

SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO 4A 422/2021, DE 14 DE OCTUBRE

TOMÁS NAVARRO BLAKEMORE

MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep, Ginebra/Madrid

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 215-222

Resumen: La sentencia 4A_422/2021, de 14 de octubre de 2021, es la primera decisión del Tribunal Federal suizo en un recurso de revisión de laudo arbitral tras la entrada en vigor, en enero de 2021, de las últimas modificaciones a la Ley suiza de arbitraje internacional [el capítulo 12 de la Ley suiza de Derecho internacional privado (LDIP)]. La revisión de un laudo arbitral, recurso extraordinario distinto del recurso en anulación, consistía en un mecanismo aceptado gracias a la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo, pero no quedaba reflejado en la Ley suiza de arbitraje internacional. En esta decisión, el Tribunal Federal concluye que el recurso de revisión es «manifiestamente inadmisibles», ya que los supuestos nuevos hechos alegados ya habían sido mencionados durante el procedimiento arbitral y, además, no cumplen con el criterio de «pertinentes». La introducción expresa del mecanismo de la revisión en la Ley suiza de arbitraje internacional, el 1 de enero de 2021, con el nuevo art. 190a LDIP, no produce ningún cambio en la práctica judicial. El Tribunal Federal confirma con esta decisión su criterio restrictivo que había venido aplicando a la hora de admitir un recurso de revisión. Así, la comunidad arbitral suiza tendrá que seguir operando bajo los mismos criterios establecidos hasta la fecha.

Abstract: The Swiss Federal Tribunal decision 4A_422/2021 of 14 October 2021 is the first decision upon a revision application of an arbitral award after the entry into force in January 2021 of the amendments to the Swiss International Arbitration Act [Chapter 12 of the Swiss Private International Law Act (PILA)]. The revision of an arbitral award, an extraordinary remedy distinct from a setting-aside application, was already a possible remedy following the Swiss Federal Tribunal jurisprudence constante even if not expressly stipulated in the Swiss International Arbitration Act. In this decision, the Swiss Federal Tribunal concludes that the application for review is «manifestly inadmissible» as the alleged new facts had already been mentioned during the arbitral proceedings and, moreover, did not meet the criterion of «relevant». The express introduction of the review remedy in the Swiss International Arbitration Act on 1 January 2021 with the new Art. 190a PILA does not bring about any change in judicial practice, the Federal Court confirming with this decision its restrictive criterion that it had been applying when admitting an application for review. Thus, the Swiss arbitration community will have to continue to operate under the same criteria established to date.

Palabras clave: Suiza – Laudo arbitral – Revisión – Deber de curiosidad.

Keywords: Switzerland – Arbitral award – Revision – Duty of curiosity.

SUMARIO: I. EXTRACTO. II. ANTECEDENTES. III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN. IV. COMENTARIO. 1. *El recurso de revisión en la Ley suiza de arbitraje internacional.* 2. *La sentencia 4A_422/2021.*

I. EXTRACTO

[...]

4.3. *Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire compétente pour connaître d'une demande de révision visant une sentence arbitrale internationale et la procédure est régie par l'art. 119a LTF (art. 191 LDIP).*

4.4. *Aux termes de l'art. 190a al. 1 let. a LDIP, une partie peut demander la révision d'une sentence si elle découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'a pu invoquer dans la procédure précédente bien qu'elle ait fait preuve de la diligence requise; les faits ou moyens de preuve postérieurs à la sentence sont exclus. Une demande de révision fondée sur l'art. 190a al. 1 let. a LDIP obéit aux mêmes conditions que celle introduite sur la base de l'art. 123 al. 2 let. a LTF. En effet, la formulation de l'art. 190a al. 1 let. a LDIP correspond, en substance, à celle de l'art. 123 al. 2 let. a LTF. Aussi peut-on se référer à la jurisprudence relative à la disposition précitée de la LTF.*

