

RENUNCIA AL DERECHO A IMPUGNAR EL LAUDO ARBITRAL

David Khachvani*

Resumen. Generalmente se les da la oportunidad a las partes en los procedimientos de arbitraje internacional de solicitar la nulidad del laudo frente a los tribunales de la sede del arbitraje. Sin embargo, por diversas razones prácticas, las partes pueden pactar por renunciar a la revisión que se da en la acción de nulidad. Algunos Estados dan efecto a dichos acuerdo de las partes, comúnmente denominados Acuerdos de Exclusión, pero se establecen requisitos específicos de validez. Se ha argumentado que al dar efecto a los Acuerdos de Exclusión los Estados incumplen su obligación derivada de los derechos humanos a garantizar la observancia de las normas mínimas de equidad procesal. Empero, la jurisprudencia muestra que la responsabilidad del Estado se actualiza únicamente en la etapa en la que al laudo arbitral se le da efecto coercitivo. Los Estados que hacen efectiva la renuncia de la acción de nulidad aún conservan el control sobre la ejecución de los laudos. Por lo tanto, en la mayoría de los casos no incumplen su obligación de acuerdo con los derechos humanos.

Palabras Clave. Renunciar; exclusión; nulidad; anular; validez; equidad procesal; juicio justo, derechos humanos, normas imperativas; CEDH (Corte Europea de Derechos Humanos).

* Maestro en Derecho sobre Solución de Disputas Internacionales por la Université de Genève y el Graduate Institute of International and Development Studies (Becario Hans Wilsdorf).

‡ Traducción de Diego Santin Padilla

I. INTRODUCCIÓN

Un laudo arbitral ostenta la nacionalidad del Estado en donde es emitido (*Estado Sede*).¹ Esta misma característica es aplicable al laudo en casi todas partes del mundo.² A cambio de dar dicho efecto al arbitraje, los Estados Sede conservan la potestad de ejercer cierto grado de control sobre los procedimientos arbitrales. Más importante aún, se les da a las partes la posibilidad de buscar la nulidad (también llamada anulación o invalidación) del laudo arbitral en los tribunales del Estado Sede, en los rubros establecidos por la jurisprudencia. Las leyes

¹ Nigel Blackaby, Konstantine Partasides *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (Oxford University Press, 2009) 1.17.

² La Convención de Nueva York (1958) en su Artículo 1.1 establece que el laudo debe ser emitido en territorio del Estado extranjero en virtud de beneficiar el régimen de ejecución estipulado en la convención.

de arbitraje, en la mayoría de las jurisdicciones, permiten la nulidad sólo bajo algunas pocas causales.

La razón por la cual los Estados Sede no abandonan por completo dicho control, es inherente a su función de proteger el orden público abarcando los estándares mínimos de equidad procesal. El enfoque puede cambiar si las partes acuerdan renunciar a su derecho de interponer recursos de nulidad.

Las partes pueden estar interesadas en pactar Acuerdos de Exclusión por algunas razones prácticas. Pueden desear evitar la instancia adicional de revisión a nivel de nulidad, sabiendo que el laudo será de todas formas revisado en la etapa de cumplimiento.

Sin embargo, cabe destacar desde el principio, que hay numerosos inconvenientes prácticos asociados con pactar un Acuerdo de Exclusión. Es decir, si la reclamación se desechó indebidamente por el tribunal arbitral, el demandante se queda sin acción, sin que exista obviamente ninguna ejecución de la reclamación desestimada. Por otro lado, si el demandado pierde, corre el riesgo de estar en la posición de oponerse a la ejecución en múltiples jurisdicciones, sin la posibilidad de solicitar la anulación en el lugar de la decisión. Un Acuerdo de Exclusión por lo tanto puede ser descrito como beneficioso sólo para la parte ganadora. Sin embargo, en el momento de celebración del contrato, las partes no tienen conocimiento preciso de sus posibilidades de éxito en caso de cualquier futuro conflicto. Por lo tanto, aún pueden decidir renunciar de forma conjunta a su derecho a solicitar la nulidad del futuro laudo.

Algunos Estados dan efecto a tales Acuerdos de Exclusión. Los tribunales de dichos Estados se abstienen de dar curso a las solicitudes de nulidad en donde encuentran que las partes han pactado válidamente renuncian a la acción de nulidad. Es en este caso cuando se presentan consideraciones de orden público. Se puede decir, que al dar cumplimiento a un Acuerdo de Exclusión, el Estado abandona su deber inherente de supervisar el cumplimiento de las normas mínimas de equidad procesal. Se ha afirmado que constituye también una violación de la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos para garantizar un juicio justo.

En este artículo se analizará, primero el efecto e interpretación de los Acuerdos de Exclusión bajo las leyes arbitrales de Suiza, Suecia, Francia, Bélgica, Reino Unido y de los E.U.A. (I). Será a partir de entonces que se explore el posible conflicto entre un Acuerdo de Exclusión y el deber de los Estados de respetar las normas mínimas de equidad procesal (II).

II. EFECTO E INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE EXCLUSIÓN³

Las leyes de arbitraje y las reglas institucionales aumentan el efecto de la autonomía de las partes. Esta tendencia también se refleja en la aplicación e interpretación de los Acuerdos de Exclusión.

³ El artículo se centra en los Acuerdos de Exclusión en el arbitraje comercial internacional. El sistema de arbitraje del CIADI no será discutido por razones obvias. A saber, la anulación del laudo del CIADI se rige por el artículo 52 del Convenio del CIADI. Las partes en procedimientos ante el CIADI (Inversor y Estado) no están de manera alguna facultadas para renunciar a las disposiciones obligatorias del tratado multilateral.

