

EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD O AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

María Luisa PALAZÓN GARRIDO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SEPARABILIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE RESPECTO DEL CONTRATO. 1. Sus orígenes: las primeras formulaciones jurisprudenciales del principio de separabilidad. 2. El principio de separabilidad en los convenios internacionales sobre arbitraje y en las leyes modelo. 3. Su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales en el plano legislativo y jurisprudencial. 4. El principio de separabilidad en los reglamentos institucionales. 5. El principio de separabilidad en la jurisprudencia arbitral internacional. 7. Las consecuencias prácticas de la presunción de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral respecto del contrato. 8. Los límites del principio de separabilidad. 8.1. *Planteamiento de la cuestión*. 8.2. *¿Ex nihilo nihil fit?: la inexistencia del contrato y el principio de separabilidad*. 8.3. *Separabilidad y vicios del consentimiento*. 8.4. *Separabilidad y ausencia o defecto de poder de representación o de mandato*. 8.5. *Separabilidad y contratos sometidos a condiciones suspensivas*. 8.6. *Contratos concluidos en violación del orden público y principio de separabilidad*. III. LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL RESPECTO DEL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO. 1. Significado de la autonomía del acuerdo arbitral respecto del Derecho aplicable al fondo de la controversia. 2. La aproximación de la jurisprudencia francesa: la autonomía respecto de toda ley estatal y el principio de validez del acuerdo arbitral internacional.

I. Introducción

1. El principio de separabilidad o autonomía ha cristalizado en la práctica arbitral internacional, de modo que puede decirse que es piedra angular del régimen jurídico contemporáneo de los acuerdos de arbitraje internacionales¹, y constituye una de las manifestaciones más relevantes de la denominada *lex mercatoria*². Sin embargo, un estudio de Derecho comparado muestra que el alcance y límites de su aplicación no son uniformes en todos los sistemas.

2. El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral supone un instrumento tendente a la protección de la operatividad del arbitraje como medio eficiente de resolución de controversias y facilitador del desarrollo del comercio internacional. Se trata, pues, de un principio instrumental que básicamente pretende disociar la cláusula compromisoria del contrato en que está inserta, a fin de evitar que

¹ G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2014, p. 350. En el caso *Elf Aquitaine* el tribunal arbitral declaró que “l'autonomie d'une clause compromissoire est un principe de droit international qui a été appliqué dans les décisions dans les arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d'arbitrage adoptés par les organisations internationales et dans les traités” (Asunto *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Co.* (arb. Bernhard Gomard, 14 enero 1982, *Rev. arb.* 1984, p. 401).

² Vid. J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1983, pp. 46 y ss; y E. GAILLARD, “Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journal de Droit International*, 1995 nº 1, pp. 26-28.

quede afectada por las vicisitudes que pueda sufrir aquel (nulidad, anulación, rescisión, resolución o terminación por cualquier otra causa del contrato)³. El objetivo pragmático es, como se ha dicho, asegurar que el arbitraje sea la vía de solución de los conflictos que pudieran surgir en la ejecución del contrato. Una respuesta diversa permitiría a las partes eludir fácilmente el acuerdo de arbitraje con sólo atacar la validez o eficacia del contrato que lo contiene⁴.

Nótese que este principio sólo se predica del acuerdo arbitral expresado en una cláusula compromisoria, no respecto del compromiso que no se incluye en el contrato sino que se alcanza al margen del mismo, pues en este caso el convenio arbitral ya está formal y materialmente separado del contrato al que se refiere o para el que se prevé, y no tiene sentido plantear la posible extensión de las causas de nulidad o terminación de un contrato a otro⁵.

Así pues, en aplicación del principio de separabilidad o autonomía, salvo estipulación contraria de las partes, el acuerdo arbitral se presume un pacto independiente y, como tal, no se verá afectado por la ineficacia del contrato en el que se incluye. Asimismo, continuará existiendo cuando el contrato haya finalizado sus efectos por cualquier causa (por incumplimiento, por alteración sobrevenida de las circunstancias, por la realización de la condición resolutoria o cumplimiento del término final, por desistimiento unilateral, etc.)⁶. En todos estos casos, seguirá desplegando su efecto negativo, consistente en excluir la competencia de los órganos jurisdiccionales internacionales, (dando lugar a la declinatoria o excepción de arbitraje, que implica la inhibición de los órganos jurisdiccionales en favor del tribunal arbitral); y su efecto positivo: la competencia de los árbitros y la legitimación de las partes para poner en marcha el procedimiento arbitral.

3. La presunción de escindibilidad de la cláusula compromisoria del contrato en el que se inserta se justifica por su carácter procedimental⁷. El acuerdo de arbitraje se refiere únicamente a la resolución de los conflictos que eventualmente pudieran surgir en el futuro en las relaciones derivadas del contrato. Esto es, mientras que las demás cláusulas contractuales articulan las obligaciones y derechos que nacen del contrato, el

³ Según expresión contenida en el asunto ICC nº 8938 [1999], (*Comm. Arb.* 174, 176, 1999): “*the arbitral clause is autonomous and juridically independent from the main contract in which it is contained*”.

⁴ *Vid.* M.S. SCHWEBEL, *International Arbitration: three salient problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 4. En este mismo sentido ha afirmado gráficamente A. FRIGNANI, que “*la mancata affermazione della regola dell’autonomia avrebbe ucciso sul nascere lo sviluppo dell’arbitrato, perché l’eccezione di nullità del contratto, che contiene la convenzione arbitrale, é un gioco da bambini*” (*L’arbitrato commerciale internazionale. Una prospettiva comparatistica*, Padua, CEDAM, 2004, p. 93).

