derecho a impugnar las decisiones del Tribunal Arbitral por las causales dispuestas en el Artículo 190(2) de la LDIP. No obstante, no es esencial para establecer dicha intención que las partes citen dicha disposición o que usen dicha expresión”¹⁶.

¹⁴ BGE131 III 173 apartado 4.2.3.1; referencias omitidas. (Extractos en inglés publicados en ASA Bull. 3/2005, pp. 508-519); ver también BGE 134 III 260 apartado 3.1 y más recientemente BGE 4A_486/2010 apartado 2.1.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Lalive / Poudret / Reymond, Op. Cit., apartado 14; Dutoit, Op. Cit., apartado 10.

¹⁶ BGE 131 III 173 apartado 4.2.3.1; referencias omitidas. (Traducción al inglés en ASA Bull. 3/2005, pp. 508-519). Ver también más recientemente BGer 4A_486/2010 apartado 2.1 y BGer 4A_514/2010 apartado 4.1.1.

21. No obstante lo mencionado anteriormente, un ejemplo de renuncia expresa con referencia al Artículo 192 de la LDIP fue el siguiente (decisión de 2005):

“La decisión del Tribunal Arbitral debe ser definitiva, y las partes renuncian a toda impugnación del laudo conforme al Artículo 192 de la Ley de derecho internacional privado. El laudo debe ser reconocido y ejecutado por todas las jurisdicciones aplicables conforme a las Normas Uniformes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros”¹⁷.

Referencia a las reglas de arbitraje – ausencia de renuncia a menos que exista una referencia al artículo específico

22. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal suiza, el acuerdo de las partes de arbitrar conforme a las reglas de arbitraje que, en sí mismas, contienen una disposición sobre dicha renuncia no representan un acuerdo de renuncia válido¹⁸.

23. Por otra parte, una referencia expresa en el acuerdo a una regla o al artículo de arbitraje específico que dispone una renuncia debería ser suficiente; por ejemplo, el Artículo 28.6 de las Reglas de la CCI o el Artículo 26.9 de las Reglas de la London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA)¹⁹. No obstante, la referencia al Artículo 32.2 de las Reglas de la CNUDMI de 1976 (o al Artículo 34.2 de las Reglas de la CNUDMI de 2010) o al Artículo 32.2 de las Swiss Rules of International Arbitration (en adelante, Reglas suizas) probablemente no serían suficientes, ya que estas disposiciones se refieren simplemente al laudo que es definitivo y vinculante y no a algún derecho de revisión, recurso o apelación al cual se esté renunciando²⁰.

Laudo “definitivo”; “definitivo y vinculante” o controversia “resuelta definitivamente” mediante arbitraje – ausencia de renuncia

24. El compromiso de las partes de cumplir con el laudo no constituye una renuncia válida²¹.

¹⁷ BGER 4P.198/2005, publicado en ASA. Bull. 2/2006, p. 339 y *Revue suisse de droit international et européen (en adelante, RSDIE)*, 2007, p. 73.

¹⁸ Ver BGE 116 II 639 que es la primera decisión sobre el Art. 192 de la LDIP, confirmada en BGER 4P.62/2004, publicado en ASA. Bull. 3/2005, p. 483 y citado en BGE 131 III 173; ver también más recientemente BGER 4A_18/2007 publicado en ASA. Bull. ASA 4/2008, p. 771 y RSDIE 2008, p. 98 (Reglas de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual –en adelante OMPI) y BGER 4A_464/2009 publicado en ASA. Bull. 2/2010, p. 282 (Reglas de la Cámara de Comercio Internacional –en adelante CCI).

¹⁹ BGE 116 II 639, también publicado en ASA. Bull. 3/ 1991, p. 262; BGER 4P. 62/2004, apartado 1.2. Ver también Patocchi / Jermini, Op. Cit., apartado 14; Mayer, U. C. ‘*Exclusion Agreements according to article 192 of the Swiss Private International Law Act*’ (“Acuerdos de Exclusión conforme al artículo 192 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado”). ASA. Bull. ASA 2/1999: 191-210, (en adelante, Mayer), apartado 25.

²⁰ En BGE 131 III 173, la Corte Suprema Federal se refirió al Art. 32.2 de las Reglas de la CNUDMI como una de las razones por las que la palabra “apelación” debía entenderse en sentido genérico, pero también confirmó que el lenguaje para que el laudo sea “definitivo y vinculante”, incluso si se incluye en la cláusula de arbitraje misma, no será suficiente (apartado 4.2.1).

²¹ BGER 4A_224/2008 publicado en ASA. Bull. 2/2009, p. 290: “X. A.S. und Y. GmbH vereinbaren den gefällten Schiedsspruch zu anerkennen und sich demselben zu unterwerfen.” (“X A.S. y Y. GmbH se comprometen a reconocer y someterse al laudo. “A y B se comprometen a reconocer y someterse al laudo”). Ver también BGER 4A_352/2009 publicado en ASA. Bull.3/2010, p. 634 (laudo del TAS).

25. De la misma manera, las referencias en el convenio arbitral al laudo que es “definitivo²²”, “definitivo y vinculante²³” o a la controversia que se está “resolviendo definitivamente²⁴” no son suficientes para constituir una renuncia válida. Éste es el caso incluso cuando la referencia a la decisión que es “definitiva y vinculante” está contenida en un convenio de inversión²⁵. Conforme explica la Corte Suprema Federal suiza, el Artículo 190(1) de la LDIP dispone que el laudo es “definitivo”; por lo tanto, la referencia en el acuerdo a un laudo “definitivo” no puede tener efecto alguno respecto del Artículo 192 de la LDIP²⁶.

26. Las partes deben referirse al derecho al cual se está renunciando. El tema es cuán precisa debería ser dicha referencia.