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

Esta primera parte del artículo considerará tres aspectos principales de los acuerdos de exclusión: en primer lugar, se resumirá el efecto dado a los acuerdos de exclusión por las legislaciones arbitrales de los Estados mencionados anteriormente (A), en segundo lugar, el enfoque se realizará sobre los requisitos de validez establecidos para tales Acuerdos de Exclusión bajo dichas leyes (B), en tercer lugar, se examinará el grado de control sobre los procedimientos arbitrales, efectuados por los Estados que reconocen la validez y efecto de los Acuerdos de Exclusión (C).

A. EFECTO DADO A LOS ACUERDOS DE EXCLUSIÓN POR LEGISLACIONES ARBITRALES

Debido a la naturaleza emergente de los Acuerdos de Exclusión, en la práctica, la gran mayoría de los Estados todavía tienen que expresar su posición en relación a su validez y aplicabilidad. Sin embargo, hay diversas legislaciones que han dado cumplimiento a los Acuerdos de Exclusión. Suiza, Francia, Suecia y Bélgica son los más importantes representantes (los “*Estados que Reconocen*”). Por otro lado algunas jurisdicciones, como los E.U.A., se han negado a validar los Acuerdos de Exclusión (los “*Estados que no lo Reconocen*”).⁴

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Ley Modelo”) no se pronuncia sobre tal cuestión. Sin embargo, en la práctica, algunas jurisdicciones basadas en la Ley Modelo han permitido o negado permitir las renunciaciones a las causales de nulidad que figuran en sus leyes basadas en la Ley Modelo.

Es menester revisar los enfoques particulares respecto de los Acuerdos de Exclusión empleados bajo esas leyes arbitrales.

1. Estados que Reconocen

(i) Suiza

El texto del Artículo 192.1 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (el “PILA”) es el siguiente:

Si ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento comercial en Suiza, podrán, mediante una declaración expresa en el convenio arbitral o de un convenio escrito posterior, desistirse por completo del recurso de nulidad [...].

La disposición prevé un requisito importante, que ninguna de las partes en el procedimiento tenga residencia en Suiza. El Tribunal Federal Suizo interpreta dicha cuestión como requisito para dar cumplimiento a las consideraciones de orden público.⁵

⁴ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, (Kluwer Law International 2012) 334.

⁵ Spoorenberg, Bürgenmeier, “The Swiss Law Provision Allowing Foreign Parties to Waive Their Right to Seek

Las causales de nulidad se enlistan en el artículo 190.2. Estas causales se refieren a: (a) la incorrecta constitución del tribunal arbitral; (b) la falta de jurisdicción por parte del tribunal arbitral; (c) a toma de decisiones *ultra petita* o *infra petita* (d) la violación de la equidad entre las partes y/o su derecho a ser oídos, o (e) la violación al orden público. El legislador suizo no establece ninguna diferencia entre estas causales, frente a los Acuerdos de Exclusión y expresamente permite la renuncia voluntaria de la acción de nulidad con independencia de las causales en que pueda basarse la parte que intentase la nulidad.

También vale la pena señalar que la disposición dada de la PILA (*Private International Law Act*) permite la celebración del Acuerdo de Exclusión, tanto antes como después del nacimiento de la controversia.

El nivel de conocimiento de las partes sobre la posible necesidad de impugnación es probablemente más alto después de que surja la controversia, que en el momento de celebración del contrato. El legislador suizo, sin embargo, no establece ninguna diferencia entre estas dos fases, siempre y cuando el Acuerdo de Exclusión se estipule expresamente.

En la práctica, el Tribunal Federal Suizo ha rechazado numerosas solicitudes de anulación con base en el artículo 192.1 del PILA.⁶ El Tribunal Federal Suizo, por lo general emplea la interpretación literal de la ley. Siempre y cuando las partes no tengan residencia y el Acuerdo de Exclusión sea expreso, el tribunal no ha tenido problema para afirmar la posibilidad de renunciar a la acción de nulidad.

(ii) Francia

El primer párrafo del artículo 1522 del Código de Procedimientos Civiles Francés (CPCF) estipula:

En virtud de un acuerdo específico, las partes podrán, en cualquier momento, renunciar expresamente a su derecho de intentar una acción de nulidad⁷

A diferencia de la disposición suiza, el artículo citado no establece un requisito de residencia o domicilio foráneo. De este modo, aún si una de las partes tiene su domicilio en Francia, el Acuerdo de Exclusión será válido. Incluso el artículo 1522 del CPCF permite celebrar los Acuerdos de Exclusión “en cualquier momento”. Del mismo modo que la PILA suiza, esto permite a las partes renunciar a la acción de nulidad previamente, así como de forma posterior a suscitada la controversia.

the Annulment of International Arbitration Awards is Compatible with the Fair Trial Guarantees’ (Abril 26, 2012) Mondaq, 2.

⁶ *X v. Z*, Swiss Federal Tribunal 4A_238, (2013); *X v. Y*, Swiss Federal Tribunal, 4A_486, (2011), 3.1. disponible en: <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

⁷ Traducción basada en la traducción al inglés hecha por Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil y Daniela Pellarini de Shearman & Sterling LLP.

