

# El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez

Diego B. Gosis



*Árbitro y Of Counsel de las firmas Gomm & Smith, con sede en Miami, Florida, y Guglielmino & Asociados, con sede en Buenos Aires, Argentina. Cuenta con amplia experiencia en transacciones internacionales, incluyendo fusiones y adquisiciones, bienes raíces, hidrocarburos, operaciones de hoteles y casinos, y planeaciones fiscales.*

## 1. Introducción

Suele sostenerse que los primeros minutos de vida de una criatura encierran la mayor cantidad de riesgos mortales.<sup>1</sup> Sin embargo, sin restar mérito a las consideraciones neonatológicas aplicables -y a las estadísticas médicas que las sustentan-, afirmamos sin temor a equivocarnos que esa proposición omite, en realidad, reparar en una verdad inevitable: sin lugar a duda alguna, en todos los casos, en todas las especies, y en todos los tiempos, los más riesgosos son siempre los últimos minutos.

Como en tantas otras áreas y circunstancias, el derecho sigue aquí a la vida. La cuestión de la validez -o vida- del acuerdo arbitral puede analizarse con igual interés desde dos perspectivas diametralmente opuestas pero complementarias, relativas, respectivamente, al nacimiento y muerte del acuerdo arbitral. A esa cuestión, y a esas perspectivas, dedicamos estas páginas.

Diego B. Gosís

## 2. Condiciones Originarias y Sobrevinientes de validez del Acuerdo

De una parte, puede optarse por analizar la cuestión de la validez originaria -o intrínseca- del acuerdo arbitral, es decir, las condiciones de validez que debe cumplir un pacto de resolver por arbitraje controversias presentes o futuras para poder considerarse realmente tal, y permitir a la parte que lo invoca, instar a aquella que intente desconocerlo a cumplir con su obligación de arbitrar. Desde esta perspectiva, lo que interesará serán las condiciones -que llamaremos suspensivas- de generación de una obligación válida de arbitrar, a cuyos efectos será principalmente determinante el contenido del pacto de arbitraje y el contexto en el que se inscribe, con prescindencia de su vida futura o de elementos externos al negocio jurídico que le dio origen.

En las antípodas de esta perspectiva, resultará igualmente interesante analizar las condiciones -que llamaremos resolutorias- que causan que esa misma cláusula arbitral pierda la validez que hubiera logrado al superar la valla de ese primer análisis. Llamaremos a esta cuestión la de la validez ulterior -o extrínseca- por depender principalmente, no ya de los elementos constitutivos del acuerdo de arbitraje, sino de los hechos externos a él que pueden, cumplidos ciertos extremos, hacerle perder su virtualidad jurídica.

### 2.1. Condiciones Originarias

#### 2.1.1. Las reglas generales de derecho de los contratos

El acuerdo de arbitraje es, primeramente, un acuerdo, por lo que resultan aplicables a su respecto las reglas de derecho correspondientes a aquellos, lo que ha llevado a la *Cour de Cassation* francesa a sostener que “*los laudos arbitrales que se basan en un acuerdo de arbitraje constituyen una unidad con aquel, y con él comparten su naturaleza contractual*”.<sup>2</sup> Este acuerdo puede expresarse en una de las disposiciones de un contrato más abarcativo -en cuyo caso nos referimos a una *cláusula compromisoria*- o, más raramente, en un acuerdo separado -en cuyo caso nos referiremos a un *acuerdo arbitral* en sentido estricto-. Cuando este acuerdo arbitral separado se celebra una vez que la controversia se ha suscitado, esa cláusula compromisoria recibe generalmente el nombre de *compromiso arbitral*.

## *El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez*

Dependiendo de la identidad de las partes contratantes y de la materia acordada, esas reglas pueden ser reglas de derecho privado, o contener ciertos elementos de derecho público, como es el caso de los acuerdos contenidos en contratos celebrados con personas estatales -ya sean estados o dependencias geográficas o administrativas de aquellos que, por sus características, tengan personalidad jurídica suficiente para contratar.

Estos requisitos de formación de la voluntad dependen principalmente del derecho o los derechos internos que resulten aplicables a la capacidad de cada una de las partes -que puede ser distinto para cada una de las partes-, aunque la *validez* del acuerdo estará sujeta adicionalmente a requisitos venidos de la ley aplicable al acuerdo arbitral -que puede ser la ley nacional de una o ambas partes, la ley aplicable al contrato, la ley de la sede del arbitraje, o una ley distinta a todas las anteriores.<sup>3</sup>

Una situación particular de los acuerdos arbitrales, pero que responde a las reglas generales del derecho de los contratos, es la de las verdaderas condiciones suspensivas a la obligación de arbitrar -que no son condición de su validez, sino de su ejecutabilidad-. En efecto, no es raro que la obligación de someter una controversia a arbitraje sólo sea exigible -como consecuencia de los términos del instrumento en donde consta el consentimiento a arbitrar- sujeto a que se hayan realizado, al menos por un cierto plazo, intentos razonables y/o de buena fe de alcanzar una solución negociada, u otra forma previa de resolver la controversia.

