

Sumario

Doctrina de la separabilidad,
Sistema del common law, Sistema del derecho
civil, Arbitraje internacional

Este artículo busca realizar un análisis comparativo doctrinal entre el sistema del common law y el civil law en relación con el tema de la doctrina de la separabilidad o el principio de la autonomía de la cláusula arbitral, para comentar los errores más comunes acerca de ella y buscar sus bases reales.

Abstract

Separability doctrine, Common law legal
system, Civil law legal system,
International arbitration

This article seeks to realize a comparative doctrinal analysis between the common law and civil law legal systems in relation with the separability doctrine or the principle of the autonomy of the arbitral clause, in order to comment about its common errors and search its real bases.

La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional

por Ángela Marcela Vargas Silva

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje ha demostrado ser el mecanismo de resolución de conflictos más popular en negocios transnacionales e internacionales (PWC, 2013). No en vano, legislaciones nacionales e instituciones de arbitraje internacional han realizado esfuerzos significativos en aras de proveer un marco legal homogenizado en la materia. La doctrina de la separabilidad o el principio de la autonomía de la cláusula arbitral es una de las piedras angulares del arbitraje; caracterizada como una ficción legal, esta permite la independencia de la cláusula arbitral, posibilitando su supervivencia pese a los ataques de los que pueda ser objeto el contrato principal.

No existe claridad en torno a si la regla de la divisibilidad puede ser considerada o no una ficción legal; después de todo, una ficción involucra una “afirmación que puede ser falsa o no probada, pero que se reputa cierta” (Oxford University Press Dictionaries, 2014), y la separabilidad posee características que la sitúan como una verdadera regla de derecho y no solo como una construcción legal artificial. Posiblemente, su categorización como una ficción legal ha contribuido con el criti-

cismo y disparidad que la han rodeado. Sin embargo, el problema parece ser mucho más complejo, por cuanto a pesar de gozar de una amplia aceptación entre la comunidad del arbitraje, la doctrina aún no alcanza la solidez deseada. Mientras algunos sistemas legales aún rechazan su aplicación, otros han venido aplicando una versión inexacta de la separabilidad.

Bajo este contexto, el presente trabajo proveerá un análisis comparativo de la doctrina en lo referente a su aplicación en algunos de los sistemas legales más relevantes en el arbitraje internacional. Estos sistemas pertenecen a diferentes tradiciones legales —*common law* y *civil law*— y se encuentran situados en contextos geográficos y culturales disímiles. Como se mostrará, las concepciones erróneas que existen en torno al papel y confines de la separabilidad no son, como uno podría imaginarse, exclusivas de aquellos sistemas legales que han mostrado disparidad en su aplicación.

Este escrito argumentará que tanto los partidarios como los detractores de la doctrina han contribuido a socavar una regla que es esencial para la institución del arbitraje y que opera dentro

de las máximas y principios de la teoría legal. La separabilidad debe entonces conservar su lugar como una regla de derecho internacional, pero es esencial para el bienestar de la institución del arbitraje que esta opere de acuerdo a sus verdaderos postulados.

La sección II provee una breve descripción de las principales características de la doctrina de la separabilidad. La sección III aborda un análisis comparativo de la aplicación de la regla en diferentes sistemas jurídicos. La sección IV gira hacia una discusión en torno a los fundamentos detrás de las afirmaciones y errores comunes que han rodeado la regla de la divisibilidad. La sección V involucra las que se sugieren son las bases reales de la doctrina. Finalmente, la sección VI comprende una breve conclusión.

II. LAS BASES DE LA DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD

La doctrina de la separabilidad “fortalece la jurisdicción del árbitro” (Lew, Mistelis y Kröll, 2003: 334). Al permitir la independencia de la cláusula de arbitraje, esta reconoce que los defectos que afectan el contrato

principal no necesariamente deben impactar la cláusula compromisoria, siendo correcto que los árbitros decidan cualquier disputa referente a la relación contractual entre las partes (Ibíd.). Otra de sus principales características es la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje se encuentre regulado por una norma o incluso por un “conjunto de normas diferentes a las que gobiernan el acuerdo principal” (Born, 2014: 351).