4.4.1. *La révision pour le motif tiré de la découverte de faits nouveaux suppose la réalisation de cinq conditions: 1° le requérant invoque un ou des faits; 2° ce ou ces faits sont «pertinents», dans le sens d'importants, c'est-à-dire qu'ils sont de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de la décision et à conduire à une solution différente en fonction d'une appréciation juridique correcte; 3° ces faits existaient déjà lorsque la décision a été rendue: il s'agit de pseudo-nova, c'est-à-dire de faits antérieurs à la décision ou, plus précisément, de faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de fait étaient encore recevables; 4° ces faits ont été découverts après coup; 5° le requérant n'a pas pu, malgré toute sa diligence, invoquer ces faits dans la procédure précédente (ATF 147 III 238 consid. 4.1; 143 III 272 consid. 2.2 et les références). Il faut conclure à un manque de diligence lorsque la découverte d'éléments nouveaux résulte de recherches qui auraient pu et dû être effectuées dans la procédure précédente. On admettra avec retenue l'existence de motifs excusables, car la révision ne doit pas servir à remédier aux omissions de la partie requérante dans la conduite du procès (arrêt 4A_36/2020 du 27 août 2020 consid. 3.2.1 et les références).*

4.4.2. *La demande de révision doit être déposée devant le Tribunal fédéral, sous peine de déchéance, dans les 90 jours qui suivent la découverte du motif de révision (art. 190a al. 2 LDIP). Il s'agit là d'une question qui relève de la recevabilité, et non du fond. La découverte du motif de révision implique que le requérant a une connaissance suffisamment sûre du fait nouveau pour pouvoir l'invoquer, même s'il n'est pas en mesure d'en apporter une preuve certaine; une simple supposition ne suffit pas. Il appartient au requérant d'établir les circonstances déterminantes pour la vérification du respect du délai (arrêts 4A_247/2014 du 23 septembre 2014 consid. 2.3; 4A_570/2011 du 23 juillet 2012 consid. 4.1).*

[...]

II. ANTECEDENTES

El litigio surge a raíz de un contrato de compraventa de acciones de una empresa suiza entre una empresa británica (la «Vendedora») y un individuo residente en Suiza (el «Comprador»). Se inició un arbitraje con sede en Ginebra y, el 29 de octubre de 2020, el tribunal arbitral dictó laudo final a favor de la Vendedora. El laudo final no fue objeto de recurso de anulación por parte del Comprador.

El 3 de septiembre de 2021, cerca de un año después de haberse dictado el laudo, el Comprador presentó una solicitud de revisión del laudo arbitral, sobre la base del art. 190a (1)(a) de la Ley federal suiza sobre Derecho internacional privado (LDIP). El Comprador alegó que existía una situación de conflicto de interés de los abogados de la Vendedora, quienes desde octubre de 2019 asumían la defensa de intereses opuestos: los de la Vendedora, los de la empresa suiza objeto del contrato de compraventa y sus filiales, así como los de los antiguos miembros del consejo de administración de la empresa suiza y sus filiales.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

En su decisión, el Tribunal Federal precisó que toda solicitud de revisión requiere de la concurrencia de determinadas condiciones:

- El solicitante debe invocar uno o varios hechos;
- Los hechos deben ser «pertinentes», de manera que puedan alterar el marco fáctico en que se basa el laudo y conducir al tribunal arbitral a una solución diferente;
- El solicitante no debe haber podido, desplegando la diligencia debida, invocar estos hechos durante el procedimiento arbitral (tal vez por ser posteriores o haberse descubierto después del laudo). El Tri-

bunal Federal insiste en que esta condición debe concurrir de manera estricta, con el fin de evitar que la revisión sea un mecanismo para aquellas solicitantes de remediar sus omisiones durante el procedimiento arbitral.

Además, recuerda el Tribunal Federal, la solicitud de revisión tiene que presentarse ante el Tribunal Federal dentro del plazo de noventa días desde el descubrimiento del motivo que legitima la revisión. Pasado este plazo, la solicitud quedará inadmitida e incumbe al propio solicitante demostrar que cumple con tal plazo.

En su análisis de hechos probados durante el procedimiento arbitral, el Tribunal Federal consideró que el Comprador tuvo conocimiento del supuesto conflicto de interés durante la celebración de la vista arbitral el 13 de marzo de 2020 y, por ende, durante el procedimiento arbitral. Sin embargo, el conocimiento de este hecho no suscitó reacción alguna por parte del Comprador, de tal manera que el Tribunal Federal concluye que la solicitud de revisión es «manifiestamente inadmisibles» e incompatible con el principio de la buena fe. Finalmente, el Tribunal Federal apunta que el Comprador tampoco motiva suficientemente que el supuesto conflicto de interés sea «pertinente» y pueda haber alterado el marco fáctico sobre el que se basa el laudo, llevando al tribunal arbitral a dictar una solución diferente.