⁵ No obstante, en su vertiente de autonomía del Derecho aplicable al fondo (y especialmente, en la formulación francesa de autonomía de cualquier Derecho nacional), el principio se predica tanto de las cláusulas compromisorias como de los acuerdos arbitrales independientes (*vid.* M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international. Droit et pratique. Tome 1- Partie générale. Arbitrage comercial international*, Bruselas, Bruylant, 2019, nº 7.292, p. 291).

⁶ E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, *op. cit.*, pp. 110-111.

⁷ *Vid.* P. MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Revue de l’arbitrage*, 1998, nº 3, p. 361; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch – Corte civil y Mercantil de Arbitraje, 2018, nº 81, p. 137.

acuerdo arbitral configura la acción que los derechos u obligaciones llevan adherida. La cláusula compromisoria constituye, pues, un elemento del régimen contractual querido por las partes⁸.

Con relación a esta conexión funcional del acuerdo arbitral con las relaciones jurídicas que nacen del contrato, se ha planteado en la doctrina la contradicción entre la pretendida separabilidad de la cláusula compromisoria y la posibilidad de la circulación del acuerdo arbitral. Si conforme al principio de autonomía la cláusula es separable y no accesoria al contrato (como tradicionalmente se consideraba), cabría preguntarse cuál es la suerte del acuerdo de arbitraje cuando el contrato en que se inserta o al que se refiere es cedido a un tercero, o bien no se cede la posición contractual, pero sí los derechos u obligaciones nacidas del contrato. La cuestión es objeto de tratamiento en otro capítulo de esta obra⁹, por lo que baste aquí decir que la accesoriadad del acuerdo como fundamento de su transmisión es un argumento muy débil y que encuentra muchas fallas. Dicho fundamento debe buscarse en la especial configuración de la relación jurídica que se transmite. Así pues, si la cláusula compromisoria configura la acción, el derecho y/o la obligación se transmite con el régimen procesal diseñado por los contratantes originales, sin que a ello obste el principio de separabilidad.

4. No se trata de un principio específico del Derecho de arbitraje. Antes bien, estamos ante un principio propio del Derecho contractual, que se predica en la práctica mayoría de los sistemas, tanto para la nulidad como para la resolución del contrato, respecto a las cláusulas de resolución extrajudicial de las controversias derivadas de este; pero también para las relativas a la elección de fuero, las de elección de Derecho aplicable; las cláusulas de confidencialidad; o cualesquiera otras cláusulas que regulen las consecuencias de la misma resolución por incumplimiento (v.gr. cláusulas penales). La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 81.1 del Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías; 7.3.5 (3) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales; 9:305 (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos; III.- 3:509 (2) del Proyecto de Marco Común de Referencia en Europa, y 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales¹⁰.

5. Como se verá más adelante, los convenios internacionales se refieren de forma implícita a la separabilidad del acuerdo arbitral y también se reconoce en numerosas legislaciones nacionales. La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional consagra el principio de separabilidad en el párrafo primero del artículo 16.1, al disponer que “el 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

⁸ P. MAYER, *op. cit.*, nº 3, p. 361.

⁹ *Vid.* M.L. PALAZÓN GARRIDO, “La transmisión, extensión y terminación del acuerdo arbitral”.

¹⁰ *Vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *Anuario Hispano-Luso de Derecho Internacional*, nº 23, 2017, p. 203; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.*, nº 82, p. 139.

ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”. Y en igual sentido, como otras normas nacionales, la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece en su artículo 22.1 que “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”.

Obsérvese que en ambas normas se enlaza el principio de separabilidad con el de competencia–competencia, poniendo de manifiesto así la íntima complementariedad (que no asimilación) existente entre los dos principios, en función de la optimización de la eficacia de los acuerdos arbitrales¹¹. Mientras que, como hemos dicho, la separabilidad propende a considerar que el acuerdo arbitral está separado del contrato en que se inserta, no afectándole por tanto su ineficacia o terminación; el segundo principio permite a los árbitros decidir sobre su propia competencia para resolver el litigio, incluso cuando se invoque la nulidad del convenio arbitral, permitiendo salvar el problema de carácter lógico de la imposibilidad de que un acuerdo de arbitraje nulo pueda fundar la competencia de los árbitros (*nihil ex nihilo*)¹².

La separabilidad o autonomía es, pues, el expediente técnico que hace posible que los árbitros tengan potestad para conocer sobre la misma validez del acuerdo arbitral y, por tanto, sobre su propia competencia; esto es, un instrumento al servicio del principio competencia-competencia¹³.

6. Además de la separación o independencia con respecto al contrato que la contiene, la autonomía de la cláusula compromisoria se predica también respecto del Derecho aplicable al contrato, de manera que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes. Esta vertiente del principio ha conocido en la jurisprudencia francesa una formulación discutida que desvincula el acuerdo arbitral de cualquier Derecho estatal, en virtud de un supuesto carácter “anacional” del arbitraje¹⁴. Según esta tesis, la validez del acuerdo depende únicamente de la voluntad de las partes de someter sus diferencias a arbitraje. Se trata del supuesto principio de validez del acuerdo arbitral internacional.

¹¹ Vid. M.S. SCHWEBEL, *op. cit.*, pp. 2-3; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, 2016 (2), p. 583; E. GAILLARD y J. SAVAGE (ED), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1999, nº 416, pp. 213-214; J.F. POUDRET – S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas–París–Zürich, Bruylant–LGDJ–Schulhess, 2002, nº 166, p. 135-136.

¹² Vid. M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 51-52.

¹³ Vid. M. GÓMEZ JENE, “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en D. ARIAS LOZANO (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, p. 234.

¹⁴ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.*, nº 88, p. 146.