Referencia a la exclusión de “apelación” ante los tribunales estatales: puede ser suficiente o no

27. Como mencionamos anteriormente, desde el 2005 ha existido, de manera discutible, un enfoque cada vez más liberal de la Corte Suprema Federal suiza al evaluar la intención de las partes de renunciar a su derecho de solicitar la nulidad del laudo, en particular cuando las partes no solo han acordado el carácter definitivo del laudo sino también, específicamente, la exclusión de “apelaciones” o de “recurso” ante los tribunales estatales. No obstante, la Corte Suprema Federal suiza sigue requiriendo más que una simple referencia a la exclusión de las apelaciones ordinarias.

28. Así, no son suficientes para constituir una renuncia válida a la impugnación del laudo los siguientes acuerdos:

- a. Un acuerdo que estipula que el laudo será “definitivo” y “sin apelación” (“*sans appel*”) (decisión de 1990)²⁷;
- b. Un acuerdo que estipula que el laudo será “definitivo y vinculante” y que “se excluye las solicitudes a los tribunales estatales” (decisión de 1997)²⁸;
- c. Un acuerdo que estipula que el laudo es “definitivo y no está sujeto a apelación” (“*definitive et insusceptible (sic) d’appel*”) (decisión de 2006)²⁹;
- d. Un acuerdo que estipula que el tribunal arbitral tendrá competencia

²² Por ejemplo, BGer. 4P. 64/2004, publicado ASA. Bull.4/2004, p. 782 y citado en BGE 131 III 173; BGer 4A_194/2008 publicado en ASA. Bull. 4/2008, p. 793 y RSDIE 2009, p. 109: “el laudo es definitivo para todas las partes involucradas en la controversia”.

²³ Ver por ejemplo, BGer 4P.114/2006, también publicado en ASA. Bull. 1/2007, p. 123: “dicha decisión será definitiva y vinculante para las partes en la controversia”; BGer 4A_464/2009, también publicado en ASA. Bull. 2/2010 p. 282. Ver también BGer 4A_514/2010, apartado 4.1.1.

²⁴ Por ejemplo, BGer. 4P.99/1993, publicado ASA. Bull. 4/2007, p. 787 (“*définitivement tranchée par le tribunal arbitral saisi?*”) (“definitivamente decidido por el tribunal arbitral competente”). Ver también BGE 131 III 173.

²⁵ BGer 4P.114/2006, publicado en ASA. Bull.1/2007, p. 123 y RSDIE 2007, p. 104.

²⁶ Ver por ejemplo, BGer 4A_256/2009, publicado en ASA. Bull. 3/2010, p. 552, apartado 2.2.

²⁷ BGE 116 II 639; ver también Patocchi / Jermini, apartado 14; y Lalive / Poudret / Reymond, ‘Artículo 192’, apartado 2.

²⁸ BGer. 4P.265/1996, publicado en (ASA. Bull. 3/1997, 494, citado en BGE 131 III 173).

²⁹ BGer 4P.206/2006, apartado 3.2, publicado en ASA. Bull. 1/2008, 79 y RSDIE 2008, p. 94. En este caso, la pregunta sobre la validez de la renuncia se dejó abierta ya que la solicitud de nulidad del laudo fue rechazada por otras razones, pero la Corte Suprema Federal suiza, no obstante, sostuvo *obiter* que la intención común de las partes en este caso no estaba expresada tan claramente como en la cláusula analizada en BGE 131 III 173 (apartado 4.2.3.2), que se discute a continuación.

exclusiva para decidir “definitivamente” la exclusión de los tribunales ordinarios” (“*tribunal arbitral seul compétent pour décider définitivement à l’exclusion des tribunaux ordinaires?*”) (decisión de 2007)³⁰;

- e. Un acuerdo que estipula que los conflictos se deciden “definitivamente, excluyendo la jurisdicción de los tribunales generales, conforme a las reglas del tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional” (decisión de 2010)³¹.

29. Por otra parte, en una decisión importante de 2005, que constituye un cierto cambio en la manera cómo la Corte Suprema Federal suiza determina la validez de la renuncia. El siguiente texto fue considerado como una renuncia válida:

“Todos y cada uno de los laudos u otras decisiones del Tribunal Arbitral se dictarán conforme a las Reglas de la CNUDMI y serán definitivos y vinculantes para las partes que excluyen *cualquiera y todos los derechos de apelación de cualquiera y todos los laudos* en la medida en que dicha exclusión pueda realizarse en forma válida”³². (énfasis agregado)

30. Este caso fue el primero en el que la Corte Suprema Federal suiza rechazó una impugnación interpuesta al amparo del Artículo 190 de la LDIP, basándose en que un acuerdo de renuncia válido había sido celebrado por partes extranjeras (inglesa y checa). El caso se refería a una solicitud de nulidad de un laudo provisional sobre competencia dictado por un tribunal arbitral con sede en Zurich, en un arbitraje regido por las Reglas de la CNUDMI. La decisión de la Corte Suprema Federal suiza giró en la interpretación de los términos “cualquiera y todos los derechos de apelación de cualquiera y todos los laudos”. La pregunta clave era si la palabra “apelación” debería entenderse en su sentido genérico abarcando todas las formas de apelación y recurso (incluyendo el proceso de nulidad bajo el Artículo 190 de la LDIP), o si pretendía designar a una apelación en el sentido más restrictivo de una apelación ordinaria sobre el fondo del asunto ante los tribunales estatales. Después de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia previa y del término “apelación”, la Corte Suprema Federal suiza se negó a interpretar el término “apelación”, en ese caso, como un concepto del derecho inglés para restringir su significado al de una apelación ordinaria³³. Según la Corte Suprema, el término tenía que ser entendido en su sentido genérico, abarcando todas las formas de apelaciones, incluyendo la impugnación de un laudo, por tres razones:

“Primero, la pregunta sobre una posible apelación no surgió porque las reglas de arbitraje elegidas por las partes excluyeran esta posibilidad (ver el Artículo 32(2) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: ‘El laudo... será definitivo y vinculante para las partes...’; aún en forma más explícita, el texto francés de la misma disposición: ‘... Elle [la sentence] n’est pas susceptible d’appel devant une instance arbitrale...’ (...)). En segundo lugar, una apelación

³⁰ BGer 4A.18/2007 publicado en ASA. Bull.4/2008, 771 y RSDIE 2008, 98.