Esto sucede con gran habitualidad en el marco de los arbitrajes de inversión, cuya tramitación se origina generalmente en tratados bilaterales de inversión que permiten a un inversor reclamar del estado receptor de su inversión por

*Estos requisitos de formación de la voluntad dependen principalmente del derecho o los derechos internos que resulten aplicables a la capacidad de cada una de las partes, aunque la validez del acuerdo estará sujeta adicionalmente a la ley aplicable al acuerdo arbitral.*

Diego B. Gosís

violaciones al tratado bilateral celebrado entre ese estado receptor y el estado del cual el inversor es nacional,<sup>4</sup> pero también es usual en ciertas formas de arbitraje comercial.<sup>5</sup> En estos casos, el incumplimiento de la condición, por supuesto, tendrá por efecto que la obligación de arbitrar no se consolide, resultando por tanto inejecutable.

### 2.1.2. Las reglas específicas de derecho arbitral

Sin perjuicio de cuanto antecede, la teoría y práctica del arbitraje predicen que la invalidez o extinción del contrato que contiene una cláusula compromisoria no produce, necesaria o automáticamente, la invalidez o extinción del acuerdo de arbitrar contenido en ella. Esta ficción jurídica, que recibe el nombre de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, persigue impedir que la mera afirmación por una parte de elementos invalidantes en el acuerdo invocado contra ella, haga imposible resolver la controversia que se plantee para resolver, por ejemplo, las causas o efectos de esa misma invalidez. La enorme mayoría de los instrumentos relevantes de derecho o doctrina arbitral contienen disposiciones expresas que dan forma y sustancia a la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral.<sup>6</sup>

En la práctica, las únicas limitantes a la ejecutabilidad de la obligación de arbitrar contenida en una cláusula compromisoria o acuerdo arbitral son las que el Artículo 2 de la Convención de Nueva York<sup>7</sup> sistematiza bajo la formulación de que el acuerdo de arbitrar en sí mismo sea “*nulo, ineficaz o inaplicable*”<sup>8</sup> a la disputa de que se trate, situación que incluye los casos en que el pacto alcanzado no constituye en sentido propio un acuerdo –acuerdo nulo–,<sup>9</sup> aquellos en que el pacto adolece de defectos de forma o contenido que impiden ponerlo en práctica –acuerdo ineficaz–,<sup>10</sup> y aquella en que el pacto existe y está formulado de forma correcta, pero la disputa que se pretende arbitrar no cae dentro de sus límites –acuerdo inaplicable–.

## 2.2. Condiciones Sobrevinientes

De manera adicional a las condiciones originarias discutidas *supra*, nos abocaremos también, como adelantábamos, a ciertas consideraciones relativas a la cuestión del mantenimiento ulterior de la validez adquirida por un acuerdo de arbitraje.

## *El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez*

Un acuerdo arbitral originariamente válido puede perder su condición de tal como consecuencia de la actividad negocial de las partes que lo otorgaron, cuando éstas acuerden su modificación u otra novación, su resolución, o cuando opere respecto de ella cualquier otro medio extintivo de las obligaciones que, *mutatis mutandis*, pueda resultar de aplicación a la obligación de arbitrar.

Sin embargo, esta extinción no promete la discusión de ningún aspecto relevante que distinga la situación del acuerdo de arbitraje del resto del universo de las relaciones contractuales posibles, por lo que nos centraremos en otros cursos extintivos. En particular, nos detendremos en la posibilidad de que ese acuerdo arbitral, por el contrario, pierda su validez como consecuencia de la actividad reclamatoria de las partes, cuando aquella sea desarrollada de forma tan incompatible con la existencia de un acuerdo arbitral, que sólo pueda entenderse que esa actividad reclamatoria ha constituido una renuncia de la parte correspondiente –una o todas– a ese acuerdo arbitral.