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

(iii) Suecia

La parte más importante de la Sección 51 de la Ley Arbitral Sueca (SFS) prevé lo siguiente:

Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o lugar habitual de negocios en Suecia, las mismas podrán, en virtud de su relación comercial, mediante un acuerdo expreso de forma escrita, excluir o limitar la aplicación de las causas de nulidad de un laudo de la forma establecida en el artículo 34⁸

El texto del artículo 51 de la SFS limita la posibilidad de establecer un Acuerdo de Exclusión de forma restrictiva a las partes que tengan un domicilio o lugar habitual de negocios en el extranjero.

La disposición es clara respecto a la posibilidad de excluir alguna o todas las causales de nulidad bajo el artículo 34 de la SFS. En éste se prevé la exclusiva lista de causas de nulidad, mismas que son esencialmente similares a las enlistadas en la PILA suiza. El artículo 51 de la SFS no provee ninguna aclaración respecto de la posibilidad de celebrar un Acuerdo de Exclusión antes o después de que surja la controversia. Por lo tanto, es posible asumir que no hay limitación alguna en dicho rubro.

(iv) Bélgica

De acuerdo con el artículo 1718 del Código Judicial Belga:

Por medio de una declaración explícita en el acuerdo arbitral o por un acuerdo posterior, las partes podrán excluir cualquier posibilidad de anular un laudo arbitral, cuando ninguno de ellos tuviere su domicilio registrado, lugar principal de negocios o una sucursal regional en Bélgica.⁹

De forma muy similar a lo que ocurre en Suiza o Suecia, Bélgica permite los Acuerdos de Exclusión únicamente en el caso de que las partes tengan su principal asiento de sus negocios en el extranjero. El precepto también prevé la posibilidad de excluir todas las causales de nulidad antes o después del surgimiento de la controversia. Es también menester mencionar que Bélgica adoptó la Ley Modelo en 2013. Sin embargo, el legislador aún retuvo la mencionada previsión del Código Judicial. Por lo tanto, de modo distinto a otras legislaciones basadas en la Ley Modelo, en Bélgica el Acuerdo de Exclusión está permitido en la ley.

⁸ Traducción basada en la traducción al inglés hecha por la “Stockholm Chamber of Commerce.”

⁹ Traducción basada en la traducción al inglés hecha por el “Belgian Centre for Mediation and Arbitration”.

2. Estados que no lo Reconocen

Algunos Estados se han negado a dar efecto a los Acuerdos de Exclusión. Esto se ha dado más por la labor jurisprudencial que por virtud de actos legislativos.

(i) Estados Unidos

La Ley Federal de Arbitraje de los E.U.A. (la “LFA”) no se pronuncia sobre los Acuerdos de Exclusión. En casos previos, los tribunales estadounidenses han reconocido la renuncia al procedimiento de nulidad por acuerdo expreso.¹⁰ Por la misma razón, algunas decisiones permitieron a las partes acordar ampliaciones o una apelación completa a la parte sustantiva de la disputa en la etapa procesal de nulidad.¹¹ En contraste, en *Hoelt v. MVL Group* la Corte de Apelaciones de los E.U.A. sostuvo que la acción de nulidad prevista en la LFA no debe ser alterada por acuerdo de las partes.¹² Si la jurisprudencia de los tribunales inferiores ha sido contradictoria en los últimos años, la Corte Suprema de E.U.A. dio un paso hacia terminar con esta discrepancia. Decidió en el caso *Hall Street* que las causales de nulidad están obligatoriamente enlistadas y no pueden ser modificados por acuerdo de las partes.¹³ Desde entonces, los tribunales estadounidenses no dan efecto a ninguna modificación (por ejemplo, la exclusión o ampliación) de la acción de nulidad.

(ii) Inglaterra

La situación en Inglaterra es algo más compleja. El artículo 68 de las Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, estipula que los tribunales de apelación deben anular el laudo arbitral por motivos esencialmente similares a los establecidos por la PILA suiza (mencionados con anterioridad). Sin embargo, aparte de estas razones de anulación del laudo generalmente reconocidas, el artículo 69 prevé la apelación del laudo que conllevaría la nulidad, variación o remisión de éste con base en un error del tribunal arbitral en cuestión de derecho inglés. Los tribunales ingleses han permitido la renuncia por convenio a este derecho de apelar bajo el artículo 69¹⁴.

El Anexo I de la Ley de Arbitraje, la cual enumera exhaustivamente las disposiciones obligatorias de la ley (irrenunciables), al parecer incluye el artículo 68, pero no el artículo 69. Por lo tanto, las partes pueden renunciar a la apelación sólo por un error sustantivo en

¹⁰ *Aerojet Corporation v. AAA*, (1973) US 9th Circuit 478-F2d, 248; *Payne v. SS-Tropic Breeze*, (2008) US Court of 1st Circuit 423 F2d, 236.

¹¹ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012), 336.

¹² *Hoelt v. MVL Group* (2003) US 2nd Circuit 343-F3d, 60.

¹³ *Hall Street Associates LLC v. Mattel Inc.* (2008) US Supreme Court 128-1396.

¹⁴ *Shell Egypt West Manzala GMBH, Shell Egypt West Qantara GMBH v Dana Gas Egypt Limited*, Queens Bench Division Commercial Court 2097, (2009).

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

alguna cuestión de derecho inglés. Este enfoque se fundamenta en el texto del artículo 69, que inicia con las palabras: “salvo pacto en contrario de las partes”. Por el contrario, los tribunales ingleses revisarán obligatoriamente el cumplimiento de los motivos enlistados en el artículo 68, independientemente de cualquier acuerdo en contrario de las partes. Así, Inglaterra no permite el Acuerdo de Exclusión en las causales de anulación más comúnmente aceptadas. Por este motivo, se considerará como Estado que no lo Reconoce.

