

EVOLUCIÓN LATINOAMERICANA DE LOS PRINCIPIOS DE SEPARABILIDAD Y *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Alejandro Follonier-Ayala*

Resumen: El presente artículo estudia la evolución y desarrollo de los regímenes latinoamericanos de arbitraje internacional en materia de autonomía o separabilidad del convenio arbitral y de *Kompetenz-Kompetenz*. En total se analizan 19 jurisdicciones diferentes. En la primera parte se comenta el concepto de «autonomía o separabilidad» del convenio arbitral respecto del contrato principal y su consagración legislativa en la mayoría de los países analizados. La segunda parte se concentra en el estudio del principio *Kompetenz-Kompetenz* bajo sus efectos positivos y negativos. Este análisis se acompaña por la presentación de un caso latinoamericano referente a la separabilidad y *Kompetenz-Kompetenz*.

Palabras clave: Principio de autonomía, principio de separabilidad, principio de *Kompetenz-Kompetenz*, efecto positivo, efecto negativo, autonomía material, autonomía jurídica.

* Doctor en derecho de contratos, de la responsabilidad civil y en derecho privado europeo y comparado en la Universidad de Neuchâtel (Suiza); Master of Law de la Universidad de Fribourg (Suiza), especializaciones en «Economía, Contratos y Patrimonio», «Derecho Europeo y Relaciones Internacionales» y en «Derecho de Arrendamiento».

I. INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral presenta entre otras especificidades, la particularidad de ser un contrato *sui generis*. Según la doctrina, esto resulta principalmente de la aparición de la autosuficiencia del convenio arbitral y del principio de autonomía o de separabilidad.¹ En nuestra opinión, esta afirmación también es aplicable al principio *Kompetenz-Kompetenz*. En el presente artículo nos concentraremos exclusivamente en estos dos principios que son catalogados por la doctrina como verdaderos pilares de “una buena legislación arbitral”.²

¹ Alejandro Follonier-Ayala, «La Convention d'arbitrage: notion et modalités, étude comparative des régimes latino-américains et suisse», *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, Nuevo León, vol. XII, No. 1, 2012, p. 17, n° 3. Cfr. VÁRADY, TIBOR/BARCELO III, JOHN J./VON MEHREN ARTHUR T., *International commercial arbitration – A transnational perspective*, 2ª ed., St. Paul (West), p. 42 ss.; Roque Jerónimo Caivano, *La cláusula arbitral, evolución histórica y comparada*, Bogotá 2008, p. 372.

² Fernando Mantilla-Serrano, *Los principios de autonomía y competencia-competencia en el nuevo Estatuto arbitral colombiano*, in: Estatuto arbitral colombiano, análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, Bogotá 2013, p. 392 ss.

El principio de autonomía o separabilidad y el de *Kompetenz-Kompetenz* son generalmente estudiados de manera conjunta. Este método facilita su comprensión, así como también su diferenciación, ya que son regularmente confundidos. Las razones principales de este error se deben, por una parte, a que tanto el principio de autonomía o de separabilidad como el de *Kompetenz-Kompetenz* persiguen el mismo objetivo, a saber, la eficacia máxima del procedimiento arbitral, y, por otra parte, a su estrecha relación con el poder jurisdiccional del árbitro. Este estudio se concentrará en la evolución y desarrollo de las legislaciones latinoamericanas.

En la primera parte de esta contribución analizaremos de manera detenida y precisa el concepto de autonomía o separabilidad del convenio arbitral con respecto del contrato base. El análisis de este principio presupone necesariamente una delimitación académica del concepto jurídico. En ella trataremos de responder a interesantes interrogantes teóricas y prácticas, como por ejemplo: ¿es el convenio arbitral realmente autónomo del contrato principal en todo momento o en ocasiones es un accesorio del contrato principal?, ¿pueden los términos autonomía y separabilidad ser utilizados indistintamente? o, aún, ¿los términos autonomía y separabilidad pueden igualmente designar, sin distinción alguna, la diferencia entre autonomía o separabilidad material y autonomía o separabilidad jurídica? En esta misma sección, también se recalcará la afortunada influencia que la Ley-modelo de la CNUDMI tuvo en la consagración de este principio fundamental, puesto que diecisiete países de los diecinueve analizados en este artículo se inspiran en el artículo 16§1 de la Ley-modelo.³

A pesar de esto, veremos los obstáculos que la aceptación de este principio conoce, en particular en la práctica judicial boliviana, chilena y venezolana.

En la segunda y última sección nos concentraremos en el análisis de los efectos positivos y negativos del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Veremos como el efecto positivo se dirige al árbitro o tribunal arbitral, mientras que el destinatario del efecto negativo es el juez estatal. Comentaremos brevemente las inquietantes jurisprudencias mexicanas, argentinas y venezolanas en lo concerniente al efecto positivo del *competence-competence*; así como la modificación del Código de Comercio de México en la que se adopta el capítulo X relativo a la intervención judicial en el arbitraje y las transacciones comerciales, poniendo fin de este modo al controvertido caso mexicano originado en este campo. En cuanto al efecto negativo del *competence-competence*, su recepción legislativa en el panorama arbitral latinoamericano es menos palpable. Sin embargo, se distinguen tres categorías de países: (i) aquellos que adoptan completamente el principio *Kompetenz-Kompetenz*, (ii) aquellos que no reciben por completo el efecto negativo y (iii) aquellos que reconocen el principio – totalmente o parcialmente – por vía jurisprudencial. Haremos igualmente mención a la más reciente jurisprudencia brasileña que expone acertadamente el funcionamiento del efecto negativo del principio de *Competence-Competence*.

³ Los países de América Latina que hemos analizado son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

II. AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO DE ARBITRAJE

El principio de autonomía, también llamado principio de separabilidad, es aquel en virtud del cual el convenio arbitral es considerado como un contrato independiente y diferente del contrato principal. De este postulado se desprende que, en primer lugar, el convenio arbitral no sigue necesariamente la suerte jurídica del contrato principal.⁴ Así, la nulidad,

⁴ Aunque estimemos que el convenio arbitral es un contrato principal con respecto del contrato base, que goza de una existencia propia, existen situaciones en las cuales el convenio arbitral sigue, por transferencia o transmisión de accesorio, el destino jurídico del contrato principal. Es el caso de la cesión de crédito, de la cesión – simple o cumulativa – de deuda, de la sucesión universal, de la subrogación legal o aún de la transferencia de la relación contractual, salvo en las hipótesis en las que el convenio arbitral fue suscrito *intuitu personae* (Alejandro Follonier-Ayala, *La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza*, in: *Lima Arbitration Review* n° 5, 2012/2013, p. 149). Esto plantea la cuestión de cómo explicar la coexistencia del principio de separabilidad – esencial para la eficacia del arbitraje – y la naturaleza de accesorio que el convenio arbitral comporta igualmente. En este sentido, tanto la doctrina suiza como francesa afirman que “[l]a cesión de deuda externa conlleva la transferencia de los derechos accesorios del deudor al tercero transmisionario o asuntor, según el artículo 178 § 1 del CO [Código de Obligaciones suizo]. El convenio arbitral constituye un tal accesorio”, o aún que “[e]l convenio arbitral, en su calidad de clausula accesorio de naturaleza procedural, es transferida el cesionario o al tercero transmisionario o asuntor, salvo acuerdo en contrario” y, finalmente, que “su carácter accesorio indisoluble [...] de las obligaciones de fondo del contrato explica que el convenio arbitral tenga la misma capacidad de circulación que la otras estipulaciones del contrato y que él no pueda ser separado de las otras disposiciones que rigen el crédito litigioso en caso de cesión” (ATF 134 III 565 c. 3.2, p. 568 ss; ATF 128 III 50 c. 2a/bb, p. 56; Cour d’appel de Paris, 1^{er} Ch. G, Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation, 10 de septiembre de 2003, in: *Rev. arb.*, 2004, n° 3, p. 623 ss [625]) (traducción del autor). Entonces, ¿cómo justificar la aplicación de dos principios antagónicos? ¿se trata de una contradicción aparente? Es necesario aclarar que la función del accesorio es la de servirle al principal, razón por la cual, el accesorio tiene la vocación de seguir la suerte jurídica reservada al principal. El Profesor Gilles Goubeaux estima sobre este tema que “[e]l principal persigue su propio objetivo que especialmente no lo acerca de tal o tal otra cosa. Por el contrario, la destinación asignada al accesorio lo conduce a unirse al principal” (Goubeaux Gilles, *La règle de l’accessoire en droit privé*, Paris 1969, p. 36). De este modo, el convenio arbitral, al servicio del contrato base, garantiza la resolución de cualquier litigio gracias a la justicia arbitral. En otras palabras, la función del convenio arbitral es la de asegurar la realización de la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje en caso de litigio. Es en el cumplimiento de este objetivo que la separabilidad cobra todo su sentido. De hecho, ella garantiza la eficacia del convenio arbitral. Por consiguiente, la separabilidad del convenio arbitral debe ser admitida cuando su propia existencia, validez o su carácter obligatorio son puestos en tela de juicio (Cour d’appel de Paris, 1^{er} Ch. G, Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation, 10 de septiembre del 2003, in: *Rev. arb.*, 2004, n° 3, p. 623 ss [625]). Por lo tanto, no hay ninguna contradicción en la coexistencia de los dos conceptos. Al contrario, la separabilidad del convenio arbitral y su transmisibilidad por vía accesorio garantizan, las dos – sin excluirse – la eficacia de la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje. En este sentido, el Profesor Laurent Aynes afirma que «[...]separable” y “accesorio”, lejos de oponerse, se complementan, y además, es porque [la clausula arbitral] es separable de la relación obligacional que la clausula arbitral puede ser el accesorio» (Aynès Laurent, *Séparabilité de la clause compromissoire et transaction par accessoire*, note sous Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, in: *Rev. Arb.*, 2004, n° 3, p. 626) (traducción del autor). Cf. Roque Jerónimo Caivano, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, en: *Revista de Derecho Privado de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Edición especial 2012, Ciudad de México 2012, p. 3 ss; Roque Jerónimo Caivano, *op. cit.*, p. 255 ss; Eduardo Silva Romero, “Transmisión y extinción del contrato de arbitraje”, in: *El contrato de arbitraje*, Bogotá 2005, p. 755 ss.

la anulación, la inoperancia, la resolución, la terminación o la novación del contrato principal no causan *ipso iure* los mismos efectos sobre el convenio arbitral. En segundo lugar, este principio implica que el convenio arbitral puede estar regido por un derecho diferente al que rige el contrato principal.⁵ Por último, este principio le otorga al tribunal arbitral la competencia para dirimir las cuestiones relativas a la nulidad del contrato principal.⁶

No existe consenso en cuanto al término que debe usarse para nombrar a este principio. A veces, la doctrina y la jurisprudencia utilizan indistintamente los términos de autonomía y de separabilidad para calificarlo. Si estas dos denominaciones describen una misma realidad jurídica –el principio–, es innegable que no tienen, etimológicamente hablando, el mismo significado. El término autonomía viene de las palabras griegas *autos* que se traduce “por sí mismo” y *nomos* que quiere decir “ley o regla”. Por lo tanto, este vocablo significa el derecho a gobernarse por sus propias reglas,⁷ mientras que el término separabilidad viene del latín *separabilis* que significa la “capacidad de interponer una distancia entre dos cosas”. La elección de la palabra autonomía nos parece inapropiada porque sugiere erróneamente que el convenio arbitral es en todo momento independiente del contrato principal. En nuestra opinión, esta afirmación debe ser explorada desde, por ejemplo, la cesión del contrato principal que implica también la cesión del convenio arbitral.⁸ En consecuencia, preferimos usar el término separabilidad que, en nuestro parecer, capta mejor la naturaleza de este principio, asegurando –en determinadas circunstancias– la independencia del convenio arbitral del contrato principal; garantizando de tal manera su plena eficacia. Debe señalarse que algunos autores prefieren hablar de autonomía material y de autonomía jurídica, elección que – junto con el Profesor Marco de Benito Llopis-Llobart – no compartimos por las razones expuestas más adelante.⁹

⁵ Cf. Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996 p. 225 s., n° 410; Rubén Santos Belandro, “Del arbitraje en América Latina: un estudio comparativo”, en: *Revista latinoamericana de mediación y arbitraje*, vol. X, n° 1, Mexico 2010, p. 90; Fernando Mantilla-Serrano, *op. cit.*, p. 392 ss.