IV. COMENTARIO

1. EL RECURSO DE REVISIÓN EN LA LEY SUIZA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Bajo la Ley suiza de arbitraje internacional, la revisión de un laudo arbitral constituye un mecanismo diferente al del recurso de anulación de laudos internacionales; un mecanismo al que se puede recurrir únicamente cuando una parte descubre *a posteriori* hechos pertinentes o medios de prueba concluyentes que no podían haberse invocado durante el procedimiento arbitral a pesar de haber actuado con la debida diligencia¹.

1. El mecanismo de revisión también existe, por ejemplo, en Colombia [art. 45 de la Ley 1563/12 (para arbitrajes domésticos), Costa Rica (art. 72 del Código procesal civil), España (art. 43 de la Ley de Arbitraje), Francia (arts. 595, 1502 y 1506 del *Code de procédure civile*), Italia (art. 395 del *Codice di procedura civile*), Países Bajos (art. 1068 del código de procedimiento civil) y Portugal (art. 696 del *Código de Processo Civil*)]. No es el caso en países como Argentina, Inglaterra o Alemania, entre otros. Para más detalles sobre la revisión de laudos arbitrales en Suiza, ver Kunz, C. A., «*Revision of Arbitral Awards in Switzerland: An Extraordinary Tool or Simply a Popular Chimera? A Review of Decisions Rendered by the Swiss Supreme Court on Revision Requests over the Period 2009-2019*», en *ASA Bull.*, 2020, pp. 6-31; Stirnimann Fuentes, F. X., «*Chapter 13: Revision of Awards*», en Arroyo, M., (Ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Second Edition)*, 2018, pp. 1347-1366; y Voser, N. y George, A., «*Revision of Arbitral Awards*», en Tercier, P., (Ed.), *Post Award Issues, ASA Special Series*, 2011, p. 43.

La excepcionalidad de la revisión del laudo arbitral había sido confirmada por el Tribunal Federal suizo en numerosas ocasiones, aplicando, antes de la introducción del nuevo art. 190a LDIP en 2021, las disposiciones de la Ley del Tribunal Federal suizo (arts. 123 y 124 LTF)². El Tribunal Federal había establecido en 1992 que la LDIP contenía una *lacuna*-y no un mero silencio de ley- con respecto a la revisión de laudos arbitrales internacionales, y que la ausencia de tal mecanismo supondría una «clara violación de los principios fundamentales del procedimiento»³.

A pesar de ello, la revisión sigue siendo un recurso excepcionalmente utilizado y admitido. Así lo demuestran las estadísticas: sobre unos cuarenta casos entre 1992 y 2019, el Tribunal Federal solo admitió un recurso de revisión en tres ocasiones⁴. Una reciente decisión del Tribunal Federal en 2020⁵ –sobre el extraordinario caso del nadador chino Sun Yang y las declaraciones del presidente del tribunal arbitral descubiertas después de la emisión del laudo–, admitiendo la revisión, ha sido clave para la reciente revitalización de este mecanismo y, sobre todo, para que el Tribunal Federal atenúe ligeramente su práctica restrictiva sobre la debida diligencia y el deber de curiosidad que incumbe a la solicitante respecto de los hechos nuevos descubiertos⁶.

Dicho esto, la revisión también gana protagonismo en Suiza con su incorporación expresa en la Ley suiza de arbitraje internacional, con el tenor del nuevo art. 190a LDIP que dispone lo siguiente:

«1. Una parte puede solicitar la revisión de un laudo:

a. si descubre posteriormente hechos relevantes o pruebas concluyentes que no pudo invocar en el procedimiento anterior a pesar de haber actuado con la debida diligencia; se excluyen los hechos o pruebas posteriores al laudo;

b. si un procedimiento penal determina que el laudo se vio influenciado en perjuicio del recurrente por un delito o una falta, aunque no se

2. Decisión del Tribunal Federal suizo 142 III 521 de 7 de septiembre de 2016, párr. 2.1; Decisión del Tribunal federal suizo 134 III 286 de 14 de marzo de 2008, párr. 2; Decisión del Tribunal federal suizo 129 III 727 de 16 de octubre de 2003, párr. 1; Decisión del Tribunal federal suizo 118 II 199 de 11 de marzo de 1992, párrs. 2-3.