Cabe destacar que Singapur ha adoptado un enfoque similar. La revisión sustantiva bajo el artículo 49.1 de la Ley de Arbitraje puede ser excluida en virtud del acuerdo entre las partes, mientras que las causales no sustantivas de la apelación son consideradas como irrenunciables.¹⁵

3. Jurisdicciones basadas en la Ley Modelo

El artículo 34 de la Ley Modelo enlista las causales de nulidad. La ley en sí no contiene ninguna disposición en cuanto a la posibilidad de excluir la aplicación del artículo 34. La práctica judicial desarrollada en las jurisdicciones más importantes que toman como base la Ley Modelo muestra la existencia de discrepancias al respecto.

En 1998, la Corte de Ontario (una provincia canadiense que ha adoptado la Ley Modelo) tuvo que hacer frente al reto del laudo arbitral dictado en Canadá entre una empresa de Hong-Kong y una empresa canadiense¹⁶. La cláusula de arbitraje contenía la renuncia a la posibilidad de recurrir a cualquier forma de apelación de un laudo. El tribunal destacó que el acuerdo de las partes debe tener plena vigencia, a menos que contradiga alguna de las disposiciones de la ley procesal del arbitraje. Después de analizar el texto del artículo 34 de la Ley de Arbitraje de Ontario, mismo que refleja el contenido del artículo 34 de la Ley Modelo, la corte llegó a la conclusión de que la disposición no era obligatoria y podría ser excluida por acuerdo de las partes. Mediante esta decisión, la corte permitió el Acuerdo de Exclusión sin tener disposición concreta en la ley. Algunos otros estados que toman como base la Ley Modelo, como Rusia¹⁷ y Túnez¹⁸ recientemente han seguido el criterio.

Los tribunales de otras jurisdicciones basadas en la Ley Modelo han llegado a una conclusión diametralmente opuesta al interpretar la misma disposición. En 2004, un tribunal de Nueva Zelanda concluyó que las partes no podían renunciar o limitar la acción de nulidad prevista en el artículo 34, ya que no había ninguna disposición legal que les

¹⁵ *Daimler South East Asia Pte Ltd v. Front Row Investment Holdings (Singapore) Pte Ltd*, Singapore High Court 157 (2012).

¹⁶ *Noble China Inc. v Lei*, Ontario Court 42.3d (1998), 69.

¹⁷ Federal Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow District, Caso No. A40-124999/12-50-1261 (2013); Ver también Caso No. A40-124996/12-143-588 (2013) Citado en “Debevoise & Plimpton Arbitration Quarterly” (September 2013)15.

¹⁸ Chalghoum, ‘The Judicial Annulment of the Arbitral Award in Light of Islamic Law’, *Kluwer Arbitration, International Journal of Arab Arbitration* Volumen 4, Tomo 1, (2012), 10.

permita hacerlo. El tribunal analizó cuidadosamente la redacción del artículo 34 y destacó que no permite modificaciones por acuerdo de las partes.¹⁹

En vista de que los Estados que han adoptado Ley Modelo asumen distintas interpretaciones del artículo 34, algunos de ellos deberán ser considerados Estados que Reconocen y otros más Estados que no Reconocen los Acuerdos de Exclusión

B. VALIDEZ Y FORMA DE LOS ACUERDOS DE EXCLUSIÓN

Los Estados que Reconocen los acuerdos de Exclusión establecen requisitos de validez para los mismos. En primer lugar, la exigencia de ser expreso, será un tema a discutir (1), en segundo lugar, se examinará el enfoque de los Estados que Reconocen, frente a los Acuerdos de Exclusión contenidos en diversos reglamentos de arbitraje de instituciones (2).

1. Requisito de ser expreso

La mayoría de los Estados que Reconocen requieren que el Acuerdo de Exclusión se estipule de manera inequívoca. El Tribunal Federal Suizo se ha negado a dar efecto al Acuerdo Exclusión que simplemente indica que el laudo será definitivo.²⁰ El Tribunal sostuvo que los laudos arbitrales son definitivos en el sentido de que no son susceptibles de recurso en apelación en lo sustantivo. Por lo tanto, según el Tribunal Federal Suizo, la referencia a la definitividad no impide la revisión para la anulación.

Por el contrario, Tribunal Federal Suizo dio cumplimiento al Acuerdo de Exclusión previamente pactado en otro caso. El acuerdo era el siguiente:

Ninguna de las partes tendrá derecho a apelar el laudo ante algún tribunal de justicia.
Ninguna de las partes deberá llevar a consideración de cualquier tribunal de justicia cualquier disputa que surja de este acuerdo, a excepción de la ejecución del laudo arbitral.²¹

De acuerdo con el Tribunal Federal, las partes habían hecho un hincapié suficientemente claro sobre la exclusión de la participación del tribunal en cualquier procedimiento, incluyendo la acción de nulidad. El requisito similar de ser explícito ha sido adoptado por otros Estados que reconocen dichos pactos como Australia.²²

¹⁹ *Methanex Motomui v. Joseph Spellman*, (2004) NZ Court of Appeal 171/03.