Se ha sostenido repetidamente en reglamentos de arbitraje, textos doctrinarios y decisiones arbitrales y judiciales que, existiendo un acuerdo arbitral, el planteamiento de reclamos en fueros distintos del previsto en el acuerdo implica una renuncia a la jurisdicción arbitral cuando el reclamo (i) excede de la mera solicitud de medidas precautorias,<sup>11</sup> (ii) representa una apertura del debate sobre el mérito de las cuestiones reclamadas,<sup>12</sup> o (iii) contiene un pedido de adjudicación de daños y perjuicios.<sup>13</sup>

Esta conclusión responde a la necesidad de evitar que, mediante caminos procesales incongruentes, se cause perjuicio a la parte demandada, por

*Un acuerdo arbitral originariamente válido puede perder su condición de tal como consecuencia de la actividad negocial de las partes, cuando éstas acuerden su modificación, su resolución, o cuando opere respecto de ella cualquier otro medio extintivo de las obligaciones.*

Diego B. Gosís

ejemplo, obligándola a comprometer recursos y esfuerzos en la resolución de la controversia por el medio elegido por la parte demandante en violación o abandono del acuerdo arbitral.<sup>14</sup>

Puesto de otro modo, la parte demandante que inicia un reclamo arbitrable en un fuero distinto del pactado “*crea en el demandado un derecho a opción -el demandado puede o no insistir en llevar la cuestión a arbitraje, según elija-*”.<sup>15</sup>

Una vez que esa parte demandada ha efectivamente ejercido tal opción, y ha asignado a la defensa del reclamo planteado de la forma propuesta por la demandante, recursos económicos o de otro tipo (incluido, a modo de ejemplo, revelando información o argumentos de defensa que no habrían estado a disposición de la demandante de no ser por la interposición de ese reclamo), se genera en cabeza de esa parte demandada la expectativa y el derecho a recorrer hasta sus últimas instancias el camino procesal “*ofrecido*” por la demandante al reclamar, y a que la decisión que se alcance como consecuencia de ese recorrido se transforme, en circunstancias normales,<sup>16</sup> en una decisión definitiva.

Permitir lo contrario, y tolerar que la parte demandante, luego de iniciar su reclamo bajo un mecanismo distinto del acordado en la cláusula arbitral y lograr que ese mecanismo sea aceptado por la demandada o demandadas retorne al acuerdo originario que ha violado o abandonado, expondría a las partes demandadas a riesgos de tal magnitud que resultaría improbable que ningún participante en el comercio o el derecho internacional se aviniera a pactar mecanismos de resolución de las controversias por medios distintos a los preestablecidos. Este camino pondría en riesgo, sin dudas, la subsistencia misma del sistema de arbitraje, en cuanto se basa en un acuerdo -el acuerdo arbitral- cuyo objeto es, justamente, “*abandonar el derecho de las partes a obtener remedios en sede judicial y, en efecto, crear un sistema privado de adjudicación que, presumiblemente, se adapta mejor a sus necesidades de negocios*”.<sup>17</sup>

Cuanto antecede está sujeto, sin embargo, a salvedades relativas a dos grandes categorías de reclamos: los reclamos con partes múltiples y los procesos con reclamos múltiples. Tanto en uno como en otro caso, la multiplicidad de partes o reclamos hace necesarias consideraciones acerca de si la conducta de otras partes con intereses comunes o convergentes puede obstar a que



## *El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez*

una parte inicie un reclamo en arbitraje, o acerca del efecto que la conducta adoptada por las partes respecto de un reclamo pueda tener sobre la admisibilidad de otros reclamos entre las mismas partes, cuestiones que nos contentaremos con dejar aquí salvadas.<sup>18</sup>

### **3. Conclusión**

La cuestión de la validez del acuerdo arbitral, que resulta central a cualquier estudio arbitral de relevancia práctica, puede y debe analizarse desde los elementos que pueden afectarla en dos momentos diversos de su de correr, que pueden fácilmente asimilarse al nacimiento y muerte del acuerdo arbitral.

Esos elementos, y las consideraciones que merecen en una y otra situación, varían en función de reglas que son heredadas por el acuerdo de arbitraje por vía de su pertenencia a la fenomenología general de los contratos, pero también de reglas que resultan específicas a la materia arbitral.

En las líneas que anteceden, y que hemos sido investidos con el honor de llenar y entregar al lector, hemos intentado trazar una hoja de ruta de los paisajes más significativos de esos dos momentos del camino, que esperamos sirvan de guía para transitar el análisis y aplicación del acuerdo de arbitraje. El autor no duda que en las múltiples conferencias, seminarios y encuentros de arbitraje que lo unan con el lector en los años venideros, tendrá posibilidad de encontrarse con las diversas postales tomadas por el lector a lo largo de este camino propuesto.

Diego B. Gosís

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, la observación que en este sentido formula la Organización Mundial de la Salud en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs333/es/> (consultado el 18 de mayo de 2014).