Debido a que el arbitraje es la regla general en el contexto internacional, la separabilidad realza y refuerza la institución evitando posibles obstrucciones de las partes que deseen evadir el acuerdo de arbitraje (Ibíd. 350). Así mismo, elimina el riesgo de resultados inconsistentes dado que sin la regla de la divisibilidad

al declarar la invalidez del contrato principal los árbitros estarían consecuentemente negando efectos a la fuente misma de la cual derivaron el poder para decidir sobre dicha cuestión (Rau citado en Barceló, 2003: 1115, 1121).

La doctrina de la separabilidad ha sido reconocida e incorporada en la mayoría de leyes nacionales¹ y reglas institucionales², con algunos sistemas legales que o bien han rechazado su aplicación³, o bien han adoptado una visión limitada⁴ de la misma. La Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional establece en su artículo 16 (1) que:

“El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso

1 Ley colombiana de arbitraje, Ley 1563 del 2012, arts. 5° y 79; ley brasileña de arbitraje, Ley 9.307 de 1996), artículo 8°; ley inglesa de arbitraje, sección 7; Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, artículo 1447; Código de Procedimiento Civil alemán, sección 1040 (1); ley española de arbitraje, artículo 22 (1); ley suiza de Derecho Internacional Privado artículo 178 (3); ley de arbitraje federal de los Estados Unidos, sección 4.

2 Reglas de la Uncitral, artículo 23 (2); reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) artículo 23; reglas de la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China (Cietac), artículo 5° (4).

3 Este es el caso en Sudáfrica —Lane y Harding, 1984 (2010): 9.

4 Este es el caso en Luxemburgo —Harles, 1984 (2011): 6.

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”.

Aunque no se encuentra expresamente establecida en todas las convenciones y conjunto de reglas internacionales, la divisibilidad ha sido implícitamente asumida; este es el caso en la Convención de Nueva York⁵ que está basada en la idea de un pacto arbitral gobernado por diferentes reglas de validez y conflicto de leyes (Born, 2014: 357).

III. LA SEPARABILIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA

A. Sistemas legales en los que la separabilidad ha sido consistentemente aplicada

Seguramente nadie desconoce que como entornos amigables

hacia el arbitraje, Francia y el Reino Unido han situado la regla de la divisibilidad en el centro de su legislación y jurisprudencia en relación con esta materia. Sin embargo, mientras sus esfuerzos han sido dirigidos a garantizar una aplicación uniforme de la doctrina, algunos aspectos de la esencia de la separabilidad pueden haber sido alterados en el entretanto.

1. Reino Unido

Con las principales instituciones de arbitraje internacional como la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el Centro de Resolución de Disputas Internacionales (IDRC) (Paulsson, 2007: 477), y un marco jurídico completo en el campo, Londres se ha acreditado como la plaza más popular para el arbitraje comercial internacional, según ha sido reportado en la encuesta adelantada por la Universidad Queen Mary y White & Case en 2010 (White & Case, 2010).

Como en cualquier entorno proarbitraje, el marco legal del Reino Unido ha colocado un mayor peso en los principios desti-

5 Artículos 2° y 5° (1) (a).

nados a proteger la jurisdicción de los árbitros, es decir, la doctrina de la separabilidad y Kompetenz-Kompetenz. En cuanto a la separabilidad, la sección 7 de la ley inglesa de arbitraje de 1996 (EAA) establece que:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, una convención de arbitraje que forma parte o que se encuentra destinada a formar parte de otra convención (escrita o no) no puede ser considerada nula, inexistente o privada de eficacia porque aquella última convención haya sido nula, no haya existido o se halle privada de eficacia y debe ser tratada para todo propósito como un acuerdo diferente”.