7. En definitiva, por aplicación del principio de separabilidad, no tendrá éxito la impugnación de la validez del acuerdo de arbitraje con fundamento en que el contrato en que se contiene ha perdido su eficacia. Ello no quiere decir, sin embargo, que el acuerdo arbitral goce de total inmunidad, sino que la validez de este acuerdo se determina con independencia de la validez del contrato y conforme a su propia ley. En consecuencia, para lograr evitar el arbitraje *ab initio*, el cuestionamiento no debe dirigirse al contrato, sino al propio acuerdo arbitral, incluso sobre la base de las mismas razones que fundamentan la nulidad del contrato que lo contiene o al que se refiere (por ejemplo, cuando dicho contrato y la propia cláusula están afectados por la falta de capacidad de una de las partes o por un vicio del consentimiento)¹⁵. La separabilidad significa, pues, que la ineficacia del acuerdo arbitral debe ser establecida independientemente de la del contrato.

8. En las líneas que siguen se analizarán ambas vertientes de este principio en el Derecho comparado. Pero antes de concluir esta introducción se ha creído precisa una aclaración terminológica. Y es que el principio objeto de estudio ha sido enunciado de diferentes formas: principio de separación, o de separabilidad (*severability* o *separability doctrine*, preferida en el Derecho anglosajón), o de autonomía (en el Derecho continental, sobre todo en Francia). En este trabajo estas denominaciones se utilizarán como sinónimas, si bien es conveniente señalar que algunos autores han criticado por inapropiada la denominación “autonomía”, sobre todo con las connotaciones con que se ha configurado en la jurisprudencia francesa¹⁶, señalando su preferencia por la separabilidad o separación¹⁷; y finalmente, otros autores prefieren la denominación de principio de separabilidad o separación cuando se refiere a la independencia del acuerdo arbitral respecto del contrato (pues gráficamente se remite a la idea de que la cláusula se escinde del contrato base); y principio de autonomía para hacer alusión a la independencia respecto de la ley aplicable al contrato (la cláusula es autónoma de la ley aplicable al contrato)¹⁸.

II. La separabilidad el acuerdo de arbitraje respecto del contrato

1. Sus orígenes: las primeras formulaciones jurisprudenciales del principio de separabilidad

9. Las primeras formulaciones del principio de separabilidad fueron fruto de una jurisprudencia que quiso superar el tradicional tratamiento del acuerdo arbitral como pacto accesorio al contrato, con la finalidad de obviar los problemas que esta interpretación comportaba para la eficacia del arbitraje. En efecto, esta forma de razonar resultaba sumamente inconveniente, pues los árbitros nunca podían entender en una controversia en la que se discutiera sobre la validez o subsistencia del contrato

¹⁵ Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, pp. 122-127; J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS y S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, § 6-14; S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias...” *op. cit.*, p. 203.

¹⁶ Vid. *infra* parágrafos nºs 56-58. Sobre la polémica cuestión de la denominación, vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 351-353.

¹⁷ *Ad. ex.* G.B. BORN, *op. cit.*, p. 352-353 y P. MAYER, *op. cit.*, nº 1, p. 360.

¹⁸ Vid. M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *op. cit.*, p. 49-50.

del que surgía el litigio, ya que el solo cuestionamiento del contrato por alguna de las partes conllevaba la necesidad de que los árbitros declinaran su competencia, a la espera de una decisión judicial sobre estas cuestiones. Así se facilitaba la sustracción de la competencia arbitral en favor de la de los tribunales ordinarios, favoreciendo la introducción de defensas dilatorias¹⁹.

10. Las decisiones pioneras se sitúan en Alemania y Suiza, donde a finales del siglo XIX y principios del XX ya se formula de manera embrionaria la presunción de separabilidad. El *Reichsgericht* alemán sostuvo en sentencia de 30 de abril de 1890 que “la cláusula compromisoria no es inválida como consecuencia de que el contrato principal parezca de alguna manera no ser válido. El tribunal arbitral es por tanto competente para decidir sobre la validez del contrato principal”²⁰. Este razonamiento se reiteró en sentencias del *Reichsgericht* de 17 de abril de 1914²¹, 26 de marzo de 1926²², y de 12 de enero de 1934²³, así como en pronunciamientos de tribunales inferiores (*ad. ex.* sentencia del *Oberlandesgericht* de Marienwerder de 12 de diciembre de 1918²⁴; o sentencias del *Kammergericht* de Berlín de 6 de febrero de 1924²⁵ y 28 de febrero de 1929²⁶)²⁷. Y en Suiza, formuló el principio la sentencia del *Obergericht* de Zurich de 13 de octubre de 1913²⁸, que defendió que la ineficacia del contrato no comportaba la del acuerdo arbitral. La tesis fue seguida en la sentencia del *Appellationsgericht* de Basel de 27 de abril de 1931²⁹ y posteriormente en sentencia del Tribunal Federal suizo de 7 de octubre de 1933³⁰ (caso *Tobler v. Justizkommission des Kantons Schwyz*), en la que el tribunal reconoce ya la naturaleza procesal de la cláusula compromisoria como fundamento de su independencia del contrato principal³¹.

11. En los Estados Unidos podemos encontrar un temprano reconocimiento del principio, configurado ya como presunción de separabilidad, en la sentencia dictada en 1959 por el Tribunal del segundo circuito en el caso *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics Inc.*³², que sostuvo que:

¹⁹ Vid. R.J. CAIVANO, “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, nº 13, p. 20.

²⁰ JW 1890, pp. 202-203 (traducción propia).

²¹ JW 1914, pp. 772-773.

²² *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1926, p. 543.

²³ *Hanseatische Rechts-und Gerichtszeitschrift*, 1934, p. 113.

²⁴ *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1919, p. 501.

²⁵ JW 1924, p. 1182.

²⁶ JW 1929, p. 2617.

²⁷ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, p. 362.

²⁸ *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 1915, p. 21.

²⁹ *Entscheidungen des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt*, 1931, p. 13.