³¹ BGer 4A-258/2009 y BGer 4A_256/2009, publicado en ASA. Bull.3/2010, 540, 552.

³² BGE 131 III 173, también publicado en ASA. Bull.3/2005, 496.

³³ BGE 131 III 173, apartado 4.2.3.2.

real per se, interpuesta ante un tribunal estatal, no fue tomada en cuenta tampoco en la medida en que, tal como se indicó anteriormente, el derecho a impugnar un laudo mediante dicha acción legal es materia de excepción en el arbitraje internacional. Finalmente, y más importante, mediante el uso de los “derechos de apelación” en plural después de la expresión redundante ‘cualquiera y todos’, las partes claramente demostraron que tenían en mente todos los medios de recurso posibles y concebibles a los que podrían someterse los futuros laudos – cualesquiera que fueran (‘cualquiera y todos los laudos’) –, lo cual incluía los procesos de nulidad dentro del significado del Artículo 85(c) OJ [Ley sobre la Organización de la Corte Suprema Federal suiza de 28 de abril 1958- reemplazada por la Loi sur le Tribunal federal, Ley de la Corte Suprema Federal suiza de 17 de junio de 2005-] y Artículo 190 de la LDIP³⁴.

31. De manera discutible, esta decisión refleja un enfoque menos restrictivo por parte de la Corte Suprema Federal suiza al considerar a los acuerdos de renuncia bajo el Artículo 192 de la LDIP³⁵. Por otra parte, no queda claro si la decisión de la Corte Suprema hubiera sido diferente, si la palabra “derecho” hubiera estado en singular en lugar de plural, o si las palabras “cualquiera y todos” los derechos, calificadas como “redundantes” por la Corte Suprema, hubieran sido reemplazadas por “sus derechos”³⁶.

32. La decisión ha sido criticada por los académicos legales, no tanto porque la intención de las partes probablemente no haya sido la determinada por la Corte Suprema, sino porque la Corte no analizó si respecto a una de las partes, que se basaba en la renuncia y que no era signataria del contrato ni del convenio arbitral, se cumplieron efectivamente las condiciones del Artículo 192(1); en otras palabras, si podía determinarse que la parte no signataria era parte del acuerdo de renuncia (separado)³⁷.

³⁴ BGE 131 III 173, apartado 4.2.3.2, referencias omitidas. (Extractos en inglés publicados en ASA Bull. 3/2005, pp. 508-519).

³⁵ Ver, por ejemplo, Jermini, C. & Arroyo, A. ‘Pitfalls of Waiver Agreements under Article 192 PILS in Multi-Contracts Settings: Same Remarks on Swiss Federal Court Decision 134 III 260’ (‘Dificultades de los Acuerdos de Renuncia bajo el Artículo 192 de la LDIP en Multi-Contratos: Los Mismos Comentarios sobre la Decisión de la Corte Suprema Federal suiza 134 III 260’), ASA. Bull. 1/2009: 103-113, (en adelante, Jermini / Arroyo), pp. 108-109.

³⁶ La Corte Suprema Federal suiza consideró que los términos “en la medida en que dicha exclusión pudiera realizarse en forma válida” no hicieron diferencia alguna: “Que agregaran ‘en la medida en que dicha exclusión pueda realizarse en forma válida’ no cambia nada. Por el contrario, esta precisión confirma que las partes eran plenamente conscientes de que estaban excluyendo cualquier forma de recurso contra los laudos del Tribunal Arbitral y que querían hacerlo en la medida en que fuera posible. Quedando todo igual, esto representa una estipulación tautológica, comparable a una cláusula estilística que es común en las cláusulas de exclusión y puede encontrarse en una serie de reglas de arbitraje.” (BGE 131 III 173, apartado 4.2.3.2, extractos en inglés publicados en ASA Bull. 3/2005, pp. 508-519).

³⁷ Ver, por ejemplo Besson, S. ‘*Etendue du contrôle par le juge d’une exception d’arbitrage; renonciation aux recours contre la sentence arbitrale: deux questions choisies de droit Suisse de l’arbitrage international.*’ (“Ámbito de control del juez en cuanto al arbitraje; renuncia al recurso contra la sentencia arbitral: dos temas de derecho arbitral suizo”). Revue de l’arbitrage (en adelante -Rev. Arb.) 2005: 1072-1083, (en adelante, Besson), pp. 1080-1082; Perret, F. ‘Note-Swiss Federal Tribunal, First civil court, Judgment of 4 February 2005, Case 4P.236/2004’ (“Nota-Tribunal Federal Suizo, Primer juzgado civil, Sentencia del 4 de febrero de 2005, Caso 4P.236/2004”). ASA. Bull. 3/2005: 520-524, (en adelante, Perret), pp. 520-524. Este asunto fue discutido *obiter* por la Corte Suprema Federal suiza en BGE 134 III 260: ver Jermini / Arroyo, pp. 110-111.