Con anterioridad a la introducción de la ley de arbitraje, las cortes establecieron las bases de la regla de la divisibilidad en el caso “Harbour Assurance Co Ltd vs. Kansa General International Insurance Co. Ltd”⁶. Allí el demandante impugnó la legalidad de unos acuerdos de retrocesión sobre la

base de la ilegalidad de los contratos de seguro y reaseguro subyacentes a estos. Los demandados solicitaron a la corte suspender el procedimiento dada la existencia de un acuerdo de arbitraje entre las partes.

En primera instancia el juez Justice Steyn estableció que aunque se encontraba obligado a seguir el precedente judicial conforme al cual la separabilidad no era aplicable a cuestiones relativas a la ilegalidad inicial del contrato, él consideraba que las nuevas demandas del comercio internacional requerían que la divisibilidad operara tanto en los casos de ilegalidad inicial como de ilegalidad sobreviniente del contrato; ello a menos que el acuerdo de arbitraje fuera directamente acusado por el defecto alegado en relación con el contrato principal⁷. En este respecto añadió:

“Una vez que se ha aceptado que la cláusula compromisoria es un acuerdo separado y accesorio al contrato principal, desapa-

6 (1992) 1 Lloyd’s Rep 81 (QB)

7 Ver también el caso de Sion Soleimany vs. Abner Soleimany. 1998 3 WLR 811 (CA).

rece el impedimento lógico para referir a los árbitros el problema relacionado con la invalidez del contrato. Bajo la condición de que la propia cláusula compromisoria no sea directamente cuestionada, el acuerdo de arbitraje es de acuerdo a la teoría legal, capaz de sobrevivir la invalidez del contrato”⁸.

Adicionalmente, “Justice Steyn” proporcionó orientación en torno a los parámetros para discernir si la cláusula de arbitraje ha sido directamente cuestionada por la invalidez que afecta el contrato principal:

“Si el convenio arbitral no existe, el árbitro no tiene autoridad para decidir nada. Del mismo modo, si hay un problema en cuanto a si el acuerdo de arbitraje existe, esa cuestión solo puede ser resuelta por la Corte. Por ejemplo, si la cuestión es si una de las partes alguna vez asintió un contrato

que contiene una cláusula de arbitraje, el problema de la falta de consentimiento afecta la cláusula compromisoria en sí misma. Similarmente, el acuerdo de arbitraje puede verse directamente afectado por el hecho de ser en sí mismo nulo por vaguedad (...). Todas estas controversias quedan fuera del alcance del acuerdo de arbitraje, no importa cuán ampliamente dibujado, y se encuentran obviamente por fuera de la jurisdicción de los árbitros⁹.

La Corte de Apelación¹⁰ estuvo de acuerdo con los argumentos expuestos por Justice Steyn y la decisión de primera instancia fue revertida. Para apoyar esta conclusión se sostuvo que dentro de la teoría legal nada impide que las cortes apliquen la divisibilidad a casos relativos a la ilegalidad inicial del contrato, siempre y cuando la cláusula de arbitraje no se vea afectada¹¹. Aunque la Corte no abordó directamente

8 Harbour, parágrafo 92.

9 *Ibid.* Parágrafo. 86.

10 (1993) 3 WLR 42 [1993] QB 701.

11 Las ponencias de los magistrados Lords Justice Gibson, Leggatt y Hoffman son coincidentes en este aspecto.

algunas de las cuestiones planteadas en primera instancia, pareció conformarse con los argumentos expuestos por Justice Steyn, entre ellos el que sugiere que el cuestionamiento de la existencia del contrato principal es un aspecto que se encuentra no solo por fuera de la jurisdicción de los árbitros, sino que no se encuentra cobijado por el ámbito de la separabilidad.