⁶ Claudia Frutos-Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité du droit*, Paris 2003, p. 266. Como lo veremos más adelante, el principio *Kompetenz-Kompetenz* se distingue del principio de separabilidad en la medida en que habilita al tribunal arbitral a pronunciarse «sobre cualquier asunto relacionado con su competencia o, en otras palabras, con la eficacia de la validez del convenio arbitral» (Antonias Dimolitsa, *Autonomie et "Kompetenz-Kompetenz"*, in: *Rev. Arb.*, 1998, n° 2, p. 320) (traducción del autor).

⁷ Fernando, Aguilar *La autonomía del acuerdo arbitral*, in: *Tratado de arbitraje, el convenio arbitral*, tomo I, Bogotá 2011, p. 46.

⁸ Cf. nota n° 4; José Carlos Fernández Rozas, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, en: *Estudios de arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile 2007, p. 715; Pierre Mayer, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, in: *Revue de l'arbitrage* 1998, n° 3, p. 360 s.

⁹ Desde nuestro punto de vista, el término «autonomía» debe ser empleado para designar la autonomía jurídica del convenio arbitral; dejando de este modo que el término «separabilidad» designe la autonomía material del convenio arbitral. La noción de autonomía jurídica engloba la autonomía total del convenio arbitral con respecto a cualquier derecho nacional susceptible de ser aplicado. Así, la validez del convenio arbitral está únicamente subordinada a la voluntad de la partes. Dentro de los países que han integrado este concepto se encuentran, en primer lugar, Francia, seguida por Suiza (artículo 178 § 2 LDIP), España (artículo 9 § 6 LA-Es) y Perú (artículo 13 § 7 LA-Pe). La

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

El principio de separabilidad está estrechamente ligado al principio *Kompetenz-Kompetenz*. En virtud de este último, el tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia jurisdicción. Además, el artículo 16§1 de la Ley-modelo de la CNUDMI, en sus versiones de 1985 y de 2006, reconoce la conexión que existe entre estos dos principios. Según esta disposición

[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria».

Sobre este tema, la doctrina más destacada afirma que el principio *Kompetenz-Kompetenz* es el instrumento procesal del principio de separabilidad, o bien, que el principio de separabilidad es el instrumento técnico que hace posible el principio *Kompetenz-Kompetenz*.¹⁰

distinción entre la separabilidad del convenio arbitral y la autonomía de éste con relación a cualquier ley nacional fue desarrollada por la jurisprudencia Dalico de 1993 de la Corte de Casación francesa (Cass civ., 1^{ère} section, *Comité populaire de la municipalité de Khoms vs. Société Dalico Contractors*, 20 décembre 1993, in: *Rev. arb.*, 1994, n° 1, p. 116 s). El principio desarrollado consiste en la afirmación de que «[e]n virtud de una regla material de derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es jurídicamente independiente del contrato principal que la contiene, directamente o por referencia, y que su existencia y eficacia se aprecian, bajo reserva de las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, según la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal» (traducción del autor). Esta tesis jurisprudencial fue precedida por dos fallos que contribuyeron en su concepción, a saber la decisión Hecht y la decisión Gatoil. En la primera, la Corte de Casación consideró que «[e]n materia de arbitraje internacional, el acuerdo compromisorio presenta una autonomía completa» (traducción del autor) y que por lo tanto, el convenio arbitral podía ser interpretado de manera autónoma sin vínculo con una ley estatal (Cass civ., 1^{ère} section, *Hecht vs. Buisman's*, 4 juillet 1972). En la sentencia Gatoil, la Corte decidió que la validez del convenio arbitral debía ser analizado sin referirse a cualquier ley estatal designada por una regla de conflicto (Cass civ., 1^{ère} section, *Société Gatoil vs. National Iranian Oil Company*, 17 décembre 1993, in: *Rev. arb.*, 1994, p. 281 ss). Cf. Antoine Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, París 2005 p. 1 ss; Mantilla-Serrano 2013, *op. cit.*, p. 396 ss; Caivano Roque 2008, *op. cit.*, p. 207 ss; Marco de Benito Llopis-Llombart, *Asimetría, separabilidad, sinalagma*, in: *Spain Arbitration Review*, 2009, n° 5, p. 143.

¹⁰ Llopis-Llombart 2009, p. 144. A pesar del lazo incontestable que existe entre los dos principios, cabe señalar que se trata de dos principios distintos que persiguen sin duda un objetivo común – la eficacia máxima del procedimiento arbitral – pero que poseen una naturaleza jurídica diferente. De hecho, el principio de separabilidad del convenio arbitral «[s]ería una cuestión de fondo, mientras que la competencia-competencia sería una cuestión de procedimiento» (Dimolitsa, *op. cit.*, p. 307) (traducción del autor). Las frecuentes confusiones entre los dos principios se explican por la relación que guardan con el poder jurisdiccional del árbitro. Es por esta razón que se debe reprobear, por ejemplo, afirmaciones como las que consideran que «esta regla procesal [el principio *Kompetenz-Kompetenz*] es una extensión del principio de la autonomía del acuerdo arbitral» (Sandra González / Fernando Gómez, *Arbitraje comercial internacional en Uruguay: marco legal y jurisprudencial*, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 702). Esta amalgama resulta también de la yuxtaposición de las dos reglas en una misma disposición; es, por ejemplo, el caso del artículo 16 Ley-modelo CNUDMI y de todas aquellas legislaciones que lo han calcado fielmente.

El principio de separabilidad del convenio arbitral, cuyo origen es jurisprudencial,¹¹ se considera, hoy por hoy, como una verdadera norma transnacional del derecho de arbitraje comercial internacional,¹² a pesar de que, -dejando a un lado el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convenio de Ginebra)¹³ y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (Acuerdo de Buenos Aires),¹⁵ no está contenido ni en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 (CNY), ni en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de Washington de 1965 (CWA), ni tampoco en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 (CPa). De hecho, el artículo V § 1 (a) de la CNY se limita a establecer una norma de conflicto alternativa que consagra una diferencia de conexión entre el convenio arbitral y el contrato base.¹⁶ Algunos autores deducen de esta disposición que la Convención de Nueva York admite implícitamente el principio de separabilidad del convenio arbitral;¹⁷ otros no comparten esta opinión y consideran que la Convención de Nueva York ha dejado, a cada uno de los derechos

¹¹ Referirse al caso *Gosset* en el que la Corte de Casación francesa estimó que la validez de la cláusula compromisoria no se ve afectada por la nulidad del contrato que la contiene (Cour de cassation, 1^o Salle Civile, 7 mai 1963, *in re Gosset c. Carapelli*) o, al caso *Prima Paint* en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que el convenio arbitral es una convención independiente del contrato base, salvo estipulación contraria de las partes (US Supreme Court, 12/06/1967, *in re Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 US 395 [1967]). Cf. Yves Derains / Stéphanie Regidor, “El alcance de la autonomía del acuerdo arbitral en derecho francés”, en: *Tratado de derecho arbitral, el convenio arbitral*, tomo II, Bogotá 2011, p. 425 ss; Roque Caivano 2008, *op. cit.*, p. 200 ss; Juan Pablo Cárdenas Mejía, “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”, en: *El contrato de arbitraje*, Bogotá 2005, p. 81; Llopis-Llombart 2009, *op. cit.*, p. 141.

¹² Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 218, n^o 398; Girsberger Daniel/Voser Nathalie, *International arbitration in Switzerland*, 2^a ed., Zürich/Bâle/Genève 2012, p. 109, n^o 401.

¹³ Artículo V § 3 «[a] reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la «*lex fori*» contra el indicado laudo del tribunal de arbitraje ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fue impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso».

¹⁴ Cabe recordar que Cuba hace parte de este Convenio, al que adhirió el 1 de septiembre de 1965.

¹⁵ Artículo 5 «[l]a convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral». Esta disposición puede resultar particularmente útil en lo que respecta Argentina y Uruguay, países que no disponen de leyes sobre arbitraje internacional (cf. Caivano Roque 2008, *op. cit.*, p. 242 s.).

¹⁶ Según el artículo V § 1 (a) CNY «[s]ólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) [q]ue las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia [...]».

¹⁷ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, México 2011, 3^a ed., p. 229.

susceptibles de ser aplicados, el deber de resolver esta problemática.¹⁸ Los artículos 41 § 1 de la CWA y artículo V § 3 de la Convención de Ginebra se limitan a hacer alusión a la competencia del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia. En el contexto latinoamericano, la Convención de Panamá no hace tampoco referencia directa al principio de separabilidad. Sin embargo, la Profesora Claudia Frutos-Peterson estima – opinión que compartimos – que la Convención de Panamá incorpora de manera indirecta el principio de separabilidad a través del artículo 3 de la CPa que establece que “[a] falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial [CIAC].”¹⁹ De acuerdo con el artículo 18 § 2 Regl. CIAC, una cláusula compromisoria o un convenio arbitral que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato principal.

En el ámbito latinoamericano, gracias a la influencia ejercida por la Ley-modelo de la CNUDMI,²⁰ la separabilidad del convenio arbitral es reconocida por las legislaciones de Bolivia (artículo 11 LAC-Bo), de Brasil (artículo 8 LA-Br), de Chile (artículo 16 § 1 de LAC-Ch), de Colombia (artículo 79 § 2 LANI-Col),²¹ de Costa Rica (artículo 16 § 1 LA-Cr), de Cuba (artículo 13 D-Cub), de Ecuador (artículo 5 § 3 LAM-Ec), de El Salvador (artículo 30 LMCA-Sv), de Guatemala (artículo 21 LA-Gu),²² de Honduras (artículo 39 LCA-Ho), de México (artículo 1432 CCo-Mx), de Nicaragua (artículo 42 LMA-Ni), de Panamá (artículo 30 LACNI-Pa),²³ de Paraguay (artículo 19 LAM-Py), de Perú (artículo 41 al. 2 LA-Pe),²⁴ de República Dominicana (artículo 11 LAC-Rep.Do) y de Venezuela

¹⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 219, n. 399.

¹⁹ Frutos-Peterson, *op. cit.*, p. 269.

²⁰ Sobre este aspecto, compartimos la opinión del Profesor Jerónimo Caivano Roque, quien de manera acertada constata que en América Latina la consagración del principio de separabilidad del convenio arbitral es el producto de la obra del legislador y no el de los tribunales (*cf.* Caivano Roque 2008, *op. cit.*, p. 210). Otros autores no comparten este punto de vista y consideran que el principio de separabilidad del convenio arbitral, así como el de *Kompetenz-Kompetenz* pueden considerarse consagrados aunque no tengan un sustento legal claro (*cf.* Frutos-Peterson, *op. cit.*, p. 267).