Ejemplos de renunciaciones válidas ante la ausencia de cualquier referencia al Artículo 190 o 192 de la LDIP

33. No obstante, el hecho de no comprender una referencia al Artículo 190 o al Artículo 192 de la LDIP, la Corte Suprema Federal suiza determinó como válidas las siguientes cláusulas de renuncia:

- a. “Las partes no impugnarán la competencia del tribunal” (decisión de 2005, renuncia parcial):
 “Las partes se comprometen a que no impugnarán la competencia del Tribunal de la CNUDMI ya sea ante el Tribunal de la CNUDMI mismo o ante los tribunales nacionales. Para evitar dudas, las partes por el presente no renuncian a su derecho a impugnar cualquier laudo en el arbitraje de la CNUDMI en el lugar donde se dicte el laudo ni a negarse a la ejecución del mismo en el país o países donde se pretenda la ejecución por las causales contenidas en las leyes de arbitraje aplicables de dichos países, con la salvedad de que las partes no lo harán bajo la causal de que el Tribunal de la CNUDMI carecía de competencia para considerar uno o más asuntos ante el mismo”³⁸.
- b. “Renuncia a cualquier recurso ordinario y extraordinario contra el laudo” (decisión de 2008):
 “Las partes por el presente renuncian a cualquier recurso ordinario y extraordinario contra la decisión a ser emitida”³⁹.
- c. “El laudo no estará sujeto a recurso alguno [apelación]” (“susceptible d’aucun recours”) (decisión de 2008):
 “El laudo emitido por el tribunal arbitral será definitivo y exigible, y no estará sujeto a recurso alguno”⁴⁰.
- d. “Ninguna de las partes tendrá el derecho de iniciar o sustentar una acción ante un tribunal de justicia...ninguna de las partes tendrá el derecho de apelar esta decisión ante un tribunal de justicia” (decisión del 2011):
 “Ninguna de las partes tendrá el derecho de iniciar o sustentar cualquier acción ante un tribunal estatal relacionado con una materia en disputa que resulta o está relacionada con este Acuerdo o su violación, excepto para la ejecución de cualquier laudo emitido bajo este Acuerdo. La decisión luego del arbitraje será final y vinculante y ninguna de las partes tendrá el derecho de apelar dicha decisión ante un tribunal de justicia”⁴¹.
- e. Las partes “renuncian a su derecho de impugnar cualquier decisión o laudo(s) del Árbitro mediante un recurso de anulación u otro tipo de recurso” (decisión del 2011)

³⁸ BGer 4P98/2005 publicado en ASA. Bull.1/2006, p. 92 y RSDIE 2006, p. 148 (Reglas de la CNUDMI).

³⁹ BGE 134 III 260, también publicado en (ASA. Bull.1/2009, p. 54, Reglas suizas, Ginebra). Ver también el comentario por parte de Jermini / Arroyo, pp. 103-113.

⁴⁰ Decisión 4A_234/2008 publicada en ASA. Bull. 3/2009, p. 512 y RSDIE 2009, p. 107; aquí, no obstante, la validez de la renuncia fue acordada por ambas partes y la decisión se relaciona con un requerimiento de revisión (revisión) del laudo precisamente para obviar la exclusión de cualquier impugnación, en particular, por la falta de competencia bajo el Art. 190(2)(a) de la LDIP – ver más adelante el efecto de la renuncia.

⁴¹ BGer 4A_486/2010.

“Las partes acuerdan explícitamente de renunciar a sus derechos de (a) impugnar cualquier decisión o laudo(s) del Árbitro mediante procedimientos de anulación u otro tipo de procedimiento; (b) resistir la ejecución de las decisiones o el/los laudo(s) del Árbitro⁴².”

Criterios más estrictos en el arbitraje deportivo

34. De otro lado, la Corte Suprema Federal suiza parece haber retenido un enfoque más estricto en el ámbito del arbitraje deportivo. Esto puede explicarse primero por el hecho de que los atletas normalmente tienen pocas opciones: o aceptan todos los términos en el convenio arbitral impuesto por la asociación o federación profesional a la que deben pertenecer para ejercer su actividad a nivel profesional o dejan de participar en cualquier competencia. En otras palabras, existe poca o ninguna manifestación directa sobre la intención común de excluir cualquier impugnación del laudo. También se debe posiblemente al hecho de que muchas federaciones internacionales de deporte están domiciliadas en Suiza, de modo que el Artículo 192 de la LDIP no puede aplicarse; creando así cierta desigualdad en el trato en los casos limitados en los que podría aplicarse este artículo⁴³.

35. Así, en una decisión del 2007 sobre la impugnación de un laudo emitido en una controversia sobre doping entre un jugador de tenis profesional y el tour de la Anti-Doping Tribunal (en adelante, ATP), la Corte Suprema Federal suiza sostuvo que no existía una renuncia válida en el siguiente texto:

Ver las reglas de la ATP:

“La decisión del TAS [Tribunal Arbitral du Sport / Tribunal Arbitral del Deporte] será definitiva y vinculante para todas las partes y no existirá un derecho de apelación a partir de la decisión del TAS. La decisión del TAS tendrá efecto inmediato y todas las partes adoptarán medidas para asegurarse de que sea efectiva.”

Ver el consentimiento y la aceptación del reglamento oficial de la ATP por parte del jugador:

“También consiento y acepto que cualquier controversia que surja de una decisión tomada por el Tribunal Anti-Doping, o cualquier controversia que

⁴² BGer 4A_514/2010. Este caso se refiere a la decisión de un árbitro único, nombrado de común acuerdo, en la cual rechazó la impugnación de una de las partes sobre su falta de imparcialidad e independencia. La Corte Suprema Federal suiza (en el apartado 4.1.2) constató que la renuncia podía ser total, es decir incluir todas las bases de anulación previstas bajo el Art. 190(2) de la LDIP (BGer 4P_198/2005), incluso la composición irregular del Tribunal Arbitral (BGE 133 III 235 apartado 4.3.2.2). El demandante también alegó en vano que el acuerdo arbitral (y la renuncia que formaba parte del acuerdo) era inválido por haber sido firmado bajo coacción.