³⁰ DFT 59 I 177, 179.

³¹ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 365-366.

³² 271 F.2d 402, 411 (2d Cir. 1959); <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/271/402/27056/> (último acceso: 27/07/2020).

“Once it is settled that arbitration agreements are ‘valid, irrevocable, and enforceable’ we know of no principle of law that stands as an obstacle to a determination by the parties to the effect that arbitration should not be denied or postponed upon the mere cry of fraud in the inducement, as this would permit the frustration of the very purposes sought to be achieved by the agreement to arbitrate, i. e. a speedy and relatively inexpensive trial before commercial specialists [...] [T]he mutual promises to arbitrate would form the quid pro quo of one another and constitute a separable and enforceable part of the agreement”.

No obstante, el fallo de mayor relevancia y considerado clave en la doctrina estadounidense de la separabilidad es el pronunciado en 1967 por la Corte Suprema en el caso *Prima Paint Corp. v. Conklin Mfg Co*³³, que será analizado *infra*.

12. Y en Francia, la Corte de Casación adoptó expresamente la doctrina de la separabilidad en la sentencia de 7 de mayo de 1963 sobre el caso *Gosset v. Carapelli*³⁴, que ha sido considerado por la doctrina como una contribución “a la eclosión de un orden jurídico internacional” (Henri Motulsky)³⁵. En ella la Corte de Casación sostiene la autonomía material de la cláusula compromisoria, afirmando que:

“En matière d’arbitrage international, l’accord compromissaire, qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu’il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte”.

En esta importante sentencia, la sala civil de la Corte de Casación iguala el acuerdo arbitral pactado en documento separado y la cláusula compromisoria, a los efectos de la independencia respecto del contrato; y los presume autónomos, preservándolos de la eventual invalidez que pueda afectar al contrato, salvo circunstancias excepcionales que pudieran justificar un suerte común³⁶. La doctrina de la autonomía del acuerdo arbitral del fallo *Gosset* fue reiterada en los mismos términos en numerosas sentencias de apelación³⁷ y confirmada en casación y pronto se erigió en una indudable regla del Derecho francés del arbitraje internacional³⁸.

2. El principio de separabilidad en los convenios internacionales sobre arbitraje y en las leyes modelo

³³ 388 US 395 (U.S. S.Ct. 1967); <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/> (último acceso: 27/07/2020).

³⁴ *Revue de l’arbitrage*, 1963, p. 60, *vid.* el análisis de J.P. ANCEL, “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissaire”, *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 11º año, 1991-1993, 1994. pp. 76-77, https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1994_num_11_1991_1203 (último acceso: 27/07/2020).

³⁵ *Vid.* J.P. ANCEL, *op. cit.*, p. 77.

³⁶ *Vid.* J.F. POUDRET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 177, p. 142.

³⁷ Entre las más tempranas: CA París 21 febrero 1962, *Meulemans et Cie. v. Robert*, *Rev. Arb.* 1964, p. 55; CA Orleans 15 febrero 1966, *Jean Tardits v. Wynmouth Lehr*, *Dalloz Jur.* 1966, p. 340; CA París 19 junio 1970, *Hecht v. Buisman’s*, *Rev. Arb.* 1972, p. 67, con nota de P. FOUCHARD.

³⁸ *Vid.* E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 391, p. 199.

13. El Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros no reconoce expresamente el principio de separabilidad del acuerdo arbitral. Pero, a juicio de la doctrina, el CNY contempla implícitamente los acuerdos de arbitraje como algo independiente del contrato en los artículos II.1º y 2º y V.1º³⁹. Y en el último de los preceptos citados presume la separabilidad al establecer que:

“1. Sólo 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) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les 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”⁴⁰.

Como puede observarse, el precepto contempla la posibilidad de que las partes sometan el acuerdo arbitral a una ley nacional, que puede ser distinta de la elegida para el contrato (autonomía conflictual), y al hablar de la invalidez como excepción del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral la refiere al propio acuerdo de arbitraje y no a la del contrato que lo contiene⁴¹.

Algún autor ha encontrado también la incorporación del principio de separabilidad material en el artículo II.3 CNY, porque al establecer la eficacia de la cláusula, el Convenio excepciona los supuestos de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral aisladamente, no del contrato en que se contiene. El acuerdo arbitral es eficaz y válido en ausencia de los tres supuestos, que deben afectarle a él⁴².

14. Del mismo modo que ocurre con el CNY, tampoco consagra el principio de separabilidad el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, de hecho la cuestión no fue nunca contemplada durante la redacción del convenio⁴³, si bien puede divisarse en conexión con el principio de competencia-competencia en el artículo V.3:

“...el tribunal de arbitraje cuya competencia fuere 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*”⁴⁴.

³⁹ M.S. SCHWEBEL, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰ El subrayado es nuestro.

⁴¹ G.B. BORN, *op. cit.*, p. 356. Otros autores, sin embargo, han sostenido la “indiferencia” del CNY hacia el principio de separabilidad: A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Toward an uniform judicial interpretation*, La Haya, T.M.C. Asser Institute, 1991, pp. 145-146 (disponible en <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/2/1/21321.pdf> ultimo acceso: 27/07/2020); C. SVERNLOV, “What isn’t it, ain’t. The current status of the doctrine of separability”, *Journ. Int. Arb.*, vol. 8(4) 1991, p. 42.

⁴² *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁴³ D.T. HASCHER, “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary”, *YB Comm. Arb.* XXXVI (2011), nº 49 y 50, pp. 523-524.

⁴⁴ El subrayado es nuestro.

La norma autoriza expresamente al tribunal arbitral a decidir de forma netamente separada sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral, por un lado, y la del contrato que lo contiene, por otro. De manera que el Convenio europeo se adapta al régimen del principio de separabilidad o autonomía, si bien no constituye propiamente una fuente del mismo⁴⁵.