En lo referente a este aspecto, es importante tener en cuenta que a pesar de que las reclamaciones que cuestionan la fuente misma de la jurisdicción del árbitro no pueden considerarse, en principio, parte del alcance del acuerdo de arbitraje, los árbitros aún poseen la autoridad para pronunciarse sobre su propia competencia no como consecuencia de la divisibilidad sino del principio denominado *kompetenz-kompetenz*¹². Además, la doctrina de la separabilidad se considera aplicable con independencia de si la cláusula compromisoria es o no objeto de escrutinio —incluidos los casos citados por el Justice Steyn en los que se discute la

existencia del contrato mismo—; después de todo, como se discutirá en la sección V, el hecho de que la cláusula de arbitraje pueda verse afectada por algún defecto podría llegar a comprometer la jurisdicción de los árbitros, pero en ningún caso alteraría las bases para la aplicación de la separabilidad.

Los fundamentos de la decisión adoptada en *Harbour vs. Kansa* han sido seguidos de cerca en casos subsecuentes, entre ellos el de *Fiona Trust & Holding Corporation and Others vs. Privalov and Others*¹³, un caso que involucró 8 contratos de fletamento marítimo que preveían el arbitramento de cualquier disputa que surgiera bajo los mismos. Los propietarios del barco instauraron procedimientos ante las cortes alegando que los contratos habían sido rescindidos por soborno, mientras que los dueños de la carga iniciaron el respectivo trámite arbitral en Londres. Basados en la invalidez de los contratos de fletamento, incluida la cláusula compromisoria, los dueños del

12 Ley inglesa de arbitraje, sección 30.

13 (2007) 2 *Lloyd's Rep* 267 (CA).

barco solicitaron a la Corte librar una orden para detener el procedimiento arbitral.

Reafirmando la opinión en *Harbour vs. Kansa*, la Corte sostuvo que como consecuencia de la separabilidad los árbitros se encuentran habilitados para retener el poder de decidir reclamaciones relacionadas con la validez del contrato principal, siempre que la cláusula de arbitraje no se vea afectada¹⁴. En cuanto a las bases de la regla de la divisibilidad, *Fiona Trust* fue aún más lejos concluyendo que “una vez que se acepta la separabilidad del convenio arbitral, no puede haber ninguna duda de que existe un acuerdo de arbitraje válido”¹⁵. Este razonamiento también ha inspirado la obra de algunos académicos en el Reino Unido, que han denominado la separabilidad como el principio de la validez, “cuyo efecto es dotar al acuerdo de arbitraje con una medida arraigada de validez” (Gee, 2008: 467-470).

En este sentido, como el profesor Brekoulakis ha manifes-

tado, la doctrina de la separabilidad no ha sido concebida para sostener la validez de la cláusula compromisoria, sino simplemente para asegurar que la invalidez que afecta al contrato principal no necesariamente signifique la invalidez de la primera (Brekoulakis, 2009). Además, es dudoso que bajo un análisis *prima facie* como el que se sugiere, la corte pueda ser capaz de asignar plena validez al pacto arbitral sin evaluar y evidenciar que sus requisitos de forma y de fondo se cumplen plenamente (Ibíd.): o bien los requisitos formales o de fondo bajo la ley aplicable al acuerdo de arbitraje (Lew, Mistelis y Kröll, 2003: 112-127) o como se dice en el contexto francés de los requisitos previstos en las “reglas mandatorias del Derecho francés y la política pública internacional” (Leboulanger, 2007: 20-121).

Por otra lado, la Corte concluyó que una cláusula de arbitraje como la que se acordó entre las partes, debe ser interpretada en un sentido más amplio para abarcar las reclamaciones contra

14 Ver al respecto la ponencia de Lord Justice Longmore, parágrafos 272-273.

15 Ver la ponencia de Lord Justice Longmore, parágrafo 276.

el contrato principal, ya que en un contexto de negocios es razonable esperar que si las partes no querían que una disputa en particular fuera objeto de arbitramento, la habrían excluido específicamente del acuerdo arbitral. La siguiente frase resume la posición de la Corte en este respecto:

“A nuestro modo de ver cualquier cláusula de jurisdicción o de arbitraje en un contrato de comercio internacional debe ser construida liberalmente. Las palabras ‘que surjan de’ deben cubrir toda disputa excepto aquella controversia en cuanto a si alguna vez el contrato efectivamente existió”¹⁶.