²¹ Bajo el antiguo régimen, la Corte Constitucional colombiana se pronunció en favor de la conformidad constitucional del principio de separabilidad contenido en el artículo 118 aD-Col (Sentencia de la Corte Constitucional, C-248 del 21 abril de 1999). Años después, esta jurisprudencia fue confirmada por la misma Corte, volviéndose de esta manera jurisprudencia constante (Sentencia de la Corte Constitucional, T-136/2003, n° T-603018 del 20 febrero del 2003; Cárdenas Mejía 2005, *op. cit.*, p. 79 ss). Es por esta razón que estimamos que la adopción de la nueva Ley de arbitraje nacional e internacional de 2012 no deberá modificar el enfoque de los tribunales colombianos en la materia.

²² Debe señalarse que en Guatemala, el artículo 1308 del Código civil dispone que «[l]a nulidad de una o más de las disposiciones de un negocio jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables [...]».

²³ Cabe resaltar que la República de Panamá adoptó el 31 de diciembre de 2013 la nueva Ley n° 131 de arbitraje comercial nacional e internacional (publicada en la Gaceta Oficial n° 27449-C) que reemplaza el Decreto Ley n° 5 del 8 de junio de 1999 por el cual se establecía el Régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación. El nuevo régimen arbitral panameño entró en vigor el 8 enero de 2014.

²⁴ En este país, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera que el principio de separabilidad del

(artículo 7 LAC-Ve). Cabe señalar que el artículo 39 § 3 de la LCA-Ho obstaculiza, de manera contradictoria, la eficacia del principio de separabilidad. Según esta disposición “sin perjuicio de lo anterior, cuando la nulidad absoluta de un contrato procede de una sentencia judicial firme, el convenio arbitral no subsistirá”.²⁵

Aunque casi todos los países latinoamericanos, excepto Argentina²⁶ y Uruguay,²⁷ codifican el principio de separabilidad del convenio arbitral, la consagración jurisprudencial se llevó a cabo con dificultad en algunos países. En Bolivia, por ejemplo, los artículos 11 y 37 § 2 de LAC-Bo fueron objeto de una demanda de inconstitucionalidad. El demandante estimaba que estas disposiciones eran contrarias a los artículo 30 y 116 § 2 Const. Bo que prohíben al Estado, por un lado, delegar las facultades que la Constitución le otorga y, por otro lado, crear tribunales especiales. El Tribunal Constitucional decidió que los tribunales arbitrales “[...] tienen plena competencia para declarar la rescisión o nulidad de los contratos que estén sometidos a su conocimiento y que tienen competencia para resolver incluso sobre su propia competencia”. Esta Corte decidió además que los tribunales arbitrales encuentran su legitimidad en el acuerdo de voluntades de la partes de excluir la jurisdicción estatal; motivo por el cual los tribunales arbitrales no son tribunales

convenio arbitral posee la consagración constitucional y que los tribunales arbitrales «[...] se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes» (Sentencia de la Corte Constitucional, *in res* Cantuarias Salaverry, Fernando, n° 6167-2005-PHC/TC, c. 12, 13, 14 y 20 du 28 febrero del 2006).

²⁵ Esta disposición concretiza el principio *accessorium sequitur principale* en virtud del cual la obligación accesoria sigue la suerte jurídica reservada a la obligación principal. Este principio está también contenido en los artículo 1420 § 2, 1468, 1543, 2046, 2131 y 2153 del Código civil hondureño (*cf.* Fernández Rozas 2008, *op. cit.*, p. 609).

²⁶ Cabe resaltar que en Argentina, a pesar de la inexistencia de una disposición que garantice el principio de separabilidad del convenio arbitral, los tribunales nacionales se pronunciaron ya, en el año 1918, a favor de la separabilidad, en un caso que oponía la Provincia de Buenos Aires a una compañía de ferrocarriles. En esta ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el convenio arbitral no seguía la suerte jurídica reservada al contrato base, luego de la declaración unilateral de la caducidad del contrato base por la parte estatal (Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Provincia de Buenos Aires c. Otto Franke y Compañía, n° 128: 402 del 19 de diciembre de 1918). En un fallo más reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial especificó que la forma endosada por el convenio arbitral – compromiso arbitral o clausula compromisoria – no modifica la naturaleza autónoma del convenio. Para este Tribunal, el convenio arbitral puede ser contemporáneo o no al contrato base sin que su validez dependa de este último. Por último, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial estimó que si bien es cierto que el principio de separabilidad no es codificado por el derecho argentino, él es internacionalmente admitido – en particular por la Ley-modelo CNUDMI –, motivo por el que se debe tomar en cuenta con la finalidad de subsanar la carencias del derecho argentino (Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, Enrique C. Welbers S.A.I.C.A.S. c. Extraktionstechnik Gesellschaft für Anlasenbav M.B.V del 26 de septiembre de 1988). *Cf.* Caivano Roque 2008, *op. cit.*, p. 214 ss.

²⁷ En este país, la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2^{do} Turno afirmó, al pronunciarse sobre una acción de nulidad de laudo expedido en Uruguay bajo el Reglamento CCI, que la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá prevalecen, en materia de arbitraje internacional, sobre el ordenamiento interno (Sentencia 161/2003, TAC 2^{do}, del 18 de junio del 2003).

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

especiales prohibidos por la Constitución.²⁸ Aunque esta jurisprudencia se alinea a la práctica arbitral internacional, la Suprema Corte de Justicia de este país adopta otra opinión. Estima que en materia de invalidez o nulidad de un contrato – aun existiendo un convenio arbitral –, el artículo 546 CC-Bo, de naturaleza imperativa, prevalece sobre las disposiciones de la Ley de arbitraje. Según esta norma, “[l]a nulidad y la anulabilidad de un contrato debe ser pronunciada conforme a la ley”.²⁹ La doctrina boliviana rechaza la jurisprudencia contenida en este fallo, puesto que considera que desconoce el principio *lex specialis derogat generali* según el cual la regla especial deroga a la regla general.³⁰

En Chile, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago expresó en la Sentencia Calzados La Florida Limitada/Calzados Crillón limitada del 20 de mayo de 1980 que

[e]l pacto de arbitraje, sea bajo la forma de compromiso o de cláusula compromisoria, constituye un contrato autónomo e independiente [...]. Por tanto, la existencia de la convención arbitral no está condicionada a la vigencia o subsistencia de un contrato en particular [...].

Esta Sentencia fue confirmada en 1994 por el mismo tribunal, quien precisó que el convenio arbitral no tiene

[...] las características de un acto accesorio, destinado a seguir siempre la suerte de otro principal. Por el contrario el acuerdo arbitral es un acto autónomo que tiene existencia y validez por sí mismo, independientemente de la relación jurídica que ocasiona el litigio que se somete a juicio de árbitro.³¹

Poco tiempo después de este fallo, la Suprema Corte de Justicia de Chile cambió esta línea jurisprudencial y afirmó que

si bien es cierto que una cláusula del contrato de autos obliga a los contratantes a someter a arbitraje las cuestiones relativas a la interpretación y ejecución del mismo, dicho arbitraje no puede surtir efectos cuando lo que se discute es la existencia o validez del

²⁸ Sentencia Constitucional n° 017/2001, Daniel Alejandro Maldonado López, del 19 marzo del 2001.

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, n° 27/2005 del 11 de febrero del 2005. Esta jurisprudencia constituye la confirmación de los principios establecidos en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, n° 060 del 29 de agosto del 2003, en la que la Alta Corte boliviana estimó que tratándose de una acción de invalidación o de nulidad del contrato, el artículo 546 CC-Bo es de aplicación imperativa.

³⁰ Ramiro Guevara / Jorge Luis Inchauste, “Arbitraje comercial internacional en Bolivia: Marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 154 et 156 s.

³¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI/Distribuidora Chilectra Metropolitana, SA, del 05 de abril de 1994.

contrato mismo, por lo que el juez árbitro no puede entrar a conocer de litigio alguno en que se ponga en duda su propia jurisdicción.³²

En cuanto a Venezuela, una parte de la doctrina considera, no sin razón, que – igual que en Bolivia y en Chile – la jurisprudencia adoptada por las cortes es confusa y contradictoria.³³ Es sabido que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido una postura restrictiva en cuanto al reconocimiento del principio de separabilidad. Es así como, por ejemplo, esta Sala declaró en la Sentencia TSJ/SPA/n° 2831 del 12 de diciembre del 2006, *Tanning Research Laboratories, Inc.* que debido a la terminación del contrato base “[...] debe concluirse que la cláusula compromisoria celebrada entre las partes, no puede surtir efectos jurídicos, [...] y que el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer de la presente demanda”. Sin embargo, cabe señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia emitió una sentencia de principio en la que no sólo consagra el principio de separabilidad sino también el de *Kompetenz-Kompetenz*. Ésta afirma que la Sala:

[...] ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene el compromiso arbitral (separabilidad, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “derrumbar” el mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana [...].³⁴

III. PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

El principio *Kompetenz-Kompetenz* es aquel en virtud del cual el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia.³⁵ Este principio está, como ya se ha dicho, estrechamente asociado al principio de separabilidad del convenio arbitral al que le garantizan su máxima efectividad.³⁶ El principio de *Kompetenz-Kompetenz* será analizado en función de sus dos efectos: (i) el efecto positivo y (ii) el efecto negativo.

³² Sentencia de la Corte Suprema de Chile, Patricio Millas Navarrete, del 26 de marzo de 1996.

³³ Cf. Roque Caivano 2008, *op. cit.*, p. 240 ss.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, n° 1541 del 17 de octubre 2008. Esta jurisprudencia fue confirmada un año después por el mismo tribunal en la sentencia TSJ/SC/n° 123 del 11 de febrero del 2009, Fermín Toro Jiménez y otros, y reafirmada en la sentencia TSJ/SC/n° 09-573 del 3 de noviembre del 2010.

³⁵ Dimolitsa, *op. cit.*, p. 320; Girsberger/Voser, *op. cit.*, p. 111, n° 408.

³⁶ Cf. artículo 16 Ley-modelo CNUDMI; Dimolitsa, *op. cit.*, p. 305. Para el Profesor Jerónimo Caivano Roque, el principio de la separabilidad, que está pensado con el objetivo de impedir que los vicios susceptibles de afectar

A. EFECTO POSITIVO

El efecto positivo de la competencia de la competencia permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia, en caso de objeción, sujeta a revisión por parte del juez estatal.³⁷ Este principio tiene la finalidad de impedir que prosperen las prácticas dilatorias que por su naturaleza obstaculizan el buen desarrollo del procedimiento arbitral.³⁸ Este objetivo es reforzado por la facultad que tienen los tribunales arbitrales de eludir el aplazamiento de la decisión de fondo, cuando la excepción de incompetencia es simultáneamente interpuesta ante un juez estatal.³⁹ Observemos que, en principio, el tribunal arbitral se pronuncia sobre su propia competencia únicamente cuando la defensa ataca la competencia de los árbitros antes de entablar cualquier defensa en cuanto al fondo.⁴⁰

En tal sentido, el destinatario del efecto positivo de este principio es el árbitro. En el derecho convencional, encuentra uno de sus fundamentos en el artículo V § 3 del Convenio Europeo de 1961 según el cual

[a] reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la *lex fori* contra el indicado laudo del tribunal de arbitraje ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fue impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato, transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso

y en el artículo 41 § 2 de la CWA que reza lo siguiente:

[t]oda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírlo, se consi-

al contrato base no se propaguen al convenio arbitral, se complementa con el principio *Kompetenz-Kompetenz* que tiene la finalidad de evitar la declinatoria prematura de la competencia del tribunal arbitral (Caivano Roque 2008, *op. cit.*, p. 252 ss).

³⁷ Leonel Perezniesto Castro / James A. Graham “El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana”, en: *Revista Lima Arbitration*, n° 2, 2007, Lima 2007, p. 244.