14. El Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965 no contiene referencia expresa al principio de separabilidad y sólo establece en su artículo 41.1 que el tribunal resolverá sobre su propia competencia.

No obstante, de forma similar a lo que sucede con otros reglamentos de instituciones de arbitraje, el Reglamento de arbitraje (mecanismo suplementario) del Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) prevé en su artículo 45.1 que: “el tribunal resolverá sobre su competencia. Para la finalidad de este artículo, una cláusula de arbitraje que prevea el arbitraje bajo el Mecanismo Suplementario se considera separada de las otras cláusulas del contrato en el que aparece”⁴⁶.

15. Sí recoge con contundencia el principio, denominándolo de autonomía, el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, cuyo artículo 5 dispone que “la convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de este no implica la nulidad de la convención arbitral”. Y así también el Acta uniforme relativa al Derecho de arbitraje de la OHADA (AUA) reconoce el principio de separabilidad en su artículo 4, párrafos primero y segundo, estableciendo a la manera de la jurisprudencia francesa que “*la convention d’arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n’est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d’après la volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique*”.

16. El artículo 16.1 de La Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional consagra la doctrina de la separabilidad y sus consecuencias para los casos de nulidad del contrato que contiene el acuerdo arbitral:

Según este precepto: “el 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”.

Como ha apuntado la doctrina, la LMU refiere la separación del convenio de arbitraje al contexto de la competencia-competencia del tribunal arbitral (aspecto procesal), y no propiamente al material, si bien la afirmación del inciso final es rotunda y permite su aplicación en el plano contractual sustantivo⁴⁷.

Por otra parte, nótese que el precepto configura la separabilidad como presunción; esto es, no dice que la nulidad del contrato no afectará a la cláusula compromisoria, sino

⁴⁵ Vid. J.F. POUDRET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 170, p. 139; G.B. BORN, *op. cit.*, p. 358 y en el mismo sentido, E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁶ La traducción es nuestra.

⁴⁷ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, p. 405.

que no la afectará *ipso iure*, dejando abierta la puerta a que existan casos donde sí ocurra⁴⁸.

Un gran número de estados han implementado su normativa sobre el arbitraje sobre la base de la LMU⁴⁹, lo que ha determinado la expansión del principio de separabilidad en los ordenamientos nacionales.

3. Su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales en el plano legislativo y jurisprudencial

17. Siguiendo la línea de los precedentes jurisprudenciales y del reflejo del principio, de manera tímida o clara según los casos, en los convenios internacionales y sobre todo –como se ha dicho antes– en la LMU, el principio de separabilidad ha tomado cuerpo en prácticamente todos los sistemas nacionales, convirtiéndose en un principio general del Derecho del arbitraje comercial internacional.

18. En Alemania el principio de separabilidad, que había encontrado temprana enunciación en los tribunales a finales del siglo XIX y principios del XX, se desarrolló jurisprudencialmente a lo largo del pasado siglo, vinculado a la voluntad de las partes. Esto es, la separación del acuerdo arbitral se configura como presunción de la intención de las partes contratantes en este sentido (*Bundesgerichtshof* de 27 febrero 1970⁵⁰). En el año 1998 Alemania codificó el principio de separabilidad siguiendo la fórmula de la Ley modelo, si bien el § 1040, párrafo 1º ZPO recoge solamente los dos primeros incisos del artículo 16.1 LMU⁵¹.

Por cuanto respecta a la legislación del otro estado pionero, Suiza, el principio de separabilidad se consagró positivamente ya en el Concordato de 1969 y actualmente se recoge en su aspecto sustantivo en el artículo 178.3 LDIP⁵²:

“La validité d’une convention d’arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d’arbitrage concernerait un litige non encore né”.

⁴⁸ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, p. 408.

⁴⁹ Se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en 83 Estados en un total de 116 jurisdicciones (https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status). Último acceso: 28/07/2020.

⁵⁰ *Arb. Int.* 6, 1990, p. 79 y ss. Y este punto de vista es compartido por los comentaristas, *vid.* el comentario de P. SCHLOSSER a esta sentencia, *Arb. Int.* 6, 1990, p. 86.

⁵¹ La doctrina ha entendido, sin embargo, que ni la ineficacia *ab initio* ni la inexistencia del contrato afectan a la competencia del árbitro (J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 174, p. 140).

⁵² Vid. el comentario al precepto en P. LALIVE, J.F. POUURET y C. REYMOND, *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, Payot, 1989, nº 4, p. 315.

El principio encuentra asimismo profuso reflejo en la jurisprudencia suiza: *ad ex.* sentencias del Tribunal Federal de 15 de marzo de 1990⁵³; 6 de septiembre de 1996⁵⁴; 16 de octubre de 2001⁵⁵.

19. En Estados Unidos, la *Federal Arbitration Act* de 1925, en sus secciones 2, 3 y 4 reconoce implícitamente el principio de separabilidad.

La sección 2 FAA se refiere a “*a written provision in... a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract*”. Y las secciones 3 y 4 FAA prevén la aplicabilidad de “*an agreement in writing for such arbitration*”. La doctrina ha entendido que estos preceptos claramente presuponen que el acuerdo arbitral puede constituir un pacto separado y distinto del contrato base⁵⁶.

Pero la primera afirmación por los tribunales se produjo en el citado fallo *Robert Lawrence* (1959), y posteriormente, la jurisprudencia consagró de forma definitiva el principio de separabilidad en el importante pronunciamiento *Prima Paint Corp. v. Conklin Mfg Co* (1967)⁵⁷, considerado la piedra angular de la doctrina estadounidense de la separabilidad. En él, la Corte Suprema de Justicia resolvió que las cláusulas compromisorias se presumen separables de los contratos en que se contienen, a menos que resulte ser otra la voluntad de las partes. En el litigio uno de los contratantes alegaba que había sido inducido dolosamente por el otro a la celebración del contrato, por lo que reclamaba su anulación. La Corte Suprema entendió que:

“*Except where the parties otherwise intend,... challenges to the validity or legality of the parties’ underlying contract to arbitration, on the basis that those challenges do not impeach the validity of the separable arbitration agreement*”.