Dado que la doctrina de la separabilidad simplemente permite la independencia de la cláusula de arbitraje, nada habría impedido a la Corte afirmar que una cláusula compromisoria amplia pero válida sería suficiente para abarcar cualquier desafío contra el acuerdo subyacente, incluyendo aquel que se refiere a la existencia misma del contrato. Después de todo, pueden existir casos en los que la cláusula de

arbitraje sea capaz de sobrevivir incluso a la inexistencia del contrato, posibilitando a los árbitros pronunciarse sobre la cuestión que rodea el contrato principal, según se analizará más adelante.

Como se puede evidenciar, aunque el Reino Unido ha proporcionado una aplicación uniforme de la separabilidad, parece que en el entretanto las raíces de la doctrina han sido alteradas, asignándole a la separabilidad un rol que no corresponde con su naturaleza. En este sentido, es importante recordar que la divisibilidad surgió en el contexto internacional únicamente para permitir la autonomía de la cláusula de arbitraje pero no para mantener su validez como ha sido sugerido por las autoridades más representativas del Reino Unido.

2. Francia

Francia es otro de los entornos altamente favorables a la figura del arbitraje. El marco legal y en especial las decisiones de la Corte de Casación han jugado un papel importante proporcionando reglas de interpretación

16 Fiona Trust Lord Justice Longmore, Parágrafos 271-272.

y principios que garantizan su eficacia. Las principales características de este sistema jurídico incluyen decisiones relativas a las cláusulas patológicas, incorporación por referencia, los principios de la validez y autonomía de la cláusula de arbitraje, así como los mecanismos que regulan la jurisdicción de los árbitros (Gaillard, 2007: 703-709).

El artículo 1447 del Código de Procedimiento Civil francés establece que:

“El acuerdo de arbitraje es independiente del contrato que lo contiene. La ineficacia de este no afecta al convenio arbitral. Si la cláusula de arbitraje es nula, esta se considerará como no escrita”.

El principio de autonomía de la cláusula compromisoria se expuso por primera vez en *Ets Raymond Gosset vs. Société Caparelli*¹⁷. Este caso se refiere a un contrato de venta que fue considerado nulo ya que violaba las normas

francesas en materia de importaciones. El laudo dictado sobre la base de la cláusula de arbitraje buscó exigibilidad, pero Caparelli se opuso a su ejecución alegando la nulidad de la cláusula compromisoria como consecuencia de la nulidad del contrato principal. La Corte de Casación sostuvo en esa oportunidad que:

“En materia de arbitraje internacional el acuerdo de arbitraje, concluido por separado o incluido en el acto legal con el que este se relaciona, siempre tiene, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica que lo excluye de ser afectado por una eventual invalidez de ese acto”¹⁸.

En un caso posterior, la Corte de Casación impuso una restricción temporal al principio de la autonomía de la cláusula de arbitraje, como se indica en *Société L & B Cassia vs. Société Pia Investments*¹⁹. El caso se refiere a un acuerdo considerado un proyecto

17 Cour de Cassation, 7 mai 1963. Rev. Arb. 1963. 60.

18 Cour de Cassation Cassia.

19 Cour de Cassation, 10 Juillet 1990, Rev. Arb. 1990. 851.

de contrato mas no un acuerdo definitivo entre las partes. El caso fue analizado en primer lugar por la Corte de Apelación²⁰, quien sostuvo que al ser las partes conscientes de los requisitos formales de cualquier contrato (fecha, firma), era claro que en su ausencia el documento que incorporaba la cláusula de arbitraje no era un contrato definitivo. En este contexto, sin el establecimiento de la existencia del contrato y por lo tanto de la común intención de las partes de someter sus diferencias a arbitraje, la Corte de Apelación anuló la decisión adoptada por el tribunal arbitral mediante la cual este asumió jurisdicción.