³⁸ Emmanuel Gaillard, La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence, en: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris 2005, p. 311 ss.

³⁹ Artículo 8 § 2 Ley-modelo CNUDMI; Dimolitsa, *op. cit.*, p. 328.

⁴⁰ Jean-François Poudret / Sébastien Besson, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruxelles, Paris, Zürich, Bâle, Genève 2002, p. 419, n° 471; Girsberger/Voser, *op. cit.*, p. 116, n° 424. En Ecuador, el tribunal arbitral debe pronunciarse de oficio sobre su propia competencia en la audiencia de sustentación (artículo 22 al. 1 LAM-Ec; cf. Juan Manuel Marchán/ Xavier Andrade Cadena, “Arbitraje comercial internacional en Ecuador: Marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Madrid 2009, p. 334).

derará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

En el ámbito latinoamericano, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional reconoce este principio de manera indirecta mediante la referencia que hace el artículo 3 de la CPa al artículo 18 § 1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (Regl. CIAC) que establece que “el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las objeciones de que carece de competencia, incluso sobre las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje”. La misma norma está consagrada en el Acuerdo de Buenos Aires (Mercosur) en su artículo 18 § 1. Esta regla se encuentra también en el artículo 16 § 1 de la Ley-modelo de la CNUDMI según la cual “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las objeciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.”

Casi la totalidad de las leyes de arbitraje de América Latina reconocen hoy por hoy el efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz* en términos similares a los utilizados por la Ley-modelo de la CNUDMI. Es así como los artículos 32 § 1 LAC-Bo (Bolivia), artículo 8 § 2 LA-Br (Brasil), artículo 16 § 1 LAC-Cl (Chili), artículo 79 § 1 LANI-Col (Colombia), artículo 16 § 1 LA-Cr (Costa Rica), artículo 13 D-Cub (Cuba), artículo 22 § 1 LAM-Ec (Ecuador), artículo 21 § 1 LA-Gu (Guatemala), artículo 60 § 1 LCA-Ho (Honduras), artículo 1432 § 1 CCo-Mx (México), artículo 42 § 1 LMA-Ni (Nicaragua), artículo 30 LACNI-Pa et artículo 202 Cst.Pa (Panamá)⁴¹, artículo 19 LAM-Py (Paraguay), artículo 41 § 2 LA-Pe (Perú), artículo 20 LAC-Rep.Do (República Dominicana), artículo 51 § 1 LMCA-Sv (El Salvador) y el artículo 7 y 25 § 1 LAC-Ve (Venezuela) codifican el efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Ahora, debemos señalar la más que lamentable jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en la que se falló que los tribunales estatales eran los únicos competentes para pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula compromisoria. Desde el punto de vista de los Profesores James A. Graham y Leonel Pereznieta Castro, la decisión 51/2005 del 11 de enero del 2006 refuerza la competencia del juez ordinario en detrimento de la competencia arbitral.⁴² El origen de esta decisión se encuentra en las opiniones de los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo en materia Civil del Primer Circuito. Mientras que el primero estimó que le pertenece a los árbitros pronunciarse

⁴¹ Cabe recordar que en Panamá se erigió el principio *Kompetenz-Kompetenz* en principio constitucional (artículo 202 Cst.Pa). Esta iniciativa fue motivada por las Sentencias del 13 de diciembre del 2001 et del 11 de junio del 2003 de la Corte Suprema de Justicia en la que los jueces estimaron que el principio *Kompetenz-Kompetenz* del artículo 17 aD-Pa (antiguo Decreto Ley de arbitraje vigente hasta el 8 de enero de 2014) violaba la garantía constitucional de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

⁴² Pereznieta Castro/Graham James 2007, *op. cit.*, p. 241.

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

sobre la validez del convenio arbitral,⁴³ el segundo consideró que esa competencia era pertenecía a los tribunales estatales.⁴⁴

Esta divergencia de opinión resulta de la interpretación que cada tribunal le dio a los artículos 1424 § 1⁴⁵ y 1432⁴⁶ del CCO-Mx. Así, el Sexto Tribunal estimó que una interpretación a contrario del artículo 1424 § 1 del CCO-Mx autorizaba al juez a rechazar el envío del caso a arbitraje cuando está probado que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o no es susceptible de ejecución. Sin embargo, esta Corte juzgo que el examen de la validez del convenio arbitral debía ser efectuado, primero, por el tribunal arbitral y, subsecuentemente, por el juez estatal, de tal forma que el artículo 1432 del CCo-Mx prevaleciera sobre el artículo 1424 del CCo-Mx. Con otro punto de vista, el Décimo Tribunal consideró que, a pesar del texto del artículo 1432 del CCo-Mx, cuando se le da contestación a la objeción de nulidad del convenio durante el procedimiento arbitral, el juez tiene la obligación de resolver la cuestión, bajo pena de quebrantar el artículo 14 de la Constitución Mexicana;⁴⁷ en el caso contrario – refiriéndonos al arbitraje – el juez reconocería tácitamente la validez del convenio arbitral.⁴⁸

Llamada a resolver esta controversia jurisprudencial, la Suprema Corte mexicana sostuvo que, contrariamente al artículo 1432 del CCo-Mx que le reconoce al tribunal arbitral la capacidad para decidir sobre su propia competencia, -incluso sobre cualquier excepción relativa a la existencia o a la validez del convenio arbitral-, los tribunales estatales eran los únicos competentes para pronunciarse sobre la nulidad de éste cuando subsiste una duda sobre la voluntad de las partes de dirimir la controversia por la vía arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes. De tal manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró que

⁴³ Decisión del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del 1^{er} Circuito, Amparo en revisión n° 3836/2004 del 11 noviembre del 2004.

⁴⁴ Decisión del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del 1^{er} Circuito, Amparo en revisión n° 31/2005 del 1^o de marzo del 2005.

⁴⁵ En virtud de esta regla “[e]l juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

⁴⁶ Esta norma dispone que “[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria”.

⁴⁷ Según esta disposición “[n]adie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

⁴⁸ Samuel García-Cuéllar Santa Cruz / Miguel Ángel Rocha Romero, “Arbitraje comercial internacional en México: marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 492.

[...] la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el la corte estatal [...].

No obstante esta consideración, la Corte precisa que el procedimiento arbitral relativo al fondo o a la existencia o validez del contrato principal puede iniciarse puesto que en este campo el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.⁴⁹

Con todo, es indiscutible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación desconoció el principio *Kompetenz-Kompetenz*, así como también el objetivo de eficacia máxima perseguido por sus dos efectos. Sin duda, el engranaje cronológico entre la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia y la obligación del juez de excusarse de la causa cobijada por el convenio arbitral, salvo los casos de constatación de la nulidad, de la ineficacia o de la inejecutabilidad del convenio arbitral, no es cosa fácil; en particular cuando, como en el caso, la cuestión de la validez del convenio arbitral es presentada ante el juez ordinario, y la ley no le prohíbe decidir sobre su propia competencia y la del tribunal arbitral.

Desde nuestro punto de vista, en su trabajo interpretativo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió optar por una política jurídica en favor de la plaza arbitral mexicana y debió, al menos, tomar en cuenta la teoría del efecto negativo relativo o limitado del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Según esta teoría, el control del juez debe limitarse a un análisis *prima facie* del convenio arbitral. De hecho, no sin suscitar cierta polémica, el efecto negativo del *Competence-Competence* se justifica, según algunos autores con los que estamos de acuerdo, en que “[...] el acuerdo a priori sobre las excepciones del convenio arbitral está infundado generalmente o es meramente dilatorio.”⁵⁰

Con este fallo, la Suprema Corte mexicana ubicó a su país dentro de aquellos que no conceden prioridad alguna al árbitro para pronunciarse sobre la validez y la eficacia del convenio arbitral. En otros términos, el juez ordinario dispone de un pleno poder de análisis en este campo, salvo acuerdo en contrario de las partes. Se deduce de esto que los jueces mexicanos se negaron, erróneamente, a entender el principio *Kompetenz-Kompetenz* como una regla de aplicación cronológica en función de la cual el árbitro es el primero llamado a pronunciarse sobre su propia competencia, dejándole al juez la posibilidad de proceder a un control judicial ulterior.⁵¹

Debe señalarse que el legislador mexicano ha puesto fin a esta controversia mediante la modificación del Código de Comercio. La reforma consistió en la introducción de un

⁴⁹ Cf. González de Cossío 2011, *op. cit.*, p. 281 s; Martín Virgilio Bravo Peralta, *Mexico*, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 541.

⁵⁰ Cf. Gabrielle Kaufmann-Kohler / Antonio Rigozzi, *Arbitrage International, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2ª ed., Berne 2010, p. 244, n° 439.

⁵¹ Philippe Fouchard, *La nullité manifeste de la clause compromissoire, limite à la compétence-compétence de l'arbitre*, in: *Revue de l'arbitrage* 2000, n° 1, Paris 2000, p. 99; Pereznieta Castro/Graham James 2007, *op. cit.*, p. 244.

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

nuevo capítulo que regula la intervención del juez estatal en el procedimiento arbitral. Según el artículo 1465 del CCo-Mx, el juez estatal debe remitir inmediatamente las partes al arbitraje salvo si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias o manifiestas.⁵² Por último, hay que subrayar que antes de que esta reforma fuera hecha, los Profesores James A. Graham y Leonel Castro Pereznieta consideraban que si bien era cierto que la obligación del juez de limitarse a un examen *prima facie* de la competencia de los árbitros no se basaba en ningún fundamento jurídico, era posible apoyar esta tesis mediante el uso de la jurisprudencia sobre la protección constitucional. Según ellos, la teoría de la “aparición de buen derecho” (*fumus bonis iuris*), que permite rechazar una demanda manifiestamente infundada, inconsistente o cuestionable en base a un examen superficial, correspondería a la noción de revisión *prima facie*. Por lo tanto, el juez no debía pronunciarse sobre la nulidad o la ineficacia del convenio arbitral, sino remitir el caso a arbitraje, en ausencia de una nulidad *prima facie*.⁵³

En Argentina – en la ausencia de ley de arbitraje – la consagración del efecto positivo del *Kompetenz-Kompetenz* es realizado por medio de la implementación de los instrumentos internacionales a los que este país se ha adherido, en particular por la Convención de Panamá (artículos 3 y 18 § 1 del Reglamento CIAC) y por el Acuerdo de Buenos Aires (artículo 18 § 1).⁵⁴ A pesar de ello, el profesor Julio Cesar Rivera prevé un panorama sombrío en lo concerniente al reconocimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* en Argentina. Según él, en este país, el árbitro no puede decidir sobre su propia competencia, ya que no tiene ninguna prioridad con respecto al juez ordinario que sea interpelado simultáneamente para pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral. Además, hasta el año 2001, si tanto el árbitro como el juez se estimaban competentes para resolver la cuestión, la práctica judicial de la Corte Suprema de Justicia argentina imponía la suspensión de las actuaciones arbitrales. Esta desafortunada solución se explicaba por la aplicación analógica del artículo 24 § 7 de la Ley n° 1285/1958 sobre la Organización de la Justicia Nacional y Federal, y del artículo 12 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) a los conflictos de competencia entre tribunales arbitrales y tribunales del Estado.⁵⁵ En virtud de la primera disposición, la facultad para pronunciarse en presencia de conflictos positivos de competencia entre tribunales que no tienen autoridad superior común le pertenece a la Corte Suprema de Justicia. La segunda disposición, disponía que

⁵² Consultar el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 27 de enero del 2011, disponible en el sitio <web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/com/CCom_ref43_27ene11.pdf>. [última consulta 18-07-2014].