3. Decisión del Tribunal Federal suizo 118 II 199 de 11 de marzo de 1992, párr. 2b/cc.

4. Kunz, C. A., «*Revision of Arbitral Awards in Switzerland: An Extraordinary Tool or Simply a Popular Chimera? A Review of Decisions Rendered by the Swiss Supreme Court on Revision Requests over the Period 2009-2019*», en *ASA Bulletin*, 2020, p. 31.

5. Decisión del Tribunal Federal suizo 147 III 65 (4A_318/2020 de 22 de diciembre de 2020).

6. Ver, en este sentido Vulliemin, J.-M., "¿Revisar la revisión?", en Menéndez Arias, M.^a J., (coord.), *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 309-328.

haya obtenido una condena; si no es posible un procedimiento penal, la prueba puede aportarse de otra manera;

c. si, a pesar de que las partes hayan actuado con la debida diligencia, no se descubre un motivo de recusación en el sentido del artículo 180(1)(c), hasta después de que haya concluido el procedimiento de arbitraje y no exista ninguna otra vía de recurso.

2. La solicitud de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al descubrimiento del motivo de revisión. El derecho a solicitar la revisión prescribirá a los diez años de haber enterao, salvo en los casos previstos en el párrafo. 1, letra b)⁷.

Cabe destacar asimismo que, con la nueva formulación del art. 192(1) LDIP, se puede válidamente renunciar por anticipado al derecho de revisión si ninguna de las partes tiene su domicilio, sede o residencia habitual en Suiza, salvo por el hecho de que en el laudo arbitral haya concurrido la comisión de un delito [art. 190a(1)(b)]⁸.

Tal y como se mencionaba, la revisión adquirió notoriedad con la reciente sentencia 4A_318/2020 de 22 de diciembre de 2020 –el caso del nadador chino Sun Yang–, donde el Tribunal Federal suizo estimó una solicitud de revisión contra un laudo del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS) debido a la aparición de fundamentos de recusación del presidente del panel TAS previamente desconocidos⁹. A pesar de lo que venía siendo una aplicación estricta del «deber de curiosidad» de las partes respecto a la recusación de un árbitro –en otras palabras, que las partes sean diligentes en la búsqueda de información susceptible de recusar a un árbitro por su falta de imparcialidad e independencia durante el procedimiento arbitral–, el Tribunal Federal suizo consideró que ese «deber de curiosidad» no es ilimitado y que «no se le puede exigir a una parte que continúe con sus búsquedas en internet a lo largo del

7. Art. 190a LDIP (traducción libre).

8. Un tema que venía siendo debatido en la doctrina: ver Poudret, J.-F. y Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 2007, párr. 845; Hirsch, L., «Révision d'une sentence arbitrale 12 ans après», en *Jusletter*, 2010, párr. 46; Berger, B. y Kellerhals, F., *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3rd ed., Oxford: Beck/Hart, 2015, para. 1982; Voser, N. y George, A., «Revision of Arbitral Awards», en Tercier, P., (Ed.), *"Post Award Issues"*, *ASA Special Series*, 2011, p. 64; Rigozzi, A. y Schöll, M., *Die Revision von Schiedssprüchen nach dem 12. Kapitel des IRPG*, 2002, pp. 29-30.

9. Decisión del Tribunal Federal suizo 147 III 65 (4A_318/2020 de 22 de diciembre de 2020); ver también Palermo, G. y Kyriakou, P. A., «Swiss Federal Tribunal, Case 4A_318/2020, Judgment of 22 December 2020», en *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2021, pp. 109-118; Yang, C. y Sun, C., «Letter to the Journal The Swiss Federal Tribunal Annulled the Arbitral Award in the SUN Yang v. WADA & FINA Case: The Applicant's Duty of Curiosity on the Qualifications of an Arbitrator and the Neutrality of the Arbitrator», en *Chinese Journal of International Law*, 2021, pp. 441-445.

procedimiento arbitral, ni, *a fortiori*, que examine de manera detallada los mensajes publicados en las redes sociales por los árbitros durante dicho procedimiento»¹⁰. El Tribunal Federal suizo concluyó que es necesario, por ello, efectuar una ponderación entre el acceso y la identificación de la información pertinente; y que, en este caso, no se le podía haber exigido identificar la información por la cual se solicitó la revisión del laudo arbitral¹¹. Estimada la revisión, el laudo arbitral fue anulado y el litigio remitido a un nuevo tribunal arbitral del TAS.