Cassia interpuso un recurso de casación y la Corte de Casación estableció que la existencia del contrato principal era una condición para la operatividad de la autonomía de la cláusula de arbitraje, como se indica en los siguientes términos:

“En el arbitraje internacional la autonomía de la cláusula de arbitraje encuentra su límite en la

existencia en cuanto a la forma del contrato principal que contendría la cláusula invocada. Esa existencia tiene que ser evaluada de acuerdo con la ley que regula la forma del contrato, conforme a lo establecido en los principios del derecho internacional privado²¹.

Esto supuso una restricción temporal al principio de la autonomía que ya no es la regla en el ordenamiento jurídico francés. Esto por cuanto la naturaleza de la separabilidad requiere su aplicación independientemente de la existencia misma del contrato subyacente. Por lo tanto, la cláusula compromisoria será siempre independiente del contrato principal aunque este último nunca haya llegado a existir (Leboulanger, 2007: 27). Sin embargo, y este es el aspecto crucial en este caso, incluso un acuerdo arbitral autónomo tiene que satisfacer sus propios requerimientos de forma y de fondo con el fin de ser considerado un convenio válido (Brekoulakis, 2009) y podría darse el caso en que la cláusula de arbitraje

20 Cour d'Appel, 26 février 1988, Rev. Arb. 1990. 851.

21 Cour de Cassation Cassia.

así como el contrato no cumpla con dichos requisitos²².

La decisión en Cassia fue revocada formalmente por la Corte de Casación en *Société Omenex vs. Michel Hugon*²³, que involucró un contrato de agente de ventas que preveía el arbitraje de cualquier disputa que ocurriera como resultado o en conexión con dicho contrato. El Sr. Hugon inició el respectivo trámite arbitral a lo que la Sociedad Omenex se opuso requiriendo al tribunal declinar jurisdicción en favor de las cortes estatales. La solicitud fue denegada por el tribunal quien consideró que tenía jurisdicción en virtud de la cláusula de arbitraje para decidir la reclamación relacionada con el incumplimiento del contrato. Contra esta decisión Omenex interpuso un recurso de anulación solicitando entre otros aspectos, la declaración de que el contrato era falso, por lo que el tribunal arbitral no tenía poder

para pronunciarse sobre el tema. En este sentido, la Corte de Casación sostuvo que:

“En aplicación del principio de la validez del acuerdo de arbitraje y su autonomía, este no se ve afectado ni por la nulidad ni por la inexistencia del contrato subyacente”.

El principio de la autonomía también ha sido aplicado en el contexto de los contratos que no han entrado en vigor y los que nunca han sido concluidos (Derains y Kiffer, 1984 [2013]: 28-29). Como lo señaló la Corte de Casación, este principio “es una norma sustantiva del derecho de arbitraje internacional francés, que mantiene la legalidad del acuerdo de arbitraje sin referencia a ninguna legislación nacional”²⁴. Pero el principio de la autonomía en Francia difiere de la doctrina tradicional de la separabilidad, en que aparte de sostener la in-

22 El artículo II (1) (2) de la Convención de Nueva York establece los requerimientos del acuerdo de arbitraje.

23 Cour de Cassation, 25 Octobre 2005, Rev. Arb. 2005.1098-1099.

24 Ver la decisión de la Corte de Casación en el caso de Jules Verne (Cour de Cassation, 7 juin 2006 Jules Verne c/ Stè American Bureau of Shipping Et Autres, Rev. Arb. 2006.945.).

dependencia del acuerdo arbitral, este aísla la cláusula compromisoria no solo de la ley que rige el contrato sino de cualquier norma local en particular (Núñez-Lagos, 2010: 916-917). Por lo tanto, en el Derecho Francés la existencia y validez del acuerdo de arbitraje es evaluada a la luz de “normas sustantivas transnacionales adaptadas a la naturaleza internacional del arbitraje” (Ibíd).