⁴³ Ver Muller, C. ‘Artículo 192’. En *Swiss Case Law in International Arbitration*. (“Jurisprudencia Suiza sobre Arbitraje Internacional”). 2da ed. Zurich, Ginebra, Basilea: Schulthess, 2001, (en adelante, Müller), apartado 1.8. Ver también Kaufmann-Kohler, G. & Rigozzi, A. *Arbitrage international, droit et pratique à la lumière de la LDIP*. (“Arbitraje internacional, derecho y práctica a la luz de la LDIP”). 2da ed. Berna: Weblaw, 2010, (en adelante Kaufmann-Kohler / Rigozzi), apartado 751. Para una discusión sobre si las renunciaciones bajo el Art. 192(1) de los atletas son compatibles con el Art. 6 de *Cour Européenne des Droits de l’Homme* (Corte Europea de los Derechos Humanos -en adelante, CEDH), ver Krausz, N. ‘Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6’ (“Renuncia a la apelación al Tribunal Federal Suizo: Evolución Reciente de la Jurisprudencia y Compatibilidad con CEDH, Artículo 6”). *Journal of International Arbitration* 28 (2) 2011: 137–162, (en adelante, Krausz), pp 160-162.

surja bajo el Programa Anti-Doping o con relación al mismo, después de agotar el proceso del Tribunal Anti-Doping del Programa Anti-Doping y cualquier otro proceso expresamente dispuesto en el Programa, deberá ser sometida exclusivamente a la División de Arbitraje de Apelaciones de la Corte de Arbitraje para el Deporte [...] para el arbitraje definitivo y vinculante conforme al Código de Arbitraje para Deportes. La decisión del TAS será definitiva, no revisable, inapelable y exigible. Me comprometo a no interponer demanda alguna, arbitraje, juicio o litigio en cualquier otra corte o tribunal [...]”⁴⁴.

36. La Corte Suprema sostuvo que no existía una renuncia válida ya que el atleta no había tenido otra opción más que firmar el consentimiento para participar en los eventos organizados por la organización profesional. Por lo tanto, faltaba el elemento esencial de la intención común⁴⁵.

37. En un caso anterior (decisión del 2004) relacionado con un conflicto entre la Federación Costarricense de Triatlón (en adelante, FECOTRI) y la Unión Internacional de Triatlón (en adelante, ITU), la Corte Suprema había sostenido que una referencia de carácter procesal a un artículo específico de los Estatutos de la ITU era insuficiente, incluso cuando dicho artículo disponía lo siguiente:

“Los conflictos entre la ITU y sus NFs afiliadas que no sean resueltos por el Congreso, serán sometidos a la Corte de Arbitraje para el Deporte. [...] Cualquier decisión tomada por dicha corte será sin apelación o recurso ante las cortes ordinarias, y es vinculante para las partes involucradas”⁴⁶.

4. Alcance de la renuncia a la nulidad bajo el Artículo 192 de la LDIP

38. Como regla, una renuncia válida a la nulidad debería ser vinculante para todas las partes obligadas por el convenio arbitral, incluyendo no signatarios en el convenio arbitral o sucesores legales, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo 192(1) de la LDIP. El acuerdo de renuncia y el convenio arbitral son, no obstante, dos acuerdos distintos y si existe controversia en cuanto al alcance subjetivo del acuerdo de renuncia, es probable que éste tenga que ser analizado nuevamente por la Corte Suprema Federal suiza como una cuestión preliminar para determinar la procedencia de la acción de nulidad⁴⁷.

⁴⁴ BGE 133 III 235, también publicado en ASA. Bull.3/2007, p. 592. Ver también Brunner, C. ‘*Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: eine Standortbestimmung nach dem Cañas-Urteil (BGE 133 III 235)*’. (“Renuncia al recurso en el arbitraje internacional: un análisis luego de la decisión “Cañas” del Tribunal Federal (BGE 133 III 235)”’. AJP/PJA, 2008: 738-751, (en adelante, Brunner), pp. 738-751.

⁴⁵ BGE 133 III 235, apartado 4.3.2.1.

⁴⁶ BGER4P.62/2004, publicado en ASA. Bull.3/2005, p. 483 y RSDIE 2006, p. 137, en particular, apartado 1.2.

⁴⁷ Ante un posible riesgo de paradoja (cuando el tribunal arbitral decline la competencia sobre el no signatario y la Corte Suprema Federal suiza determine que el convenio arbitral es vinculante al no signatario, al menos a la renuncia del mismo) el laudo sobre competencia seguirá estando plenamente vigente a pesar de la conclusión de la Corte Suprema Federal suiza sobre que la decisión del tribunal arbitral fue tomada erróneamente: ver la discusión completa en Berger

39. Una renuncia válida se aplicará a todos los laudos que puedan estar sujetos a acciones de nulidad conforme al Artículo 190 de la LDIP, incluyendo por lo tanto laudos provisionales, preliminares y parciales, y no solo el laudo definitivo sobre el fondo del caso. No obstante, una interpretación literal del Artículo 192(1) de la LDIP no parece permitir una renuncia parcial, limitada a ciertos tipos de laudos, por ejemplo, una renuncia solo a los laudos preliminares y provisionales. Si bien la materia aún no ha sido decidida por la Corte Suprema Federal suiza, el Artículo 192 de la LDIP solo prevé dos opciones, que las partes “renuncien plenamente a la acción de nulidad” o que “la limiten a una o varias de las causales enumeradas en el Artículo 190(2) de la LDIP”⁴⁸.

5. Efecto de la renuncia a la nulidad bajo el Artículo 192 de la LDIP

40. El efecto directo del Artículo 192 de la LDIP es que el laudo no puede ser impugnado ante la Corte Suprema Federal suiza respecto de todas o algunas de las causales establecidas en el Artículo 190(2) de la LDIP que han sido excluidas. Éste será el caso incluso si se pretende la nulidad del laudo basándose en la composición irregular del Tribunal Arbitral por falta de imparcialidad e independencia del árbitro⁴⁹, o en una violación del orden público (Artículo 190(2) de la LDIP)⁵⁰.

41. Por otra parte, incluso cuando exista una renuncia válida, el laudo puede ser “revisado” cuando: (A) se pretenda su reconocimiento y ejecución o, (B) posiblemente, cuando se interponga una solicitud de revisión del laudo.