2. LA SENTENCIA 4A_422/2021

En la decisión objeto de la presente reseña, el Tribunal Federal concluye que la solicitud carecía de dos condiciones: el descubrimiento de los hechos supuestamente «pertinentes» después de la emisión del laudo y la presentación de la solicitud dentro del plazo de los noventa días siguientes al descubrimiento de dichos hechos. No llega, por ende, a analizar el supuesto conflicto de interés, aunque, a la luz del criterio restrictivo de que el motivo para la revisión debe ser «pertinente» para la decisión del laudo, es poco probable que el Tribunal Federal hubiera admitido tal solicitud. Efectivamente, el criterio de la pertinencia, tal y como explica el Tribunal Federal, consiste en que los hechos sean importantes, esto es, que sean «susceptibles de modificar el marco factual en el que se basa la decisión [del tribunal arbitral] y de conducir a una solución diferente según una valoración jurídica correcta»¹². El Tribunal Federal examinará entonces en detalle el marco fáctico establecido por el tribunal arbitral a la hora de admitir o inadmitir un recurso de revisión.

La decisión, con ser escueta, no carece de interés; y ello por las siguientes razones. Primero, la decisión confirma que la revisión, después de la entrada en vigor de la reforma de la LDIP, viene a establecerse como un instrumento más a la hora de recurrir contra un laudo arbitral. Las solicitudes de revisión presentadas anteriormente, y en particular la más reciente –y exitosa– sobre el caso *Sun Yang* mencionada más arriba demuestran que la revisión es una herramienta más que puede conducir a la anulación de un laudo arbitral. Este mecanismo es fundamental a la hora de salvaguardar los derechos de las partes ante la posibilidad de que el procedimiento y el laudo arbitrales se hayan visto influidos de manera determinante por hechos o pruebas en perjuicio del solicitante.

10. Decisión del Tribunal Federal suizo 147 III 65 (4A_318/2020 de 22 de diciembre de 2020), párr. 6.5.

11. Decisión del Tribunal Federal suizo 147 III 65 (4A_318/2020 de 22 de diciembre de 2020), párr. 6.5.

12. Decisión del Tribunal Federal suizo 4A_422/2021 de 14 de octubre de 2021, párr. 4.4.1.

Segundo, el Tribunal Federal enumera de manera inequívoca los criterios específicos que deben quedar satisfechos a la hora de admitir un recurso de revisión y precisa que deberán ser aplicados de manera estricta¹³. Estos criterios también quedan expresamente reflejados en el art. 190a LDIP, constituyendo así un instrumento que las partes no deben desdeñar a la hora de analizar sus posibilidades de anular un laudo arbitral hasta pasado el plazo de treinta días para la solicitud de anulación. De tal manera que, si ya durante el procedimiento existían dudas sobre los hechos o la prueba administrada por el tribunal arbitral, sería aconsejable para la parte perdedora seguir en alerta en los meses e incluso los años siguientes con el fin de presentar dentro del plazo máximo de diez años, una solicitud de revisión.

Por último, cabe apuntar que, en el caso de que el Tribunal Federal admita el recurso de revisión, el laudo arbitral queda anulado y se remite al mismo tribunal arbitral¹⁴, salvo que uno de los motivos de la revisión haya sido la recusación de uno o varios miembros del tribunal arbitral. En este caso, se remitirá a nuevo tribunal arbitral, quien, a su vez, determinará las consecuencias de los nuevos hechos en un nuevo laudo arbitral, en el que deberá aplicar las directrices que el Tribunal Federal, en su decisión de revisión, haya emitido sobre las cuestiones que deban ser examinadas de nuevo¹⁵.

13. Decisión del Tribunal Federal suizo 4A_422/2021 de 14 de octubre de 2021, párr. 4.4.1.

14. Art. 190a LDIP, que remite al art. 199a(3) de la Ley sobre el Tribunal Federal: «Si el Tribunal Federal admite la demanda de revisión, anula el laudo y remite la causa al tribunal arbitral para que se resuelva de nuevo, o haga las constataciones necesarias». Ver también Decisión del Tribunal Federal Suizo 134 III 286 de 14 marzo de 2008, párr. 2.

15. Stirnimann Fuentes, F. X., «Chapter 13: Revision of Awards», en Arroyo, M., (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Second Edition)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 1364.