²⁰ *X v. YAY - Holding BV*, Tribunal Federal Suizo, 4A_256/2009 (2010), 2.2, disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

²¹ *X v. Z*, Swiss Federal Tribunal 4A_238, (2013), 2.2, disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

²² Ver: *Am Diagnostica Inc. v. Gradipore Ltd*, (1999) Supreme Court of NSW, at XXIVa Yearbook of Commercial Arbitration 574.

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

Como se señaló anteriormente, Inglaterra permite los Acuerdos de Exclusión sólo en la revisión sustantiva de los laudos arbitrales. Curiosamente, los tribunales ingleses no requieren el mismo nivel de explicitud para asumir la renuncia a dicha apelación. Los tribunales ingleses se abstienen de la revisión de errores del tribunal de arbitraje en materia de derecho sustantivo inglés, si las partes simplemente acuerdan que el laudo arbitral es definitivo²³. Tal enfoque es explicado por el significado común y corriente de la palabra “final”. Como ha subrayado el Tribunal Federal Suizo, la referencia a la definitividad conlleva que no haya recuso en cuanto al fondo. . Por lo tanto, la indicación de la naturaleza final del laudo, de hecho, prohíbe a los tribunales ingleses la supervisión de errores del tribunal arbitral sobre cuestiones de derecho inglés.

Sin embargo, en cuanto a la anulación por razones por causales procesales la regla es requerir que el Acuerdo de Exclusión sea expresado de manera concreta. Por lo tanto, el enfoque dominante de la mayoría de los Estados que Reconocen es adherirse únicamente a la indicación expresa de excluir el papel de supervisión de la corte de anulación.

2. Reglas Institucionales que Incorporan al Acuerdo de Exclusión

Algunas reglas institucionales incorporan Acuerdos de Exclusión. Las Reglas CCI 2012 son representativas de esto. Su Artículo 34.6 establece que:

Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.

Asimismo, el artículo 26.9 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*) establece que:

[...] Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo [...]. Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia puede ser válidamente realizada.²⁴

²³ *Sanghi Polyesters Ltd v. KCFC* (2001) 1 Reporte 480 de Loyd; *Lesotho Highland Development Authority v. Impreglio SpA* (2005) UKLH, 43.

²⁴ En la reciente propuesta de modificación de las Reglas de la LCIA esta disposición es ligeramente modificada. Por tanto, la modificación afecta el último párrafo del artículo 26.8 (actualmente, artículo 26.9), el cual ahora se dice lo siguiente: “mientras dicha renuncia no esté prohibida bajo la ley aplicable”. Se infiere que dicha redacción intenta abarcar las jurisdicciones, que ni restringen, ni expresamente admiten los Acuerdos de Exclusión. El texto de la modificación que se propone, está disponible en <<http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=336>>.

Otras reglas institucionales no tan importantes también incorporan disposiciones para efectos similares.²⁵

El texto de dichas disposiciones es suficientemente explícito y debe interpretarse como un Acuerdo de Exclusión. Sin embargo, los tribunales de la mayoría de Estados que Reconocen todavía tienen que evaluar si la mera referencia a tales reglamentos institucionales demuestra la clara intención de las partes a renunciar a su derecho a una acción de nulidad.

Sea ha reportado de que el Tribunal Federal Suizo recientemente se negó a considerar que la referencia al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como un Acuerdo de Exclusión válido.²⁶ Vale la pena señalar que la misma disposición estaba presente en el Reglamento anterior de la CCI de 1998. A través de los años, los tribunales de los principales Estados que Reconocen los Acuerdos de Exclusión, como Suiza o Francia, no han interpretado la mera referencia a al Reglamento de la CCI como una prueba válida de la intención de las partes para celebrar el Acuerdo de Exclusión.

Excepcionalmente, el *Arbitrazh* Federal Ruso ha concluido recientemente que la indicación a la definitividad del laudo en el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje Comercial (*International Commercial Arbitration Court "ICAC"*) es suficiente para demostrar la intención de las partes de excluir la acción de nulidad.²⁷ El texto del artículo 44 de las reglas de la CIAC establece lo siguiente: "Un laudo emitido por la CIAC deberá ser definitivo y vinculante desde su fecha de emisión". Sin embargo, el mencionado caso del *Arbitrazh* ruso no expresa la opinión final en la jurisprudencia de Rusa. La disposición de las normas de la CIAC, no ha sido interpretada de manera similar en muchas otras decisiones del *Arbitrazh*. La redacción de la disposición de las Reglas del CIAC es incluso menos dura que las disposiciones contenidas en los Reglamentos de la CCIoo de la LCIA. No se estipula claramente la renuncia a recurrir a los tribunales, sino simplemente incluye una indicación sobre la definitividad del laudo. De acuerdo con la mencionada opinión del Tribunal Federal Suizo, la definitividad es simplemente una característica habitual del laudo arbitral y de ninguna manera denota una intención de las partes de excluir la acción procesal de nulidad²⁸. En consecuencia, dicho enfoque desarrollado recientemente por los tribunales rusos es algo idiosincrásico y no debe ser favorecido.

Cabe concluir que, en su mayor parte, los Estados que Reconocen los Acuerdos de Exclusión son reacios a poner en práctica dichos acuerdos incorporados en las normas institucionales de arbitraje.

²⁵ Ver: CEPANI Rules, Article 24.2.

²⁶ Strik, 'Un número creciente de países que permiten los acuerdos de exclusión con respecto a la anulación garantiza un mayor escrutinio de las cláusulas de arbitraje', [2013] *Linklaters LLP*, 3.

²⁷ Federal *Arbitrazh* (Commercial) Court of Moscow District, case No. A40-124999/12-50-1261 (Febrero 7, 2013).