A. Ausencia de efecto de la renuncia en el proceso de reconocimiento y ejecución

42. La exclusión de cualquier impugnación del laudo conforme al Artículo 190 de la LDIP no ocasiona la ausencia total de control por parte de los tribunales estatales.

43. Se puede pretender la revisión del laudo por parte de los tribunales estatales del lugar de reconocimiento y ejecución. Así, un laudo ejecutado fuera de Suiza en un Estado miembro de la Convención de Nueva York sobre el

/ Kellerhals, apartados 1686-1690. Ver también Perret, F. ‘Note-Swiss Federal Tribunal, First civil court, Judgment of 4 February 2005, Case 4P.236/2004’ (“Nota-Tribunal Federal Suizo, Primer juzgado civil, Sentencia del 4 de febrero de 2005, Caso 4P.236/2004”). ASA. Bull. 3/2005: 520-524, (en adelante, Perret), pp. 523-524 (alegando que en BGE 131 III 173 la Corte Suprema Federal suiza no consideró si las precondiciones del Art. 192(1) fueron cumplidas respecto del no signatario); BGE 134 III 260, donde la Corte Suprema Federal suiza implícitamente reconoció este punto: en el último caso, la Corte Suprema Federal suiza hizo la distinción entre los casos en los que el alcance objetivo del convenio arbitral se encuentra en conflicto y determinó que la validez de un acuerdo de renuncia no podía estar condicionado a que el tribunal arbitral haya determinado correctamente que tenía competencia *rationae materiae* ya que esto derrotaría el propósito de las renuncias al amparo del Art. 192 (apartado 3.2.4); ver también el comentario sobre BGE 134 III 260 por Jermini / Arroyo, pp. 103-113.

⁴⁸ Ver Berger / Kellerhals, apartado 1683 y Poudret / Besson, apartado 839; contra Mayer, p. 204, apartado 30. La renuncia se aplica al laudo final y a cualquier laudo rectificativo: BGE 131 III 164 apartado 1.1 y más recientemente BGE 4A_486/2010 apartado 2.2.

⁴⁹ BGE 4A_514/2010, apartado 4.1.2 (ver también BGE 133 III 235 apartado 4.3.2.2).

⁵⁰ BGE 4P.198/2005, publicado en ASA. Bull.2/2006, p. 339 y RSDIE 2007, p. 73; ver también Lalive / Poudret / Reymond, apartado 3.

Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros de 1958 (en adelante, CNY) puede ser impugnado bajo cualquier causal contemplada en el Artículo V de la CNY. Por otro lado, una parte que pretende ejecutar en Suiza un laudo emitido en el extranjero, es decir, un laudo extranjero, podrá invocar la CNY.

44. Sin embargo, cuando el laudo sea un laudo nacional (emitido en Suiza) y se aplique la LDIP, no se aplica la Convención de Nueva York. El laudo es definitivo y por lo tanto directamente ejecutable. No obstante, cuando las partes hayan celebrado un acuerdo de renuncia válido, y hayan renunciado así a cualquier posible revisión del laudo en un proceso de nulidad, tendrán derecho a disputar la ejecución al amparo de la CNY, como si el laudo emitido en Suiza fuera un laudo extranjero. Éste es el efecto del Artículo 192(2) de la LDIP, que dispone lo siguiente (y una disposición similar se encuentra en el Artículo 68.3 de la Ley de Arbitraje peruana introducida por el Decreto Legislativo N° 1071):

“Si las partes han renunciado plenamente a la acción de nulidad contra los laudos y si los laudos van a ser ejecutados en Suiza, la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros se aplica por analogía.”

45. En otras palabras, en caso que exista una renuncia válida, una parte puede objetar el reconocimiento y la ejecución en Suiza como si el Artículo V de la CNY fuese una ley nacional. No obstante, las causales para la impugnación al amparo del Artículo V son más amplias que las del Artículo 190 de la LDIP, así la CNY solo se aplicará “por analogía” y, *mutatis mutandis*. Esto es así para evitar el resultado absurdo por el cual se daría un fundamento más amplio para la impugnación a través de la Convención de Nueva York cuando las partes, en primer lugar, habían acordado específicamente limitar el control de los tribunales suizos sobre el laudo en base a un acuerdo de renuncia válido bajo el Artículo 192(1) de la LDIP, más que cuando no hayan estipulado tal acuerdo. Así, los comentaristas suizos sostienen que las causales de negación deberían aplicarse en la medida en que hubieran dado lugar a la nulidad, conforme al Artículo 190(2) de la LDIP⁵¹.

46. El texto del Artículo 192(2) de la LDIP (y hasta cierto punto también del Artículo 63.8 de la Ley de Arbitraje peruana introducida por el Decreto Legislativo N° 1071) sugiere que el control judicial cuando el laudo es ejecutado en Suiza, solo debería estar disponible si las partes han renunciado a la acción de nulidad en su totalidad. El tema aún no ha sido discutido por los tribunales suizos, no obstante la mayoría de los académicos suizos consideran correctamente que éste es un error de redacción del Artículo 192(2) de la LDIP y que la misma protección se encuentra disponible cuando las partes hayan acordado renunciar

⁵¹ Ver Patocchi / Jermini, apartado 30-32; Lalive / Poudret / Reymond, ‘Artículo 192’, apartado 4; Berger / Kellerhals, apartados 1694-1695. Ver también Poudret / Besson, apartado 840, p. 785 que sugieren que el enfoque es problemático para el beneficiario de la renuncia – y del laudo – a quien puede denegársele la ejecución sin poder haberlo logrado que se rectifique el laudo mediante un proceso de nulidad. A saber de los autores, la cuestión aún no ha sido resuelta por los tribunales suizos.

a su derecho a pretender la nulidad del laudo basándose solo en una o algunas de las causales establecidas en el Artículo 190(2) de la LDIP⁵².