La Corte Suprema confirmó y perfiló su doctrina acerca de la separabilidad de la cláusula compromisoria en el fallo *Buckeye Check Cashing Inc v. John Cardegna* (2006)⁵⁸. En el caso se trataba de la ilicitud de un préstamo usurario, sobre el que un tribunal de Florida había declarado que, conforme al Derecho del estado de Florida, la nulidad *ab initio* del contrato arrastraba al acuerdo arbitral en él contenido. Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia sosteniendo que aun cuando un tribunal, aplicando la ley de un Estado u otra extranjera, declarara un contrato ineficaz, ilegal, nulo, anulable o inexistente, la presunción de separabilidad es un regla sustantiva de Derecho federal, consagrada en la *Federal Arbitration Act*:

“*As a matter of substantive federal arbitral law, an arbitration provision is severable from the remainder of the contract*”.

⁵³ DTF 116 Ia, p. 56 y ss.

⁵⁴ *ASA Bulletin* 15, 1997, p. 291 y ss.

⁵⁵ *Rev. Arb.*, 2002, p. 753 y ss.

⁵⁶ *Vid.* A.S. RAU, “The arbitrability question itself”, *Am. Rev. Int. Arb.*, 1999, vol. 10, p. 287 y ss ; y G.B. BORN, *op. cit.*, p. 367.

⁵⁷ *Vid.* referencia en la nota al pie nº 33.

⁵⁸ [2006] 546 US 440. *Vid.* comentario en A. SAMUEL, “Separability and the US Supreme Court decisión in *Buckeye v. Cardegna* [notes]”, *Arb. Int.*, 2006, vol. 22-3, pp. 477-494.

La Corte sostuvo también que, a menos que se cuestionara específicamente la validez del acuerdo arbitral, la impugnación de la validez del contrato debe ser enjuiciada por los árbitros⁵⁹. Se exceptúan, no obstante, los casos en que la pretensión de ineficacia se funde en la falta de capacidad de las partes para prestar el consentimiento o la ausencia de poder de representación. Esta configuración del principio de separabilidad ha jugado un papel muy importante en la jurisprudencia tanto del Tribunal Federal como de los tribunales de los diferentes estados⁶⁰.

Más recientemente, en *Rent-A-Center West Inc v. Jackson* (2010)⁶¹ la Corte Suprema ratifica y extiende su doctrina sobre la separabilidad, considerando en este fallo al acuerdo arbitral como contrato principal y a la cláusula de delegación en él comprendida, que remitía a la competencia de los árbitros todas las controversias relacionadas con el acuerdo arbitral, como una minicláusula compromisoria, que sostuvo separable del acuerdo de arbitraje general⁶².

“In this case, the underlying contract is itself an arbitration agreement. But that makes no difference. Application of the severability rule does not depend on the substance of the remainder of the contract”.

La presunción de la separabilidad se ha aplicado por los tribunales estadounidenses fundamentalmente en contextos de arbitraje internacional, incluyendo acuerdos arbitrales sometidos al CNY⁶³.

El texto de la *Uniform Arbitration Law* de Estados Unidos no recoge expresamente el principio de separabilidad; no obstante, en la sección 6 c) se dispone que:

“c) An arbitrator shall decide whether a condition precedent to arbitrability has been fulfilled and whether a contract containing a valid agreement to arbitrate is enforceable”.

Y el comentario aclara que la intención ha sido seguir la doctrina de la separabilidad asentada en *Prima Paint*, y que, por consiguiente, si la controversia está dentro del ámbito de la cláusula compromisoria, la decisión sobre las cuestiones que puedan afectar a la validez o eficacia del contrato, como dolo, ilicitud, error común, intimidación o *unconscionability*, serán competencia de los árbitros y no de los tribunales.

20. En Francia, la autonomía de la cláusula compromisoria enunciada en la sentencia *Gosset* (1963), fue desarrollada y ampliada en posteriores pronunciamientos. Así, en la

⁵⁹ *“Because respondents challenge the agreement, but not specifically its arbitration provisions, those provisions are enforceable apart from the remainder of the contract, and should therefore be considered by an arbitrator, not a court”.*

⁶⁰ Vid. R. FEEHILY, “Separability in internacional comercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine”, *Arb. Int.*, 2018, 34, p. 364; A. S. RAU, “Everything you really need to know about ‘separability’ in seventeen simple propositions”, *Am. Rev. Int. Arb.*, 2003, vol. 14, pp. 34-35.

⁶¹ [2010] 561 US 63.

⁶² Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, p. 370; R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 365. Vid. también, sobre este caso, D. GESUALDI, “Supreme Court: Scalia, in *Rent-A-Center*, redefines the judicial role in ruling on agreements to arbitrate”, *The international Institut for conflict prevention and resolution* (21 junio 2010), consultado en <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2010-06-21-supreme-court-scalia-in-rent-a-center-redefines-the-judicial-role-in-ruling-on-agreements-to-arbitrate-june-21> (último acceso: 29/07/2020).

⁶³ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 371-372, y la jurisprudencia allí citada por el autor.

sentencia de 6 de diciembre de 1988⁶⁴ sobre el caso *Navimpex*, la Corte de Casación extendió la autonomía del acuerdo arbitral a los supuestos en que el contrato que lo contiene nunca hubiera surtido efectos, por incumplimiento de una condición suspensiva por una de las partes.