⁵³ Pereznieta Castro/Graham James 2007, *op. cit.*, p. 248.

⁵⁴ Valeria Macchia/Ignacio Zapiola, “Arbitraje internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 125; González/Gómez, *op. cit.*, p. 703; Beatriz Pallarés / Jorge R. Alborno, Argentina, in: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 99; Julio César Rivera, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Buenos Aires 2007, p. 410.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, La Nación SA v. La Razón SA, del 1º de noviembre de 1988. Cf. Rivera, p. 421; Macchia/Zapiola, *op. cit.*, p. 126.

durante el conflicto de competencia los dos jueces debían suspender los procesos en curso. A partir de esta fecha, es decir desde el año 2001, el proceso judicial continúa frente al juez que primero haya recibido la demanda.

En un caso aún más reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial decidió aceptar la ejecución de un laudo arbitral dictado por un tribunal con sede en los Estados Unidos y cuyo procedimiento se desarrollaba en base a las reglas AAA. La particularidad de este caso reside en el hecho de que la Sala B de la misma Cámara de Apelaciones se había declarado competente para dirimir el litigio y, en consecuencia, había ordenado al tribunal arbitral, por medio de una resolución inhibitoria, la suspensión del procedimiento. El tribunal estatal justifica el reconocimiento del exequátur argumentando que la orden de suspensión del arbitraje era ineficaz debido a la inexistencia de una autoridad jerárquica superior común que pudiera resolver el conflicto de competencia y, además, haciendo valer que la excepción de incompetencia que fue puesta en su conocimiento constituía una infracción del convenio arbitral que tiene valor de ley para las partes.⁵⁶ En lo que respecta este caso, estimamos que es sorprendente que el juez argentino no haya hecho una mención detallada de los instrumentos internacionales a los que Argentina y los Estados Unidos se han adherido; en particular de la Convención de Panamá. Consideramos que esta mención hubiese tenido el mérito de clarificar, en la medida de lo posible, el panorama arbitral argentino. No obstante, nos adherimos a la doctrina que considera, con prudencia, que a pesar de la jurisprudencia algunas veces torpe de los tribunales argentinos, existen precedentes que consagran el reconocimiento del efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz*.⁵⁷ Algunos autores estiman que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debió analizar una eventual transgresión del orden público en virtud del artículo V § 2 (b) de la CNY, en la medida en que la aceptación del exequátur implicaría la violación de una decisión judicial firme y con autoridad como cosa juzgada.⁵⁸ Sin embargo, la Corte argentina desechó esta demanda

⁵⁶ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, *Cía. General de Combustibles SA*, JA 2001-III-53 del 23 septiembre de 1999; Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, *Reef Exploration Inc. v. Cía. General de Combustibles SA*, LL 2003-E-937 del 05 de noviembre del 2002. Cabe señalar que el argumento que consiste en afirmar que el convenio arbitral tiene valor de ley para las partes fue utilizado de nuevo, en un caso posterior, por la Corte Suprema de Justicia con la finalidad de desechar una excepción de arbitraje (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*, LL 2005-D du 05 abril 2005). Además, los jueces argentinos precisan en el considerando n° 1.6 de la decisión que “[...] es una norma internacionalmente reconocida que el tribunal arbitral pueda decidir las cuestiones suscitadas sobre su propia competencia, siendo revisables estas decisiones por el tribunal estatal competente (artículo 16 ley modelo de arbitraje comercial internacional)”.

⁵⁷ Macchia/Zapiola, *op. cit.*, p. 126; María de los Ángeles Nahid Cuomo / Mercedes, Rodríguez Giavarini “El arbitraje comercial internacional en Argentina”, en: *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, primera parte*, Lima 2010, p. 41 y 75 s. Cf. Sentencia del Tribunal de la Corte Suprema de Justicia, *SA Energomachexport v. Establecimientos Miron SAICIFA*.

⁵⁸ Julio César Rivera, “La aplicación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por parte de los tribunales de América Latina”, en: *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 73, n° 2, Buenos Aires 2013, p. 58.

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

con el argumento de que el laudo arbitral atacado no era incompatible, según el artículo 517 CPCCN, con cualquier decisión anterior o simultánea pronunciada por un tribunal de la Nación puesto que, técnicamente hablando, la decisión de inhibitoria no podía ser calificada como una decisión estatal. De hecho, según este tribunal, las decisiones estatales tienen que respetar “[...] la regla de la bilateralidad, necesaria para el ejercicio del derecho a la defensa”.

En Uruguay, la jurisprudencia parece haber adoptado una posición pragmática según la cual, en virtud del artículo 491 CGP-Uy, las cuestiones relacionadas con el contrato principal están sometidas al tribunal arbitral. De esta manera, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil les reconoció a los árbitros la capacidad para pronunciarse sobre su propia competencia.⁵⁹ En lo que respecta a la aplicabilidad de las disposiciones del CGP-Uy a los arbitrajes internacionales, corresponde señalar que mayoritariamente la doctrina estima que éstas no se aplican a este tipo de procedimientos, con la excepción de las disposiciones relativas al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.⁶⁰ Cabe decir, sin embargo, que con la modificación legislativa del 3 agosto del 2013, el nuevo artículo 475 § 2 CGP-Uy dispone que le corresponde al tribunal arbitral conocer las cuestiones relativas a la validez y a la eficacia de la cláusula compromisoria y del contrato. Si bien es cierto que esta disposición no reza textualmente que los tribunales arbitrales están facultados para pronunciarse sobre su propia competencia, esperamos que los jueces uruguayos la interpretarán de manera favorable, estimando que contiene el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* y que la aplicarán, por analogía, a los litigios internacionales. Por otra parte, como Argentina, Uruguay es parte de la Convención de Panamá (artículo 3) y del Acuerdo del Mercosur (artículo 18 § 1) que consagran este principio.

En Venezuela, pese a la claridad de los artículo 7 y 25 § 1 de LAC-Ve, la jurisprudencia de los tribunales estatales es algo contradictoria.⁶¹ Por un lado, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia considera que la competencia de los árbitros debe ser determinada por los tribunales ordinarios.⁶² Por otro lado, la Sala de

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil n° 6, en: Daniel Hargain / Gabriel Mihali, “Uruguay”, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 711.

⁶⁰ Cf. González/Gómez, *op. cit.*, p. 691; Paul F. Arrighi, “El arbitraje comercial en el derecho uruguayo”, en: *The impact of Uniform Law on national Law: limits and possibilities/L'incidence du droit uniforme sur le droit national: limites et possibilités*, México 2010, p. 242; Santos Belandro 2010, *op. cit.*, p. 81; Fernández Rozas 2008, *op. cit.*, p. 247.

⁶¹ La primera disposición reza lo siguiente: «[e]l tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje». La segunda estipula que «[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite».

⁶² Cf. Sentencia de la Sala Político Administrativa CSJ, Hyunday de Venezuela CA v. Hyunday Motor Com-

Casación Civil y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estiman que los árbitros pueden pronunciarse sobre su propia competencia. Es así que en la decisión de la Sala de Casación Civil *Operaciones F.F.C.A.*, n° RC.01314 del 19 de agosto del 2004, el tribunal declaró que “[...] la validez del acuerdo de arbitraje comercial no se discute en tribunales ordinarios, sino ante el Tribunal Arbitral”.⁶³

En América Latina, generalmente la excepción de incompetencia debe ser interpuesta, a más tardar, en el momento de la entrega del memorial de contestación de demanda. No obstante, el tribunal arbitral puede excepcionalmente revisar su propia competencia aunque la contestación sea tardía.⁶⁴ Venezuela deroga esta regla y aprueba la admisibilidad de la excepción de incompetencia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite (artículo 25 LAC-Ve).

En Bolivia, en Colombia, en Chile, en Costa Rica, en Guatemala, en Honduras, en México, en Panamá, en Paraguay y en Perú, el tribunal arbitral que tiene que pronunciarse sobre una excepción de incompetencia debe resolver el asunto ya sea de manera preliminar o con un laudo que resuelva de fondo.⁶⁵ Las legislaciones de la República Dominicana (artículo 20 LAC-Rep.Do) y de El Salvador (artículo 51 § 4 LMCA-Sv), le imponen al tribunal arbitral resolver este tema únicamente como de manera preliminar. Las leyes de Brasil, de Ecuador, de Cuba y de Venezuela no dicen nada al respecto.

Por último, las decisiones arbitrales relativas a la excepción de incompetencia son, por regla general, sujetas a recurso inapelable, ya sea que sean objeto de un laudo preliminar o de un laudo final. Si el tribunal arbitral decide, por economía procesal, que es competente por medio de un laudo incidental, una parte podrá requerir al tribunal ordinario que se pronuncie dentro de un corto plazo – de 15 a 30 días según los diferentes regímenes – después de la recepción de la notificación de la decisión arbitral.⁶⁶ A la espera

pany, del 21 de octubre de 1999; TSJ/SCO/n° 1981 del 16 de octubre del 2001, Venezolana de Televisión, C.A. c/Electronica Industriale S.P.A. Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz; Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Hotel Doral CA c. Corporación L'Hoteles CA, Expte. 2000-0775, n° 01209 del 20 de junio del 2001.

⁶³ En el mismo sentido, cf. TSJ/SC/n° 1541 del 17 de octubre del 2008; Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, *Hanover* PGN Compresor CA c. Consorcio COSACONVECA, Expte. 2000-000532 del 08 de febrero del 2002; Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Promotora EP, 1697 CA c. Asociación civil El Carrao, Expte. 04-574, n° 874 del 13 de agosto del 2004. Cf. Alfredo De Jesus O., “El acuerdo de arbitraje y la cláusula de resolución unilateral en el derecho venezolano”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá 2006, n° 5, p. 226.

⁶⁴ En nuestra opinión, este será el caso, por ejemplo, cuando se plantea la cuestión de la arbitrabilidad objetiva.

⁶⁵ Cf. artículo 16 § 3 Ley-modelo CNUDMI según el cual «[e]l tribunal arbitral podrá decidir las excepciones [...] como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo [...]».

⁶⁶ El recurso de anulación es la vía legal indicada contra el laudo arbitral en el que el tribunal arbitral se declaró erróneamente competente o incompetente. Las disposiciones pertinentes en América Latina se encuentran en los artículos 79 § 6-7 LANI-Col (Colombia), artículo 41 § 4-5 LA-Pe (Perú) y artículo 20 § 3 LAC-Rep.Do (República Dominicana). En cambio, las leyes de arbitraje de Bolivia, Chile, Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua y Paraguay prevén un recurso únicamente contra el laudo en el que el tribunal arbitral se declaró competente. Esto se

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

de una decisión sobre esta solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo,⁶⁷ salvo en Paraguay donde se le prohíbe expresamente al tribunal arbitral expedir el laudo, a pesar de la continuación del procedimiento (artículo 19 § 4 LAM-Py), y en Nicaragua donde el procedimiento arbitral queda suspendido (artículo 42 § 3 LMA-Ni). De lo anterior se desprende que existen tres garantías procesales establecidas con el objetivo de desestimar cualquier tentativa dilatoria, a saber (i) el corto plazo para recurrir ante la justicia estatal, (ii) la inapelabilidad de las decisiones judiciales y (iii) la libertad de proseguir las actuaciones arbitrales y de pronunciar un laudo arbitral en el intervalo.⁶⁸ Algunas leyes de arbitraje como la de Nicaragua (artículo 42 § 3 LMA-Ni) y la de Paraguay (artículo 19 § 3 LAM-Py) le imponen, además, al juez ordinario, en un plazo de 15 días, respectivamente de 7 días para que tome una determinación.