47. La revisión del laudo por parte de los tribunales del lugar de ejecución, no obstante, no ofrece el mismo grado de protección que una impugnación al amparo del Artículo 190 de la LDIP. Es decir, todo lo que puede obtenerse es una sentencia que impida la ejecución del laudo en esa jurisdicción en particular, que podría ser Suiza o no. El laudo mismo se considera como *res judicata* y, por lo tanto, no pueden iniciarse nuevos procesos, independientemente de la causal por la cual podría haberse impugnado el laudo⁵³. Esto, en la mayoría de los casos, puede ser un resultado insatisfactorio, por cuanto una o ambas podrían estar interesadas en que se emita un nuevo laudo (por ejemplo, cuando el laudo podría ser impugnado por una irregularidad procesal grave) o bien que se anule un laudo preliminar sobre competencia antes de continuar con el proceso de arbitraje sobre el fondo del caso, en lugar de que el tema se discuta al momento de la ejecución.

B. ¿Ausencia de efecto de la renuncia en el proceso de revisión?

48. En Suiza, además de las solicitudes para anular el laudo, también existe un segundo medio de revisión de un laudo por la Corte Suprema Federal suiza, se trata del procedimiento denominado “revisión” que se aplica a cualquier decisión de un tribunal estatal y, según la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal suiza, también a cualquier laudo arbitral influenciado por un delito, o cuando una parte adquiera posteriormente conocimiento sobre hechos importantes o evidencia crucial que ya existía durante el arbitraje pero que no pudo ser revelada antes de que se tomara la decisión o se emitiera el laudo.

49. Dado que el Artículo 192 de la LDIP solo se refiere a la renuncia al derecho de impugnar laudos bajo el Artículo 190 de la LDIP, no puede renunciarse al “derecho a la revisión” del laudo por parte de la Corte Suprema Federal suiza, que no tiene base legal en el Artículo 192 sino únicamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal suiza⁵⁴.

50. Sin embargo, puede surgir un problema cuando la solicitud de revisión tenga como objetivo específico obviar una renuncia válida bajo el Artículo 192 de la LDIP. La cuestión aún no ha sido decidida de manera definitiva por la Corte Suprema Federal suiza. Surgió en un caso en el cual el solicitante inició un proceso de revisión bajo la causal de parcialidad del árbitro precisamente porque cualquier impugnación del laudo al amparo del Artículo 190(2)(a) de la LDIP estaba prohibida por una renuncia válida. La solicitud fue rechazada por otras razones: según la Corte Suprema el solicitante conocía o debió haber

⁵² Poudret / Besson, apartado 840; Patocchi / Jermini, apartado 35; Berger / Kellerhals, apartado 1697; Dutoit, ‘Artículo 192’, apartado 6.

⁵³ Ver Patocchi / Jermini, apartado 56, y Lalive / Poudret / Reymond, ‘Artículo 192’, apartado 1.

⁵⁴ BGer 4P. 265/1996, publicado en ASA. Bull.3/1997, p. 494, apartado 1a. Ver también Berger / Kellerhals, apartados 1812-1815 y Patocchi / Jermini, apartado 22. Algunos comentaristas opinan que las partes extranjeras deberían poder excluir la revisión, ver, por ejemplo, Poudret / Besson, p. 787, apartado 845 y pp. 823-824, apartado 836. Para una análisis sobre este tema ver también Krausz, pp. 151-152.

conocido los hechos invocados para sustentar su solicitud de revisión antes de que finalizara el proceso arbitral y el proceso penal no había demostrado que el fraude había ocasionado un resultado perjudicial para el solicitante. No obstante, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente:

*“Parece difícil admitir que una parte que ha renunciado expresamente a su derecho de recurso contra el laudo y así invoque la causal de impugnación contemplada en el Artículo 190.2(a) de la LDIP, pueda, no obstante, presentarse ante la Corte Suprema Federal suiza soslayadamente, invocando la misma causal, revelada antes del vencimiento para la presentación del recurso, en una solicitud de revisión del laudo, de lo contrario el Artículo 192 carecería de todo sentido”*⁵⁵. (énfasis agregado)

6. Ventajas y desventajas de la renuncia

51. Al redactar un convenio arbitral las partes esperan que el tribunal arbitral esté conformado por árbitros imparciales, competentes e independientes. Por lo tanto, es posible que las partes prefieran excluir cualquier posibilidad de impugnar un laudo bajo la causal, por ejemplo, de falta de competencia, falta de debido proceso o violación del orden público; excepto por el derecho de “revisión” que existe bajo la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal suiza y el control que puede ser ejercido por los tribunales durante la ejecución del laudo.

52. Las preocupaciones de las partes pueden ser asegurarse de la confidencialidad del conflicto y su resolución e incrementar el carácter definitivo del laudo ahorrando tiempo y costos. En ese sentido, excluir el proceso de nulidad al amparo del Artículo 190 de la LDIP es una forma de asegurarse de que los tribunales del lugar del arbitraje no se involucren, salvo en casos excepcionales.

53. Es cierto que las solicitudes para la nulidad de un laudo por parte de la Corte Suprema Federal suiza al amparo del Artículo 190 de la LDIP no son confidenciales. No obstante, lo mismo ocurre en cualquier proceso de ejecución que pudiera interponerse en una etapa posterior antes de que los tribunales suizos o los tribunales de la jurisdicción o jurisdicciones donde la parte vencedora intente ejecutar el laudo.

54. Asimismo, las solicitudes al amparo del Artículo 190 de la LDIP tampoco ocasionan un retraso significativo en el proceso. En primer lugar, solo pueden presentarse ante la Corte Suprema Federal suiza. En segundo lugar, la Corte Suprema Federal suiza se esfuerza por resolver las impugnaciones de los laudos arbitrales de manera rápida, la mayoría de ellos se deciden dentro de los seis a diez meses, lo que es sumamente breve.