²⁸ *X v. YAY- Holding BV*, Swiss Federal Tribunal, 4A_256/2009 (2010), 2.2, disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

Por otro lado, no es de extrañarse que los Estados que no los Reconocen, que conceden validez sólo a la renuncia a la revisión sustantiva, (como Inglaterra²⁹ y Singapur³⁰) consideren la mera referencia a esas reglas institucionales suficiente para abstenerse de controlar el laudo en cuestión de derecho. Esto se explica por los requisitos de validez significativamente más suaves que plantea para la renuncia en aquellas jurisdicciones en comparación con los criterios de explicitud legalmente consagrados en los Estados que reconocen a los Acuerdos de Exclusión.

C. GRADO DE CONTROL EFECTUADO POR LOS ESTADOS QUE RECONOCEN LOS ACUERDOS DE EXCLUSIÓN

Los Estados que reconocen los Acuerdos de Exclusión conservan el control sobre las actuaciones arbitrales en dos aspectos. En primer lugar, los tribunales comprueban la existencia y la validez del Acuerdo de Exclusión, y en segundo, la revisión de los laudos arbitrales en fase de ejecución (en un caso poco probable donde una de las partes busca la ejecución del laudo en el territorio del Estado Sede³¹).

Como puede observarse, los tribunales de los Estados que reconocen los Acuerdos de Exclusión se han negado a dar cumplimiento a dichos acuerdos cuando son redactados sin claridad. Al decidir si desechan o nola solicitud de nulidad bajo las causales de existencia del Acuerdo de Exclusión, los tribunales tendrán que asegurarse de que tal acuerdo es celebrado válidamente. En esta etapa se emplearán el estándar de revisión completa en contraposición a un examen *prima facie* realizado por algunos tribunales en la fase primaria para la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje.³²

En ese sentido, como fue resuelto recientemente por el Tribunal Federal Suizo, el alcance *ratione personae* del Acuerdo de Exclusión también será fijado por el tribunal, cuando el laudo dictado afecta a terceros.³³ También, esto incidentalmente implica el control sobre el alcance del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, esto no significa que el tribunal se niegue a dar efecto al Acuerdo de Exclusión. Más bien, el examen se lleva a cabo con el único propósito de determinar si el Acuerdo de Exclusión vincula a terceros.

²⁹ *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA & Others*, House of Lords 43, (2005).

³⁰ *Daimler South East Asia Pte Ltd v. Front Row Investment Holdings (Singapore) Pte Ltd*, Singapore High Court 157 (2012).

³¹ La ejecución en el Estado Sede se vislumbra poco probable debido a que las partes en el arbitraje internacional suelen elegir una sede neutral, donde no se lleven a cabo negocios. Por lo tanto, es menos probable que los activos exigibles se encuentren en el Estado Sede.

³² *Foundation M. v. Banque X*, Swiss Federal Tribunal 122_III (1996), 139; Gaillard, Banifatemi, 'Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators', en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (Editado por Gaillard, Di Pietro) Cameron May, 257 (2008), 261.

³³ *A.Xa v. B.y*, Swiss Federal Tribunal 4A-631, (2011), disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

La segunda característica importante de control es que las leyes arbitrales de los Estados que Reconocen, introduzcan un régimen especial de ejecución de los laudos dictados en el procedimiento arbitral donde el Acuerdo de Exclusión ha estado presente. El artículo 192.2 de la PILA suiza establece que:

Si las partes han renunciado totalmente al recurso de nulidad contra los laudos y si los laudos serán ejecutados en Suiza, la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aplica por analogía.

Disposiciones similares están presentes en la ley de arbitraje francés y en la sueca.³⁴ A pesar de que el laudo es resuelto en el territorio del Estado que Reconoce, los tribunales lo tratan como laudo extranjero para efectos de su ejecución. Por lo tanto, el cumplimiento de las causales copiadas de la Convención de Nueva York serán examinadas antes de resolver respecto de la ejecutabilidad del laudo arbitral. Del mismo modo, en Bélgica, el laudo es en todo caso revisado bajo causales similares a las contenidas en la Convención de Nueva York, independientemente de si el laudo fue emitido en Bélgica o en el extranjero.³⁵ Esta característica hace que la existencia del Acuerdo de Exclusión sea irrelevante para propósitos de la ejecución.

Como consecuencia de ello, en todo Estado que Reconoce, los laudos alcanzarán poder coercitivo sólo después de ser examinados bajo causales similares a las previstas en la Convención de Nueva York. Como se discute abajo (Sección II.B) dicho control en la fase de ejecución puede desempeñar un papel importante para evitar la responsabilidad del Estado que Reconocen en términos de los estándares de equidad procesal equidad.

II. POSIBLE CONFLICTO CON LA EQUIDAD PROCESAL

Los Estados supervisan los procedimientos que se desarrollan en su territorio como parte de su deber de garantizar la equidad procesal. Se puede argumentar que en virtud de la aplicación de los acuerdos de exclusión y por lo tanto la renuncia a su papel de supervisión sobre el procedimiento arbitral, el Estado que Reconoce compromete el acceso a la justicia imparcial.

Esta segunda parte del artículo examinará, en primer lugar, las normas de equidad procesal aplicables en los procedimientos de arbitraje internacional (A), en segundo lugar, se analizará si el Estado puede ser considerado responsable por no garantizar el cumplimiento de las normas de equidad procesal en el procedimiento arbitral (B).