B. EFECTO NEGATIVO

Aún más controvertido que el efecto positivo, es el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*, en su sentido más amplio, pues le prohíbe al juez estatal pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral y la competencia del tribunal arbitral.⁶⁹ Por lo tanto, a diferencia del efecto positivo, el efecto negativo se dirige a las jurisdicciones estatales.⁷⁰ Al igual que su opuesto, el efecto negativo persigue el objetivo de máxima eficacia.⁷¹ El efecto negativo se caracteriza por la instauración de una “regla de prioridad que debe entenderse en el sentido cronológico y no jerárquico.”⁷² Los Profesores Jean-François

explica por la influencia ejercida en estos países por el artículo 16 § 3 Ley-modelo CNUDMI.

⁶⁷ Cf. artículo 16 § 3 Ley-modelo CNUDMI, artículo 34 § 3 LAC-Bo (Bolivia), artículo 20 § 2 LA-Br (Brasil), artículo 16 § 3 LAC-Cl (Chile), artículo 79 § 5-7 LANI-Col (Colombia), artículo 16 § 3 LA-Cr (Costa Rica), artículo 21 § 3 LA-Gu (Guatemala), artículo 1432 § 3 CCo-Mx (México), artículo 19 § 3-4 LAM-Py (Paraguay), artículo 41 § 4-5 LA-Pe (Perú) y artículo 20 § 3 LAC-Rep.Do (República Dominicana).

⁶⁸ Fernández Rozas 2008, *op. cit.*, p. 626.

⁶⁹ Se trata del juez del fondo y no del juez de apoyo o de la autoridad del recurso de la sede del arbitraje.

⁷⁰ El efecto negativo en sentido estrecho subordina la declinatoria de competencia del juez estatal a la petición de una de las partes de ser remitida delante del tribunal arbitral y/o al examen *prima facie* del convenio arbitral.

⁷¹ Emmanuel Gaillard, L'effet négatif de la compétence-compétence, en: *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne* 1999, p. 399, 515. Al respecto, este autor estima que «[e]l argumento fundado en el interés de hacer fracasar los tácticas dilatorias se sitúa en la continuación del precedente [argumento de la economía de medios]. Él justifica, sin embargo, de manera más clara el efecto negativo de la competencia-competencia. Incluso si los árbitros reciben igualmente el poder de pronunciarse sobre estas cuestiones en virtud del efecto positivo del principio competencia-competencia, la existencia de un contencioso paralelo delante de las jurisdicciones estatales sobre la validez o el alcance del convenio arbitral perturba el desarrollo del arbitraje» (traducción del autor). En la medida en que el arbitraje supone la renunciación al foro natural, ciertos autores ven en esta regla la expresión del *adagio ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* que puede traducirse de la siguiente manera: «cuando las partes están de acuerdo, el juez no es necesario» (Fernández Rozas 2001, p. 41 ss).

⁷² Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 415 s., n° 660.

Poudret y Sébastien Besson aclaran esta afirmación cuando especifican que “su decisión [la del tribunal arbitral] es prioritaria únicamente respecto a la de la autoridad de control de la sede quien conocerá el asunto en el momento del recurso.”⁷³ La decisión del tribunal arbitral podrá también ser revisada por el juez del exequátur.⁷⁴

El fundamento convencional del efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* se encuentra en el artículo II § 3 CNY según el cual

[e]l tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable⁷⁵

y en el artículo VI § 3 del Convenio Europeo de 1961 que estipula que

[s]i una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal estatal de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá deferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma.

Estas disposiciones fueron tomadas de manera lapidaria por el artículo 8 § 1 de la Ley-modelo CNUDMI que prevé:

[e]l tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas [...], a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Una lectura cuidadosa de estas disposiciones permite detectar una diferencia mayor. Mientras que los artículo II § 3 CNY y artículo 8 § 1 Ley-modelo CNUDMI – y los regímenes que se inspiran en ella – le imponen al juez ordinario la sumisión de la causa

⁷³ Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 407, n° 457.

⁷⁴ *Cf.* artículo V ch. I (c) CNY.

⁷⁵ Nótese que esta disposición se inspira del artículo 4 del Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial que reza «[L]os tribunales de los Estados contratantes, que entren a conocer un litigio relativo a un contrato concluido entre personas de las mencionadas por el artículo 1 y que comporte un compromiso o una cláusula compromisoria válida en virtud de dicho artículo y susceptible de ser aplicada, remitirán a los interesados al juicio de árbitros si así lo solicitare uno de ellos. Esta remisión es sin perjuicio de la competencia de los tribunales en el caso de que, por un motivo cualquiera, el compromiso, la cláusula compromisoria o el arbitraje hayan caducado o devenido inoperantes».

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

al arbitraje únicamente en presencia de una excepción de arbitraje, es decir cuando así lo solicita una de las partes,⁷⁶ el artículo VI § 3 del Convenio Europeo de 1961 no subordina la declinatoria de competencia al requerimiento de una de ellas.

No obstante la consagración internacional del efecto negativo del convenio arbitral, la aceptación de la inhibición del juez estatal en favor del arbitraje no es acogida de manera uniforme por todas las legislaciones acá estudiadas. En este sentido, en un análisis muy completo sobre el tema, Antonias Dimilitsa afirma que “la prioridad en el tiempo del ejercicio de la competencia-competencia, aunque parece racionalmente inherente al principio, está bien lejos de ser aceptada de manera general por los órdenes jurídicos nacionales.”⁷⁷ De los regímenes estudiados, tres categorías de países se distinguen, la primera prescribe una aceptación completa de la regla de la prioridad de la competencia-competencia, la segunda consagra una aceptación incompleta del efecto negativo, y la tercera reconoce el principio – totalmente o parcialmente – por vía jurisprudencial.

A la primera categoría pertenecen las legislaciones que adoptaron sin ambages una redacción clara, permitiendo de tal modo la aplicación – sin restricciones – de la competencia-competencia. Panamá (artículo 17 y 30 LACNI-Pa), Perú (artículo 3 § 1 LA-Pe) y Venezuela (artículo 5 § 2 LAC-Ve) integran este grupo. En Panamá y en Perú, el juez debe declinar *ex officio iudicis* su competencia cuando se percata de la existencia de un convenio arbitral entre las partes. En los otros países enumerados más abajo, la remisión al arbitraje está condicionada a la solicitud de una de las partes y/o al control *prima facie* del convenio arbitral. Las leyes de arbitraje de Panamá y de Perú son entonces las más liberales en este campo. El artículo 17 § 3 LACNI-Pa dispone que “[e]l efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral”, mientras que el numeral 4 de esta disposición establece que

[E]l juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción, o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje [...].

⁷⁶ La excepción de arbitraje no debe ser confundida con la excepción de incompetencia, la primera se realiza cuando una parte pide al juez, sobre la base de un convenio arbitral, declinar su competencia, mientras que la segunda es aquella por la cual una parte requiere al tribunal arbitral que se declare incompetente para dirimir el litigio que es objeto de un convenio arbitral. Sin embargo, como la excepción de incompetencia, la excepción de arbitraje debe ser invocada *in limine litis*, es decir antes de cualquier defensa en cuanto al fondo (cf. Fernández Rozas 2008, *op. cit.*, p. 675; González/Gómez, *op. cit.*, p. 698). Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 1^{ra} Sala, Germán Torres González, / Eduardo Alfonso Ponce Jerez, del 21 marzo del 2005 en la que la Alta Corte rechazó la solicitud de excepción de arbitraje interpuesta en segunda instancia por una de las partes que había procedido en cuanto al fondo en primera instancia. Los jueces estimaron que el comportamiento del requirente implicaba una renunciación tacita al convenio arbitral.

⁷⁷ Dimolitsa, *op. cit.*, p. 329.

De manera más lacónica, el artículo 3 § 1 LA-Pe se limita a decir que “[e]n los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.”⁷⁸ Esta disposición tiene por objeto evitar la intervención judicial que iría más allá del ámbito de intervención y/o de control autorizado por la Ley de arbitraje. En la medida en que la legislación peruana no le otorga al juez estatal la facultad para pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral, estimamos que cualquier intervención estatal en este sentido debe estar prohibida. Por lo tanto, los jueces estatales ante los que se incoó el fondo del asunto, a pesar de la existencia del convenio arbitral, reenviarán de inmediato a las partes al arbitraje. En Venezuela, en virtud del artículo 5 § 2 LAC-Ve “[e]l acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.” No se trata de una exclusión absoluta de la jurisdicción de los tribunales estatales, sino de una regla de prioridad cronológica que le otorga a los tribunales arbitrales la competencia para decidir inicialmente sobre su propia competencia.⁷⁹

Una última observación debe hacerse acerca de las legislaciones panameñas y peruanas. Estimamos que las leyes de estos dos países son más liberales que la Ley francesa de arbitraje internacional – que prevé un examen *prima facie* del convenio arbitral cuando el tribunal arbitral no ha aún sido requerido –, ya que ellas ordenan la inhibición del juez estatal en todo momento.⁸⁰ Teniendo en cuenta la jurisprudencia contradictoria de los tribunales venezolanos en la materia, esta observación no es válida para este país.

A la segunda categoría pertenecen las legislaciones que optaron por una formulación textual o incluso parecida a la del artículo 8 § 1 de la Ley-modelo CNUDMI. Forman parte

⁷⁸ Cf. artículo 5 Ley-modelo CNUDMI.

⁷⁹ Cf. Alfredo De Jesús O., “Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano”, en: *Arbitraje comercial interno e internacional, reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas 2005, p. 115 ss. Este autor considera que la regla del reenvío directo de la causa al arbitraje sufre una excepción cuando el convenio arbitral es manifiestamente nulo (Alfredo Jesús O. 2005, *op. cit.*, p. 118). Este será el caso cuando el convenio arbitral vierta sobre una materia inarbitrable según el artículo 3 LAC-Ve. Observemos acá que en Venezuela, a pesar de la claridad del texto del artículo 5 LAC-Ve, existe una práctica jurisprudencial contradictoria que le reconoce a las jurisdicciones estatales la facultad para pronunciarse sobre la competencia de los árbitros (Luis Alfredo Araque Benzo / Alfredo Almándo Monterola / Antonio José Eliaz, “El arbitraje comercial internacional en Venezuela: marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 733). Se debe sin embargo señalar la Sentencia TSJ/SC/n° 09-573 del 3 de noviembre del 2010 en la que la Sala Constitucional consideró que «[...] la verificación sumaria debe limitarse a (i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito».

⁸⁰ En Francia, el artículo 1448 NCPC dispone que “[c]uando un litigio sometido a arbitraje se plantee ante una jurisdicción del Estado, estos habrán de declararse incompetentes salvo que aún el tribunal arbitral no tenga conocimiento de la causa y si el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable” (traducción del autor). Esta disposición distingue dos situaciones. La primera concierne la eventualidad en la que un tribunal arbitral está ya en conocimiento del litigio, en cuyo caso la jurisdicción estatal debe declararse incompetente. Es ésta la expresión del carácter absoluto del principio *Kompetenz-Kompetenz*. La segunda se refiere a la hipótesis en la que el tribunal arbitral no tiene aún conocimiento de la causa, en cuyo caso el tribunal ordinario puede declararse incompetente solamente si el convenio arbitral no es manifiestamente nulo o inaplicable. Por lo tanto, el control del convenio arbitral debe limitarse a un análisis *prima facie*.