55. Además, existe poca duda respecto a que las consecuencias en cuanto a las costas relacionadas con una impugnación limiten el número de solicitudes ficticias y tácticas dilatorias en general. La naturaleza restringida de las causales de

⁵⁵ BGer 4A_234/2008, apartado 2.1, publicado en ASA. Bull.3/2009, p. 512 y RSDIE 2009, p. 107.

impugnación disponibles al amparo del Artículo 190 de la LDIP tiene el mismo efecto. De ninguna manera permiten una revisión del laudo sobre el fondo del asunto y pueden considerarse como un “grado mínimo de revisión judicial”⁵⁶, al que las partes probablemente no quieran renunciar. Todo esto es más cierto en un lugar neutral como Suiza, donde los tribunales han adoptado tradicionalmente un enfoque amigable hacia el arbitraje y donde, en los últimos veintidós años (desde que se promulgó la LDIP), muy pocos procesos de nulidad han tenido éxito⁵⁷.

56. Planteado de otra forma, Suiza es precisamente un foro en el que tiene poco sentido renunciar, al menos completamente, al derecho a impugnar un laudo ante los tribunales. El asunto puede ser diferente en otras jurisdicciones que ofrecen leyes de arbitraje menos modernas, en particular si el conflicto potencial involucra al Estado o a una entidad del Estado o incluso a una compañía privada nacional.

57. Una renuncia anticipada al derecho de las partes a impugnar el laudo es particularmente problemática cuando el laudo no tiene que ser reconocido o ejecutado y por lo tanto no será controlado de manera más limitada en dicha etapa posterior, por ejemplo, cuando el demandante no tenga éxito⁵⁸, o cuando el laudo tiene que ser cumplido por un órgano privado (por ejemplo en el arbitraje deportivo)⁵⁹.

58. Como lo ha resaltado un importante académico suizo, un aspecto más problemático de la renuncia a la impugnación del laudo es el hecho “que un acuerdo de exclusión reduzca el grado de presión sobre los árbitros, lo cual, en cierta medida, se considera como una garantía de la calidad del proceso de arbitraje”⁶⁰. Todos sabemos que en conflictos internacionales muchas veces no es prudente que las partes tengan una fe incondicional en los árbitros, y que es importante tener un mecanismo de control.

59. Finalmente, la respuesta a la pregunta si una renuncia al derecho a impugnar de alguna otra manera un laudo es recomendable, dependerá de las metas que las partes están tratando de alcanzar, a la luz de la naturaleza del contrato, el monto que esté potencialmente en conflicto y el riesgo de tácticas dilatorias de una parte. En nuestra opinión, una renuncia plena rara vez será recomendable, salvo, tal vez, en los casos en los que el tiempo sea una condición esencial, ya sea debido a la industria o al tipo de demanda o recurso contemplado en la cláusula de arbitraje (por ejemplo, una reparación judicial declaratoria que afecte una relación contractual futura). Una renuncia parcial, en particular respecto de

⁵⁶ Patocchi / Jermini, apartado 58.

⁵⁷ Ver Dasser D. ‘*recent statistics in: International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An updated Statistical Analysis*’ (“Estadísticas recientes de Arbitraje Internacional y Procesos de Nulidad en Suiza – Un Análisis Estadístico actualizado”). ASA. Bull 1/2010: 82-100, (en adelante, Dasser), pp. 82-100.

⁵⁸ Por ejemplo, BGE 134 III 260, también publicado en ASA. Bull.1/2009, p. 54. Ver también Poudret / Besson, apartado 839, p. 840.

⁵⁹ Para una discusión completa sobre este tema, ver también Berger / Kellerhals, apartados 1665-1669a.

⁶⁰ Patocchi / Jermini, apartado 57.

la competencia, probablemente sea adecuada con mayor frecuencia, en especial cuando se trate de un arbitraje potencial con cierto tipo de Estados y entidades estatales que muy probablemente vayan a impugnar la competencia después de que haya surgido el conflicto.

7. Conclusión

60. La opción de una renuncia al derecho de impugnar, parcial o totalmente un laudo, conforme al Artículo 192 de la LDIP, puede en ciertas circunstancias ser una herramienta útil para partes no suizas que desean incrementar el carácter definitivo de su laudo.

61. La Corte Suprema Federal suiza ha adoptado un enfoque bastante liberal al considerar la validez de dichas renunciaciones, pero sigue requiriendo un lenguaje claro que refleje la intención de las partes de excluir cualquier impugnación del laudo. No se requiere una referencia expresa al Artículo 192 de la LDIP en la cláusula arbitral, sin embargo, tal referencia sigue siendo la mejor opción para asegurar la validez de la renuncia. Por otro lado, las partes extranjeras deberían ser conscientes de que si bien su intención puede ser solo evitar cualquier apelación ordinaria sobre el fondo del laudo, el lenguaje utilizado para dicho efecto puede interpretarse – en Suiza – como una intención de renunciar a cualquier derecho a impugnar el laudo ante la Corte Suprema Federal suiza, incluso en materia de competencia, irregularidad procesal u orden público.

62. Como bien señala Fernando Cantuarias Salaverry en su obra “Arbitraje comercial y de las inversiones”⁶¹, disposiciones como el Artículo 192 de la LDIP o el Artículo 63.8 de la Ley de Arbitraje peruana no pueden sino favorecer y contribuir al desarrollo del arbitraje, pues ofrecen a las partes la posibilidad de incrementar de manera importante la eficiencia del proceso de resolución de una futura disputa.

63. El profesional peruano y cualquier representante de parte que negocia un acuerdo de arbitraje con sede de arbitraje en el Perú puede beneficiarse de la experiencia suiza. Tiene a su alcance una amplia y detallada doctrina y jurisprudencia que le permitirá afrontar con juicio los retos que pueden resultar de una renuncia a la impugnación del laudo según lo previsto en el Artículo 63.8 de la Ley de Arbitraje peruana.

⁶¹ Cantuarias Salaverry, F. Arbitraje comercial y de las inversiones, Lima: UPC, 2007, pp. 389-390.