Algunos doctrinantes han afirmado que el principio de la separabilidad no confiere inmunidad al acuerdo de arbitraje, ya que en todo caso como condición para la eficacia del acuerdo arbitral es necesaria la presencia de una “voluntad saludable de las partes en someter el asunto en controversia al arbitraje” (Gaillard, 2007: 707-708). Lo cierto es que la determinación de una voluntad de este tipo requiere de un análisis profundo que en el sistema francés está reservado en algunos casos a los árbitros, en aplicación del efecto negativo del principio

kompetenz-kompetenz²⁵. Tampoco resulta muy relevante el papel de la justicia ordinaria en aquellos eventos en los que le es permitido abordar el estudio de la cláusula de arbitraje, ya que la evaluación realizada por los tribunales franceses es limitada en comparación con la que se indica en la Convención de Nueva York (Kessedjian, 2009: 713-714) y por lo tanto en los países que siguen la Convención²⁶.

En general puede decirse que el principio de autonomía desarrollado en Francia ha protegido la cláusula de arbitraje que se vuelve “inmune a todas las causas que puedan hacer el contrato inválido” (Leboulanger, 2007: 24). Sin embargo, como se discutirá más adelante, el hecho de que la separabilidad no condicione la suerte de cláusula compromisoria a la del contrato principal, no significa que esta adquiera inmunidad frente a cualquier defecto que pueda afectar igualmente al contrato subyacente. La

25 De acuerdo con el efecto negativo del principio Kompetenz-Kompetenz únicamente los árbitros poseen jurisdicción para examinar temas relativos a la validez del acuerdo de arbitraje. Brekoulakis. 2009.

26 Código de Procedimiento Civil alemán. sección 1032 (1); Reglas de la Cámara de Comercio Internacional. artículo 6° (4).

separabilidad no está destinada a sostener el acuerdo de arbitraje a cualquier costo, sino a reconocer que en determinadas circunstancias la cláusula de arbitraje puede padecer los mismos problemas que aquejan al contrato principal (Born, 2014: 372).

B. Sistemas legales en los que se ha presentado divergencia y controversia con respecto a la separabilidad

Cuando se analiza la separabilidad en los diferentes sistemas jurídicos, es notable cómo algunos aún se resisten a la idea de permitir que los árbitros decidan las cuestiones relativas al contrato que contiene la cláusula compromisoria. Mientras la separabilidad ha encontrado un lugar en los pronunciamientos de las altas cortes, está lejos de ser un principio bien establecido. Este es el caso en los Estados Unidos y Argentina, representantes del *common* y *civil law*, respectivamente.

1. Estados Unidos

Estados Unidos es reconocida como una de las grandes potencias en materia de arbitraje. Al igual que Francia y el Reino Uni-

do, ha realizado esfuerzos significativos por lograr uniformidad y coherencia en la aplicación de la doctrina de la separabilidad. Sin embargo, la autonomía judicial y legislativa de la que gozan sus estados como parte de la república federal, parece haber contribuido al escenario opuesto.

La Divisibilidad en los Estados Unidos se encuentra establecida en la Sección 4 de la Ley de Arbitraje Federal (FAA), que dispone:

“La parte agraviada por la omisión, negligencia, o la denegación de otro a arbitrar existiendo un acuerdo de arbitraje por escrito, podrá solicitar a cualquier corte de distrito de los Estados Unidos (...) una orden requiriendo a las partes proceder con el arbitraje en los términos del acuerdo (...)

La Corte oirá a las partes, y tras haberse cerciorado de que la celebración del acuerdo de arbitraje o la falla en el cumplimiento del mismo no se encuentran en discusión, la Corte elaborará una orden requiriendo a las partes proceder con el arbitraje en los términos del acuerdo (...). Si existe un conflicto en torno a la cele-