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

de este grupo los siguientes países: Bolivia (artículo 12 § 2 LAC-Bo), Colombia (artículo 67 y 70 LANI-Col), Costa Rica (artículo 5 y 8 LA-Cr), Cuba (artículo 15 D-Cub), Ecuador (artículo 7 LAM-Ec), Guatemala (artículo 11 § 1 LA-Gu), Honduras (artículo 40 (b) LCA-Ho), El Salvador (artículo 31 (b) LMCA-Sv), Nicaragua (artículo 28 LMA-Ni), México (artículo 1424 CCo-Mx), Paraguay (artículo § 1 LAM-Py) y República Dominicana (artículo 8 y 12 LAC-Rep.Do). A pesar de la aparente similitud entre los textos, se deben distinguir las leyes de arbitraje que condicionan el reenvío al arbitraje al prerequisite del control *prima facie* del carácter nulo, ineficaz o de ejecución imposible del convenio arbitral, y aquellas que lo condicionan además a la solicitud de una de las partes, en general el demandado.

De esta manera, en Ecuador, el juez del fondo debe declinar su competencia cuando constate la inexistencia de un convenio arbitral que vincule a las partes, pero, previamente, él debe proceder a un control somero del convenio arbitral. En este sentido, el artículo 7 § 2 de la Ley ecuatoriana de arbitraje dispone que “[...] los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que se hayan originado [las controversias], salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley [...]”. Cabe señalar que esta disposición tiene la particularidad de codificar el principio *favor arbitralis* en virtud del cual “[e]n caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.”⁸¹ En Paraguay, según el artículo 11 § 1 de la LAM-Py

[...] el juez al cual se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, [...], a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Este principio está, además, codificado en los artículos 224 (h) y 232 del Código Procesal Civil de Paraguay. En virtud de estas disposiciones, si la excepción de «convenio arbitral» no es desechada por el juez estatal, el demandante podrá recurrir ante el tribunal arbitral.⁸² En Cuba, el artículo 15 D-Cub precisa que los tribunales de la jurisdicción ordinaria:

[...] se abstendrán de conocer de aquellos asuntos en relación con los cuales exista un acuerdo o convenio por el que expresamente se someta el mismo a una solución arbitral, salvo que estime, a instancia de parte, que dicho acuerdo o convenio es nulo, ineficaz e inaplicable.

⁸¹ Cf. Juan Manuel Marchán /Xavier Andrade Cadena, “Arbitraje comercial internacional en Ecuador: Marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Madrid 2009, p. 330.

⁸² Cf. Luis A. Breuer/ Diego M. Zavala, “Paraguay”, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 619.

Se desprende de esto que en Cuba los tribunales estatales declinaran de oficio su competencia, salvo que la validez del convenio arbitral sea puesta en duda⁸³ El procedimiento está invertido con respecto a los otros regímenes legales estudiados, en los cuales el examen *prima facie* del convenio arbitral se hace de oficio y no a instancia de parte. Sin embargo, el régimen cubano de arbitraje comercial internacional no precisa si una vez emitida la solicitud, el juez ordinario debe proceder a un examen completo de la cuestión o si debe limitarse a un examen superficial. En Guatemala, el artículo 11 § 1 de la LA-Gu dispone que “[...] el acuerdo arbitral impedirá a los jueces y Tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia”. En otras palabras, desde el momento de la introducción de la excepción de arbitraje por la parte demandada, el juez ordinario debe inhibirse *ex officio iudicis* para pronunciarse sobre el fondo del asunto y remitir inmediatamente las partes al arbitraje⁸⁴ Una parte de la doctrina arbitral guatemalteca que nosotros aprobamos considera que si el juez ordinario “[...] recibe una demanda en donde, en la documentación acompañada aparece un acuerdo arbitral que obliga al demandante a utilizar la vía o proceso arbitral, dicho Juez, de oficio está obligado a conocer de dicho asunto e inhibirse de conocerlo.”⁸⁵ Finalmente, en Honduras (artículo 40 § 1 (b) de la LCA-Ho) y en El Salvador (artículo 31 (b) de la LMCA-Sv) el juez estatal que tome conocimiento de un litigio sujeto a convenio arbitral debe declararse incompetente cuando se lo solicite la parte demandada.

Dentro de las legislaciones latinoamericanas que exigen aún como requisito previo el control *prima facie* del carácter caduco, inoperante o inaplicable del convenio arbitral se encuentran también las leyes de Bolivia, de Costa Rica y de México. En estos países, en concordancia con la teoría del efecto negativo relativo o limitado del principio *Kompetenz-Kompetenz*, el juez debe remitir – después de la solicitud de una de las partes – la causa al arbitraje, a menos que la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución sea notoria o evidente. En otros países como Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana o Venezuela, este control, por pequeño que sea, no es requerido.

Antes de comentar la aceptación del efecto negativo por la vía jurisprudencial en los países que componen la tercera categoría, y para terminar el panorama comparativo de las legislaciones que entran en la primera y segunda categoría, se debe constatar que las leyes de Bolivia, de Costa Rica, de México y de Paraguay – las menos liberales de estos dos

⁸³ Rodolfo Dávalos Fernández, “Arbitraje comercial internacional en Cuba: marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 273 ss.

⁸⁴ Se debe señalar que el legislador guatemalteco emplea de manera errónea, como su homólogo dominicano, el término «excepción de incompetencia» para referirse a la excepción de arbitraje.

⁸⁵ Álvaro Castellanos Howell, “El arbitraje comercial internacional en Guatemala: marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 423; Álvaro Castellanos Howell / Elena Paniagua de Rohrmoser, “Guatemala”, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 476.

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

grupos – imponen al juez ordinario, antes de proceder a la declinación de su competencia, el respeto de dos condiciones cumulativas: (i) la solicitud de declinatoria debe emanar de una de las partes y (ii) proceder al examen *prima facie* del convenio arbitral.

El caso de Nicaragua es un caso aparte puesto que, en una primera etapa, según el artículo 28 LMA-Ni, el tribunal estatal, al que se someta un asunto que deba ser ventilado por un tribunal arbitral, remitirá a las partes al arbitraje a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o cuando la existencia del convenio arbitral llegue al conocimiento del tribunal estatal. Así, en este país, la decisión del tribunal estatal no está subordinada a la solicitud de reenvío e inhibitoria de una de las partes. Sin embargo, en una segunda etapa, la disposición antes mencionada, dispone que este no será el caso cuando el demandante “argumente y demuestre que dicho acuerdo [el convenio arbitral] es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. En nuestra opinión, esta última frase implica un examen completo de la cuestión y no un examen *prima facie*.

El cuadro comparativo abajo reproducido ilustra la consagración legislativa del efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* por las diversas leyes de arbitraje analizadas.

Comparativo legislativo respecto al efecto negativo	
Remisión inmediata sin petición	Remisión sometida a petición
Ecuador (artículo 7 LAM-Ec)	Bolivia (artículo 12 § 2 et 3 LAC-Bo)
Cuba (artículo 15 D-Cub)	Colombia (artículo 70 al. LANI-Col)
Panamá (artículo 17 § 3 y 4 LACNI-Pa)	Costa Rica (artículo 8 LA-Cr)
Perú (artículo 3 LA-Pe)	Guatemala (artículo 11 § 1 LA-Gu)
Venezuela (artículo 5 § 2 LAC-Ve)	Honduras (artículo 40 (b) LCA-Ho)
	El Salvador (artículo 31 (b) LMCA-Sv)
	México (artículo 1424 CCo-Mx)
	República Dominicana (artículo 12 LAC-Rep.Do)
	Paraguay (artículo 11 al. 1 LAM-Py)
Sin examen <i>prima facie</i>	Con examen <i>prima facie</i>
Colombia (artículo 70 § 1 LANI-Col)	Bolivia (artículo 12 § 2 et 3 LAC-Bo)
El Salvador (artículo 31 (b) LMCA-Sv)	Costa Rica (artículo 8 LA-Cr)
Guatemala (artículo 11 § 1 LA-Gu)	México (artículo 1424 et 1465 CCo-Mx)
Honduras (artículo 40 (b) LCA-Ho)	Paraguay (artículo 11 § 1 LAM-Py)
Panamá (artículo 17 § 3 y 4 LACNI-Pa)	
Perú (artículo 3 LA-Pe)	
República Dominicana (artículo 12 LAC-Rep.Do)	
Venezuela (artículo 5 al. 2 LAC-Ve)	

La tercera categoría está compuesta por los países cuyos tribunales estatales han aceptado el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* no obstante de la ausencia de una base legal en sus legislaciones. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina confirmó la decisión del juez de primera instancia según la cual la constatación de la existencia de un convenio arbitral era suficiente para remitir las partes al arbitraje, y por lo tanto para desechar «la excepción de incompetencia».⁸⁶ Por

⁸⁶ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, Amadori, Luis A./Pirovano de

medio de esta decisión, los jueces argentinos confirmaron la jurisprudencia desarrollada en el fallo Reef Exploration Inc. V. Cía. General de Combustible SA, LL 2003-E-937 del 05 de noviembre del 2002 que consiste en reconocerle al convenio arbitral valor de ley para las partes.

A pesar de estas decisiones a favor del reconocimiento del efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*, la existencia de una ley de arbitraje que adopte los principios del artículo II § 3 CNY y del artículo 8 § 1 Ley-modelo CNUDMI habría evitado el pronunciamiento de decisiones contrarias a ellos.⁸⁷ Por consiguiente, es con razón que nos adherimos a la doctrina mayoritaria de este país que considera que esta incertidumbre jurídica atenta contra el desarrollo del arbitraje en Argentina.⁸⁸

En Chile, la ausencia de una disposición que consagre expresamente el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* no impidió su reconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia. En un fallo del 26 de abril del 2001, este tribunal afirmó que “[t]anto el compromiso como la cláusula compromisoria tienen un importante efecto común: la excepción de arbitraje.”⁸⁹ La Alta Corte chilena consideró que la excepción de arbitraje consiste en el derecho de una de las partes de solicitar al juez estatal el remitir la causa al tribunal arbitral, cuando una de las partes acude a la justicia ordinaria.⁹⁰

En Brasil, la Corte de Apelaciones del Estado Rio Grande do Sul expidió una decisión el 12 de noviembre del 2008 en el caso TFL Italia v. Coraquim Industria de Produtos Químicos e Representações LTDA en la que los jueces se declararon incompetentes debido a la existencia de un convenio arbitral.⁹¹ Esta decisión retoma la opinión expresada por el Tribunal Superior de Justicia que reconoció la competencia del tribunal arbitral para

Badariotti, Raquel F., y otro, del 08 de marzo del 2003. En este país, como el legislador de Guatemala y de la República Dominicana, la jurisprudencia y la doctrina emplean el término «excepción de incompetencia» para designar la excepción de arbitraje (cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV, LL 2005-D del 05 de abril 2005; Beatriz Pallarés / Jorge R. Albornoz, “Argentina”, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica – Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 104 s.).

⁸⁷ Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Basf Argentina S.A. c. Capdevielle Kay y Cía. S.A., del 11 de mayo del 2004.

⁸⁸ Cf. Macchia/Zapiola, *op. cit.*, p. 126; Roque Jerónimo Caivano, “La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente”, en: *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, n° 70, Buenos Aires 2010, p. 62 et 72 ss; Rivera, p. 421.

⁸⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Jorge Filiador Fernández Serrano / Sociedad Forestal Vildósola Ltda, del 26 de abril del 2001.

⁹⁰ Cf. Gonzalo Fernández Ruiz, “Arbitraje comercial internacional en Chile: marco legal y jurisprudencial”, en: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*, Madrid 2009, p. 296; Fernández Rozas 2008, *op. cit.*, p. 695 s.

⁹¹ La Corte estima en particular que «no caso, considerando que a cláusula foi estabelecida entre partes capazes e não hipossuficientes; por escrito; de forma expressa tanto quanto à sua existência quanto ao seu alcance; sem ofensa à ordem pública; encaixando-se nas hipóteses de manifestação da autonomia da vontade; tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis (compra e venda de mercadorias), não cabe ao Judiciário examinar a postulação da parte autora – o que, de forma alguma, caracterizaria ofensa ao disposto no artículo 5º, XXXVI, da Constituição Federab».