<sup>2</sup> Sentencia del 27 de julio de 1937, *Roses c. Moller et Cie.*, publicado en 1 DALLOZ 25 (1938) (traducción del autor).

<sup>3</sup> Por ejemplo, puede darse el caso de que el lugar de celebración de un contrato imponga formalidades –imperativas– adicionales a las contenidas en la ley que las partes hayan pactado aplicar a él, que deberán entonces ser tenidas también en cuenta a la hora de determinar la validez del acuerdo de arbitraje incluido en el contrato.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, la decisión dictada en *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido)*

*c. República Argentina* (Caso PCA No. 2010-09), Laudo sobre Jurisdicción del 1º de febrero de 2012, para una discusión acerca de la obligatoriedad de llevar a cabo esas actividades como paso previo a iniciar un arbitraje bajo diversos tratados bilaterales de inversión.

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, J. JENKINS y S. STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law* (2006), pp. 58-60, donde se discute la práctica de prever mecanismos de negociación previa en la industria de la construcción, y se debaten también las ventajas y desventajas derivadas de ello.

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (§16.1), o el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI (§23), por citar algunos. Dentro de los reglamentos de arbitraje institucional, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha contenido disposiciones relativas a la separabilidad de la cláusula arbitral al menos desde su versión de 1955.

<sup>7</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958.

<sup>8</sup> *Id.*, Artículo 2.3.

<sup>9</sup> Para una discusión más acabada sobre los requisitos y la casuística de la validez y nulidad de los acuerdos de arbitraje, ver V. SANDLER OBREGÓN, “El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento o Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”, en *ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS : REUNIÓN DE ALTO NIVEL*, MIAMI, FLORIDA – 21 Y 22 DE ENERO DE 2013, preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.D/XIX.14), pp. 78 y ss.



## *El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez*

<sup>10</sup> El bestiario de los acuerdos ineficaces encuentra su taxonomía más clara en el trabajo seminal de L. EISEMANN, *La Clause d'arbitrage pathologique*, en *COMMERCIAL ARBITRATION: ESSAYS IN MEMORIAM EUGENIO MINOLI* (1974), pp.129 y ss.

<sup>11</sup> Cf. Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 28.2. Ver también J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS y S.KRÖLL, *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* (2003), §7.93, pág. 163 (“[I]f the request for relief goes beyond the preservation of evidence or the maintenance of the status quo it may be considered a waiver”).

<sup>12</sup> J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS y S. KRÖLL, *op.cit.*, §§7.87/90, pp. 161-2.

<sup>13</sup> SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (1998), nota al pie #629, pág. 277.

<sup>14</sup> T.E. CARBONNEAU, *The Law and Practice of Arbitration*, 2da. Edición, Juris Publishing (2007), pág. 595.

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Texas en el caso *Vireo PLLC v. Cates*, 953 S.W. 2d 489 (1997), citada en T.E. CARBONNEAU, *op. cit.*, pág. 597 (traducción libre).

<sup>16</sup> Dejamos aquí a salvo las vicisitudes que pueden afectar el valor último de una decisión adoptada en el seno de un acuerdo comercial o una mediación, o de aquella dictada en una conciliación o en procesos judiciales de diverso objeto y alcance, en las que no nos detendremos por exceder el alcance de este análisis.

<sup>17</sup> T.E. CARBONNEAU, *op. cit.*, §1.(1).

<sup>18</sup> Para una notable sistematización de los problemas relacionados con éstas y otras cuestiones en el contexto de relaciones jurídicas complejas, véase B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (2006).

## Diego B. Gosis

*Árbitro y Of Counsel de las firmas Gomm and Smith, con sede en Miami, Florida, y Guglielmino & Asociados, con sede en Buenos Aires, Argentina. Ha representado a los sectores público y privado en más de 40 arbitrajes internacionales y procesos judiciales o arbitrales de anulación bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).*

*Cuenta con amplia experiencia en transacciones internacionales, incluyendo fusiones y adquisiciones, bienes raíces, hidrocarburos, operaciones de hoteles y casinos, y planeaciones fiscales. El Dr. Gosis ha sido clasificado en varias ocasiones por las prestigiosas publicaciones Chambers and Partners y Legal500 como uno de los abogados más destacados en el ramo del arbitraje internacional en América Latina. El Dr. Gosis participa con frecuencia en congresos, seminarios y eventos académicos relacionados con arbitraje de inversión y arbitraje comercial. Obtuvo títulos profesionales en derecho y traducción conferidos por la Universidad de Buenos Aires.*