³⁴ Código Francés de Procedimientos Civiles, Artículo 1522; SFS, sección 51;

³⁵ Código Judicial de Bélgica Artículo 1719.1.

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

A. ESTÁNDARES DE EQUIDAD PROCESAL EN EL ARBITRAJE

La aplicación de las normas de equidad procesal en el arbitraje internacional se deriva de la Convención de Nueva York y de las legislaciones nacionales. Cuando la primera establece un estándar mínimo por debajo del cual la ejecución del laudo podría ser denegada, las segundas prevén los requisitos impuestos como tema de regulación doméstica. Está fuera del ámbito de este artículo realizar un análisis comparativo de los enfoques adoptados por las distintas jurisdicciones. Bastaría con mencionar, en general, la siguiente lista no exhaustiva de los principios de equidad procesal:

Igualdad de armas - Denota la igualdad de trato de las partes por el tribunal arbitral. Ambas partes deben gozar de una igual oportunidad para presentar su caso y el tribunal no tomará decisiones en forma parcial.

Derecho a ser oído - Estrechamente vinculada al principio anterior, se trata de una garantía esencial para que las partes presenten su caso. El tribunal tiene la obligación de dar oportunidad a las partes de formular observaciones sobre las cuestiones planteadas en el procedimiento por un tercero o por el propio tribunal. Un ejemplo de la grave violación del derecho a ser oído sería la falta negligente del tribunal de notificar a una parte sobre la fecha o el lugar de las actuaciones programadas.

Independencia e Imparcialidad - Protege a las partes frente al tribunal que es parcial y/o carece de independencia.³⁶ La consecuencia más evidente de la norma es el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa.

Ausencia de Resoluciones Ultra/Infra Petita- en virtud de este principio, el tribunal no está autorizado a decidir sobre reclamaciones no planteadas por cualquiera de las partes o de dejar cualquiera de los agravios resolver.

Dichos principios de equidad procesal a menudo implican garantías procesales obligatorias, que existen independientemente del acuerdo de las partes.³⁷

B. POSIBILIDAD DE INVOCAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Al celebrar un Acuerdo de Exclusión, las partes no renuncian a la aplicación de los principios de equidad procesal. Dichos acuerdos simplemente excluyen el control del Estado Sede sobre el cumplimiento de dichas normas. Se plantea la cuestión de si los Estados que Reconocen, incumplen su deber de garantizar la equidad procesal, dando cumplimiento a los Acuerdos de Exclusión. Con el fin de responder a esta pregunta, primero debe ser examinado en qué medida, en todo caso, es el Estado el responsable de garantizar las

³⁶ IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration, Council of the International Bar Association (22 May 2004).

³⁷ Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, (Kluwer Law International 2012) 318.

normas de equidad procesal dentro del procedimiento arbitral (1), y posteriormente, se debe discutir si los Estados que Reconocen, de hecho, cumplen con dicho deber (2).

1. Obligación del estado de garantizar la equidad procesal en el arbitraje

Los Estados tienen numerosas obligaciones en cuanto a derechos humanos relacionadas con el acceso a la justicia. El sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos del sistema (“CEDH”), establece la práctica más completa en este sentido. El Artículo 6.1 del CEDH establece que en la determinación de “los derechos y obligaciones de carácter civil”, toda persona tiene derecho a un juicio justo en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. En general, un Estado firmante del CEDH es responsable de garantizar el cumplimiento de esta norma en sus tribunales nacionales. También es cierto que la conducta del tribunal arbitral no es atribuible al Estado.³⁸ Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (la “Comisión”) ha señalado que:

Debe tenerse en cuenta el marco legislativo, con el fin de determinar si los tribunales nacionales conservan cierto grado de control de los procedimientos de arbitraje y si el control se ejerce adecuadamente en el caso concreto.³⁹

La Corte Europea de Derechos Humanos (la “Corte de Estrasburgo”) llegó a la misma conclusión en el caso *Suovaniemi*.⁴⁰ El solicitante (Sr. Suovaniemi) argumentó que Finlandia violó el artículo 6.1 del CEDH, al negarse a anular el laudo arbitral dictado por un tribunal supuestamente parcial. Finlandia respondió que las irregularidades del procedimiento en los juicios arbitrales no podrían haber comprometido la responsabilidad del Estado Sede. La Corte de Estrasburgo rechazó este razonamiento y destacó que los Estados, antes de dar el poder coercitivo al laudo arbitral, tienen que asegurarse de que el laudo arbitral se produjo como resultado de procedimientos que se ajusten a las normas imperativas del procedimiento⁴¹.

Dichas normas imperativas han sido identificadas caso por caso por la Corte de Estrasburgo. Sin embargo, la jurisprudencia de la CEDH está dirigida al público en general. Por el contrario, los usuarios más prominentes de arbitraje internacional son las corporaciones comerciales. Cuando en un acuerdo entre empresarios existe una renuncia expresa al derecho a solicitar la nulidad del posible laudo arbitral, lo más probable es que las partes han previsto bien todas las posibles consecuencias.⁴² Por lo tanto, lo que es

³⁸ Kuijer, *Applicability of Article 6 ECHR at The Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of Requirements of Article 6 ECHR*, [2004] Wolf Legal Publishers, 29.

³⁹ *Nordstrom-Janzon v. The Netherlands* European Commission of Human Rights, (Application No 28101), 95.

⁴⁰ *Suovaniemi v. Finland*, (1999) ECHR 31737/96.

⁴¹ Landrove, ‘European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration’ [2006] 84.