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

pronunciarse primero sobre la validez del convenio arbitral.⁹² Esta tendencia a favor del efecto negativo se consolidó con la decisión de la Corte de Apelaciones del Estado de Sao Paulo del 12 de abril 2012 y con la decisión del Tribunal Superior de Justicia del 21 de mayo del 2013. En la primera decisión, los jueces estimaron que cuando se hace evidente que el convenio arbitral es nulo y sin efecto, los tribunales estatales poseen la competencia para pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral. Según la Corte, esta hipótesis justifica una excepción al principio *Kompetenz-Kompetenz* en la medida en que el laudo pronunciado al término del procedimiento sería de todas maneras anulado posteriormente por las autoridades judiciales.⁹³ Con esta decisión, este tribunal parece aceptar el principio según el cual el juez ordinario debe remitir la causa al arbitraje, salvo si el convenio arbitral es manifiestamente nulo, ineficaz o de ejecución imposible. En la decisión del 21 de mayo del 2013, el Tribunal Superior de Justicia resumió, de manera acertada, el funcionamiento del efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Para este tribunal, hay coexistencia entre las competencias de los árbitros y la de los jueces estatales para pronunciarse sobre la existencia, la validez, la extensión y la eficacia del convenio arbitral. Sin embargo, estas competencias intervienen en momentos procesales diferentes: el poder judicial solo puede intervenir después de la emisión del laudo, conforme a los artículos 33 I y 33 LA-Br.⁹⁴ Finalmente, una parte de la doctrina brasileña estima que el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* está garantizado por el artículo 267 § 7 del Código Procesal Civil brasileño que dispone que el proceso se termina, sin decisión de fondo, cuando existe un convenio arbitral.⁹⁵

Por medio de la decisión del 24 de marzo del 2006, la Corte Suprema de Justicia de Uruguay consideró que en virtud del artículo II § 3 CNY los tribunales estatales están en la obligación de remitir las partes al arbitraje cuando una de las partes así lo requiera, a menos que se constate que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Según la Alta Corte uruguaya, la nulidad, la ineficacia o la inaplicabilidad del convenio arbitral internacional debe analizarse, de un lado, a la luz del derecho convencional internacional y, por otro lado, bajo el ángulo restringido del derecho interno. Además, los jueces uruguayos señalaron que la nulidad, la ineficacia o la inaplicabilidad deben fundarse sobre motivos de peso o vicios groseros que impidan reconocer la validez del convenio arbitral.

⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, *Americal v. Compushopping Informatica Ltda. Y otros*, del 11 de abril del 2003.

⁹³ <<http://globalarbitrationreview.com/reviews/48/sections/167/chapters/1866/brazil>>, comentarios de Maciel Soares /Verona De Lima [última consulta 16-10-2013].

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, *Samarco Mineração S/A v. Jerson Valadares Da Cruz*, del 21 de mayo del 2013. A continuación el extracto en portugués: «[d]e fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem».

⁹⁵ Welber Barral Oliveira/Adriana Silva Maillart, "Brasil", en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica - Regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá 2010, p. 189.

Para la Corte, un convenio arbitral es, entre otras cosas, nulo cuando “[...] éste se obtuvo por medio de falsedad, de engaño o de fraude [...]”. Esto es igualmente válido cuando la causal de anulación resulta de un vicio del consentimiento. *In casu*, la Corte uruguaya declaró la validez del convenio arbitral al constatar que

[...] ninguna de dichas causales se verifica en autos, donde los actores al contratar fueron informados de los términos de la contratación que surgían del documento que suscribieron, no fueron objeto de maniobras fraudulentas y no se ha alegado que sean incapaces [...].

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de Uruguay confirmó la decisión de la autoridad inferior en la que se afirma que la competencia para examinar la validez del convenio arbitral le pertenece al tribunal arbitral y no a la jurisdicción ordinaria.⁹⁶ La jurisprudencia uruguaya considera que la excepción de arbitraje debe ser interpuesta, a más tardar, en el momento de contestar la demanda principal y no en la audiencia de conciliación.⁹⁷ Para terminar, cabe resaltar que la entrada en materia sobre el fondo del asunto implica la renunciación al arbitraje.⁹⁸

IV. CONCLUSIÓN

El convenio arbitral puede, según las circunstancias, ser un accesorio del principal o ser un contrato independiente y diferente del contrato base. Sin embargo, no hay ninguna contradicción en la coexistencia del carácter accesorio del convenio arbitral y del principio de separabilidad. Estos dos conceptos contribuyen, sin excluirse, con la eficacia de la voluntad de las partes de dirimir sus controversias por vía arbitral.⁹⁹ Por esta razón, y para aportarle mayor claridad a la terminología empleada, en nuestra opinión, el término autonomía debe ser empleado para designar la autonomía jurídica del convenio arbitral; dejando de este modo que el término separabilidad designe lo que una parte de la doctrina llama autonomía material del convenio arbitral. En efecto, como lo explicamos, el vocablo autonomía sugiere erróneamente que el convenio arbitral es en todo momento independiente del contrato base. Es así que instamos a adoptar la utilización del vocablo separabilidad que se ajusta mejor a la naturaleza de este principio, asegurando en determinadas ocasiones la independencia del convenio arbitral con respecto del principal.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Acosta, Nelson y otra v. Prudential Equity Group inc. y otro, del 24 de marzo del 2006, n° 10298.

⁹⁷ González/Gómez, *op. cit.*, p. 698.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Sagast Ltda c/ Cooperativa de viviendas de Galicia iv (coviga iv) y otro, del 12 de diciembre del 2007, n° 363.

⁹⁹ *Cf.* nota 4.

Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz
Alejandro Follonier-Ayala

Pese a que solamente esté contenido en el Convenio Europeo de 1961, en el Acuerdo de Buenos Aires (Mercosur) y, de manera indirecta, en la Convención de Panamá, el principio de separabilidad se ha elevado también en América Latina al rango de «regla transnacional» del derecho de arbitraje internacional. Esto se debe esencialmente a su consagración jurisprudencial. Cabe sin embargo señalar que en América Latina la separabilidad del convenio arbitral es el producto de la influencia ejercida por la Ley-modelo CNUDMI que derivó en su codificación.¹⁰⁰

La estrecha relación que existe entre el principio de separabilidad y el principio de *Kompetenz-Kompetenz* hace que con frecuencia sean confundidos, aunque se trate de dos principios distintos. El principio de separabilidad le otorga al tribunal arbitral la competencia para pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la nulidad del contrato base, mientras que el principio *Kompetenz-Kompetenz* habilita al tribunal arbitral a dirimir sobre cualquier asunto relacionado con su competencia o, dicho de otra manera, relacionado con la validez del convenio arbitral.¹⁰¹

No obstante la amplia acogida del principio de separabilidad en las legislaciones latinoamericanas, se debe constatar, en primer lugar, que el artículo 39 § 3 LCA-Ho obstaculiza la eficacia de este principio al prever que él no subsistirá cuando una sentencia judicial firme pronuncie la nulidad completa del contrato base. En segundo lugar, en algunos países, la práctica jurisprudencial desarrollada en materia de separabilidad del convenio arbitral es contraria a lo dispuesto en sus respectivas leyes de arbitraje. Es así, por ejemplo, que en Bolivia, la Corte Suprema de Justicia sostiene que la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas por un tribunal estatal, conformemente al artículo 546 CC-Bo. En Chile, la Suprema Corte de Justicia modificó en 1996 su jurisprudencia, hasta entonces favorable al principio de separabilidad, y afirmó que el arbitraje no puede subsistir, a pesar de la existencia de un convenio arbitral, cuando se pone en entredicho la existencia misma del contrato base. Finalmente, en Venezuela, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia parece haber impuesto la consagración de este principio, después de un poco más de una década de contradicciones originadas en la jurisprudencia errónea de la Sala Político Administrativa del Alto Tribunal.

En cuanto al principio *Kompetenz-Kompetenz*, si en algo debemos hacer énfasis, es en el hecho de que éste debe entenderse como una regla de aplicación cronológica en función de la cual el árbitro es el primer llamado a pronunciarse sobre su propia competencia, dejándole al juez la posibilidad de proceder a un control judicial ulterior. Su finalidad es la de impedir que tácticas dilatorias obstaculicen el buen desarrollo del procedimiento arbitral. Esta regla de prioridad es concretizada en particular por el efecto negativo de la competencia-competencia que, en la más amplia de sus acepciones, le prohíbe a las

¹⁰⁰ Recordemos acá que Argentina y Uruguay son los únicos países de América Latina que no disponen aún de leyes de arbitraje. No obstante, estas dos naciones hacen parte de la Convención de Panamá y del Acuerdo de Buenos Aires (Mercosur). Se debe igualmente señalar que tanto la jurisprudencia argentina como la uruguaya se pronunciaron a favor del principio de separabilidad (cf. notas 26 s).

¹⁰¹ Cf. nota 6.

jurisdicciones estatales dirimir los diferendos relativos a la validez del convenio arbitral y a la competencia del tribunal arbitral.

La base jurídica del efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz* se encuentra claramente definida para los países latinoamericanos en el Convenio Europeo de 1961 (artículo V § 3) – únicamente concierne el caso de Cuba – y en el Convenio de Washington (artículo 41 § 2). El principio de competencia-competencia se encuentra consagrado de manera indirecta en la Convención de Panamá, por medio del reenvío que el artículo 3 CPA hace al artículo 18 § 1 del Reglamento de la CIAC. El aspecto positivo es consagrado por 17 legislaciones de las 20 estudiadas. No obstante este reconocimiento, en México, la Corte Suprema de Justicia estimó que los tribunales estatales eran los únicos competentes para pronunciarse sobre la nulidad del convenio arbitral, cuando subsiste una duda sobre la voluntad de las partes de dirimir la controversia por vía arbitral. Esta sentencia dio lugar en este país a una avalancha de críticas que desencadenaron la modificación del Código de Comercio mexicano. El fundamento jurídico del efecto negativo reposa en los artículo II § 3 CNY, VI § 3 del Convenio Europeo de 1961 y 8 § 1 de la Ley-modelo CNUDMI.

Los regímenes estudiados pueden ser catalogados, en lo concerniente al efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*, en tres categorías: (i) aquella que adopta sin restricciones el principio, (ii) aquella que prescribe una aceptación incompleta del efecto negativo, y (iii) aquella que lo reconoce – totalmente o parcialmente – por vía jurisprudencial.

Si bien, debido a la carencia de leyes de arbitraje, el principio *Kompetenz-Kompetenz* no está consagrado por los regímenes legislativos de Argentina y Uruguay, debe elogiarse la práctica jurisprudencial argentina y uruguaya desarrollada en esta materia, aunque, en ocasiones, en el caso argentino, los tribunales estatales se han “[...] arrogado competencia para decidir sobre la interpretación y alcance del compromiso arbitral, ignorando el mencionado principio de la “competencia de la competencia”.¹⁰²

Por último, se debe igualmente retener que en caso de contestación de un laudo preliminar en el que el tribunal arbitral se haya declarado competente, el tribunal arbitral podrá proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo, salvo en Paraguay donde se le prohíbe expresamente al tribunal arbitral expedir el laudo, a pesar de la continuación del procedimiento (artículo 19 § 4 LAM-Py), y en Nicaragua donde el procedimiento arbitral queda suspendido (artículo 42 § 3 LMA-Ni).

¹⁰² Cuomo Nahid / Giavarini Rodríguez, *op. cit.*, p. 41.