Según la Corte de Casación, “[...] attendu d'abord, qu'à l'appui de son recours en annulation, la société Navimpex soutenait que le contrat était inexistant faute d'avoir pu entrer en vigueur - en raison des manquements des parties -, ce qui priverait d'effet la clause compromissoire qui y était incluse ; que la cour d'appel a justement écarté ce moyen de nullité pris de l'article 1502.1° du nouveau Code de procédure civile en se fondant sur le principe d'autonomie de la clause compromissoire, lequel permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion; que ce seul motif suffit à enlever toute portée aux trois derniers griefs du moyen, qui sont préalables”.

Ulteriores decisiones consolidaron la autonomía como indiscutible principio general: Cass. 26 de marzo de 1991 (*Comité Populaire de la Municipalité d'El Mergeb v. Societé Dalico contractors*)⁶⁵; Cass. 20 de diciembre de 1993 (*Municipalité de Khoms El Mergeb v. Societé Dalico*)⁶⁶; CA París 24 de febrero de 1994 (*Ministry of Public Works v. Societé Bec Frères*)⁶⁷; Cass. 4 de abril de 2002 (*Société Barbot CM v. Societé Bouygues Bâtiment et autre*)⁶⁸; Cass. 11 de julio de 2006 (*Société National Broadcasting Co v. Bernadaux*)⁶⁹; Cass. 25 de noviembre de 2008 (*Société Les Pains du Sud v. Societé Spa Tagliavini*)⁷⁰, etc.

La jurisprudencia ha sostenido que la autonomía opera incluso en casos de nulidad *ab initio* o inexistencia del contrato (sentencia *Société National Broadcasting Co v. Bernadaux* y Cass. Comm. 25 de octubre de 2005⁷¹); que la expiración del contrato no afecta a la cláusula arbitral y las demandas que tengan origen en él son de competencia de los árbitros, cualquiera que sea el fundamento jurídico que se invoque (CA París 24 de mayo de 2000, *Cynosure v. Bernas Medical*⁷²); o que los tribunales deben prestar su auxilio para constituir el tribunal arbitral, a menos que adviertan que la cláusula

⁶⁴ *Rev. Arb.*, 1989, p. 641 y ss, con nota de B. GOLDMAN, en cuya opinión: “le tribunal arbitral devrait être reconnu compétent dans tous les cas où l’existence du contrat principal ou de la clause compromissoire est contestée. Il aura alors à rechercher d’abord s’il y a bien une cause d’inexistence, et dans l’affirmative, si elle affecte la clause compromissoire [...] S’il conclut à l’inexistence de la clause compromissoire, il doit bien entendu s’abstenir de statuer au fond; mais dans le cas contraire, il est compétent au fond” .

⁶⁵ *Rev. Arb.*, 1991, p. 456.

⁶⁶ *Rev. Arb.*, 1994, p. 116.

⁶⁷ *YB Comm. Arb.* XXII, 1997, p. 682.

⁶⁸ *Rev. Arb.*, 2003, p. 103.

⁶⁹ *Rev. Arb.*, 2006, n° 3, p. 981.

⁷⁰ *Rev. Arb.*, 2008, p. 681-682.

⁷¹ D. 2005-3052.

⁷² *Rev. Arb.*, 2001, n° 3, p. 355 y ss.

compromisoria es manifiestamente nula o insuficiente para obligar a las partes a recurrir al arbitraje (Cass. 13 de junio de 2002, *Société Prodim v. Société Ocalenn*⁷³)⁷⁴.

En 1980, el nuevo Código francés de procedimiento civil recogió implícitamente el principio de separabilidad en el artículo 1.442, pero su codificación definitiva se produjo en 2011, cuando el Decreto nº 2011-48, de 13 de enero, dio al artículo 1.447 su redacción actual, que dispone en su primer párrafo que:

“La convention d’arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n’est pas affectée par l’inefficacité de celui-ci”.

21. A pesar de los aires favorables a la separabilidad del acuerdo arbitral que corrían en la Europa continental, el *common law* inglés fue durante largo tiempo reticente a la admisión del principio⁷⁵, quizás porque se creía que su recepción allanaba el camino al aún más desagradable –a los ojos ingleses– principio de la competencia-competencia⁷⁶.

Aunque en 1942 la Cámara de los Lores había sostenido en *Heymans v. Darwins*⁷⁷ que un acuerdo arbitral internacional podría sobrevivir a la terminación del contrato (aunque expresaba sus dudas en los casos de nulidad o anulabilidad), posteriormente se impuso en la jurisprudencia la consideración de la cláusula arbitral como pacto accesorio al contrato principal, debiendo correr la misma suerte de este (*Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co*, 1987)⁷⁸.

El punto de inflexión en la aceptación de la doctrina de la separabilidad en el Derecho inglés viene marcado por el caso *Harbour Assurance Co v. Kansa General Insurance*, considerado *leading case* en la materia. En el litigio se ventilaba la cuestión de la ilegalidad, y consiguiente nulidad, del contrato de reaseguro que contenía una cláusula arbitral, por la inobservancia de los demandados de las normas que regían el contrato de seguro. La *High Court* (1991)⁷⁹ y posteriormente, la *Court of Appeal* (1993)⁸⁰, sostuvieron que el acuerdo arbitral no se veía afectado por la ilegalidad o invalidez del contrato en que se contenía, por lo que debían declinar su competencia en favor de los árbitros⁸¹:

“First, there is the imperative of giving effect to the wishes of the parties unless there are compelling reasons of principle why it is no possible to do so. [...] Secondly, if the

⁷³ *Bulletin d’information de la Cour de Cassation*, nº 563, sumario 924.