⁴² Ver: Thomas Schultz, ‘Human rights: a speed bump for arbitral procedures? An Exploration of Safeguards

Renuncia al derecho a impugnar el laudo arbitral
David Khachvani

norma imperativa para el público en general, puede considerarse perfectamente renunciable para hombres de negocios informados. En cualquier caso, este factor no suprime la obligación del Estado de vigilar el cumplimiento de los procedimientos arbitrales con las normas mínimas de equidad procesal. Simplemente llama a establecer un umbral inferior para accionar ese derecho.

Por lo tanto, antes de dar el efecto coercitivo al laudo arbitral, los Estados tienen que garantizar que el laudo se ha obtenido a través de un proceso llevado a cabo en cumplimiento de las normas básicas de equidad procesal.⁴³

2. Cumplimiento del deber de garantizar la equidad procesal

Se podría argumentar que, al dar cumplimiento a los acuerdos de exclusión y por lo tanto negar la verificación del cumplimiento de las normas de procedimiento imperativas, el Estado que Reconoce, viola el artículo 6 del CEDH. Esto sería cierto si los Estados que Reconocen no retuvieran un instrumento muy importante de control. Es decir, como se mencionó anteriormente (Sección I.C), la legislación de los Estados que Reconocen equiparan el laudo dictado en el procedimiento, donde existe un Acuerdo de Exclusión, a un laudo extranjero. Por lo tanto, antes de que se ejecute en el territorio de dicho Estado, el laudo se someterá al control de las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la Convención de Nueva York. La Convención de Nueva York, abarca esas normas mínimas de equidad procesal que deben ser observadas por el Estado en el marco de sus obligaciones de derechos humanos.

El Tribunal Federal Suizo recientemente tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad del artículo 192.1 de la PILA con las normas del CEDH⁴⁴. El Tribunal subrayó que efectivamente es necesario para garantizar el cumplimiento de las normas imperativas del CEDH antes de dar efecto coercitivo al laudo arbitral. Sin embargo, según el Tribunal, la PILA todavía proporciona el suficiente grado de control sobre el proceso, asegurando que el laudo generado en dichos procedimientos se revisará con los parámetros de la Convención de Nueva York antes de ser ejecutado. Por lo tanto, el Tribunal Federal Suizo rechazó la alegación de incompatibilidad con el artículo 6 del CEDH.

Por lo tanto, el control retenido sobre los laudos arbitrales en fase de ejecución por parte de los Estados que Reconocen, ha sido considerado como factor esencial para evitar la responsabilidad internacional por la violación del derecho fundamental a la equidad procesal. Sin embargo, hay casos en que la ejecución de la sentencia no está en juego. Como se ha descrito anteriormente, si las pretensiones de la demandante son desestimadas

in the acceleration of Justice,' [2006] IALR 9(1), 8-23.

⁴³ David Harris, Michael O'Boyle, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, Second Edition 2009), 203.

⁴⁴ *X v. Z*, Swiss Federal Tribunal 4A_238, (2013), 2.2. disponible en <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

por el tribunal arbitral, en violación a los principios fundamentales de equidad procesal (por ejemplo, la realización de la audiencia sin enviar la notificación al demandante, la participación en actos de corrupción, etc) la única opción para el demandante es impugnar la decisión en los tribunales del Estado Sede bajo un procedimiento de anulación. En caso de que las partes hayan suscrito el Acuerdo de Exclusión se hace imposible para los demandantes defenderse con eficacia de graves violaciones de sus derechos a un juicio justo. Obviamente, no habrá ninguna acción de ejecución disponible para las reclamaciones desestimadas. El laudo va a adquirir el efecto de cosa juzgada y la demandante se verán obligados a abandonar sus pretensiones, sin tener oportunidad de presentar adecuadamente su caso. Esta difícil situación crea el riesgo de que los Estados que Reconocen esten en violación de su deber de garantizar el nivel mínimo de equidad procesal. En todos los demás casos, los Estados que Reconocen permanecen en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos, al retener los medios esenciales de control sobre la ejecución de laudos arbitrales.

III. CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones pueden ser obtenidas del resumen del presente artículo.

1. Numerosas jurisdicciones clave en materia de arbitraje reconocen y dan efecto a los Acuerdos de Exclusión;
2. Dichos Estados que Reconocen, aún conservan un grado de control sobre los procedimientos arbitrales al menos en dos aspectos:
 - (a) Los tribunales revisan la existencia y validez de los Acuerdos de Exclusión;
 - (b) El laudo producto de dichos procedimientos tiene el trato de laudo extranjero y debe ser revisado a la luz de la Convención de Nueva York antes de darle un efecto coercitivo.
3. Generalmente, los Estados pueden incurrir en responsabilidad en materia de derechos humanos si dan efecto coercitivo a un laudo arbitral resultado de un procedimiento inequitativo - i.e. los procedimientos en violación a los estándares y principios de equidad procesal;
4. Debido al grado de control sobre la ejecución de laudos arbitrales que es retenida por Estados que Reconocen, éstos generalmente cumplen sus obligaciones en materia de derechos humanos, así como sus posibles consideraciones de orden público.
5. No obstante, en el remoto caso de que el tribunal arbitral desechara los agravios en violación a los principios fundamentales de equidad procesal, el Estado que Reconoce deja dicha inconformidad sin una acción adecuada. En este punto, la responsabilidad internacional del Estado de garantizar el derecho a un juicio justo, puede ser invocada.