⁷⁴ *Vid.* R. CAIVANO, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁵ *Vid.* sobre las reticencias inglesas a la admisión del principio de separabilidad, A. SAMUEL, “Separability in English Law. Should an arbitration clause be regarded as an agreement separate and collateral to a contract in which it is contained? *Journ. Int. Arb.*, 1986 nº 3, pp. 100-109.

⁷⁶ *Vid.* E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 404, p. 205.

⁷⁷ [1942] AC 356.

⁷⁸ [1987] *Lloyd’s Rep.* 2, p. 246.

⁷⁹ [1991] QB (Com. Ct.); *Lloyd’s Rep.* 1992, 1, p. 81.

⁸⁰ [1993] QB 701. *Vid.* comentario en P. GROSS, “Separability comes of age in England: Harbour v. Kansa and clause 3 of Draft Bill”, *Arb. Int.*, 1995, vol. 11-1, p. 85-95.

⁸¹ En su razonamiento, la Corte siguió una argumentación similar a la empleada por la Corte Suprema estadounidense en *Prima Paint* y el Tribunal Supremo Federal alemán en su clásica sentencia de 1970 (G.B. BORN, *op. cit.*, p. 380).

arbitration clause is not held to survive the invalidity of the contract, a party is afforded the opportunity to evade his obligation to arbitrate by the simple expedient of alleging that the contract is void. In such cases courts of law then inevitably become involved in deciding the substance of a dispute. Moreover, in international transactions where the neutrality of the arbitral process is highly prized, the collapse of this consensual method of dispute resolution compels a party to resort to national courts where in the real world the badge of neutrality is sometimes perceived to be absent. For parties the perceived effectiveness of the neutral arbitral process is often a vital condition in the process of negotiation of the contract. If that perception is absent, it will often present a formidable hurdle to the conclusion of the transaction. A full recognition of the separability principle tends to facilitate international trade”.

El paso que sella la evolución del Derecho inglés hacia la completa admisión del principio tuvo lugar en 1996, cuando la sección 7 de la *Arbitration Act*, redactada sobre la base del artículo 16.1 LMU, recoge el principio de separabilidad en los siguientes términos:

“Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement”.

Obsérvese que, a semejanza de la LMU, pero aun de forma más clara, la sección 7 AA configura el principio como una presunción de la voluntad de las partes, que pueden libremente pactar lo contrario (*unless otherwise agreed by the parties*). Pero, a diferencia de la Ley modelo, la AA inglesa confiere a la presunción de separabilidad un tratamiento sustantivo, mientras que la LMU contempla el principio desde una perspectiva procesal, a los efectos de la competencia-competencia⁸².

Finalmente, en el año 2007 la decisión sobre el caso *Fiona Trust*⁸³ supone la culminación del proceso inglés de adopción de la doctrina de la separabilidad. En ella la presunción de separabilidad se configura con tal fuerza que sólo puede ser destruida mediante una clara expresión de su intención contraria por las partes.

La controversia se derivaba de ocho pólizas de fletamento. Cada una de las pólizas incluía una cláusula compromisoria. Los armadores rescindieron las pólizas alegando que estaban viciadas de dolo, al haber sido celebradas mediante soborno. Simultáneamente, los fletadores iniciaron un proceso arbitral buscando hacer valer sus derechos de acuerdo con la cláusula compromisoria incluida en los contratos de fletamento. Se planteó entonces el conflicto de quién debía decidir sobre el asunto: los tribunales o los árbitros, pues se alegó que el fraude viciaba no sólo los contratos sino también, por extensión, la cláusulas compromisorias en ellos contenidas.

Según doctrina de la Cámara de los Lores, la cláusula compromisoria sólo puede invalidarse sobre la base de vicios o defectos específicos del propio acuerdo arbitral (*direct impeachment*), y no a causa de la invalidez del contrato base. Así pues, a pesar

⁸² Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 381-382.

⁸³ *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov* [2007] 1 All ER (Comm) 891 (*Court of appeal*); y *Premium Nafta Products Ltd v. Fili Shipping Co Ltd* [2007] UKHL 40 (*House of Lords*).

de que el contrato fuera ineficaz a causa del soborno de una de las partes, ello no afectaba al acuerdo arbitral⁸⁴.

22. Aunque con desarrollo más tardío que en Alemania o Suiza, en los demás ordenamientos de la Europa continental el principio de separabilidad tiene reflejo tanto legislativo como jurisprudencial. Así, en Holanda, en 1986, el artículo 1.053 WBR consagra el principio en sus dos aspectos, por un lado, el acuerdo arbitral “se considerará y valorará como un acuerdo separado”, y por otro, “el tribunal arbitral tendrá competencia para decidir sobre la existencia y la validez del contrato principal que contiene o al que se refiere el acuerdo de arbitraje”. La doctrina holandesa, sin embargo, está dividida acerca de si esta regla debe aplicarse también cuando lo que se discute es la existencia misma del contrato⁸⁵. Y en Italia, la regla de la autonomía, que había sido afirmada de modo unánime por la doctrina⁸⁶, y la jurisprudencia⁸⁷, se tradujo legislativamente en 1994 en el artículo 808, párrafo 2º del *Codice di procedura civile*, que dispone que “la validez de la cláusula compromisoria debe ser evaluada de modo autónomo respecto del contrato al que se refiere; sin embargo, el poder para celebrar el contrato incluye también el de convenir la cláusula compromisoria”⁸⁸. Asimismo, la Ley de arbitraje sueca de 1999, reconoce la presunción de separación en su artículo 3⁸⁹, que ya había sido consagrada por la jurisprudencia en 1936 y 1976⁹⁰. Y la Ley portuguesa de arbitraje de 2011 recoge el principio de separabilidad en su artículo 18.2º y 3º⁹¹.

23. Un nutrido grupo de estados europeos siguen en su legislación sobre arbitraje la redacción de la LMU, reconociendo el principio de separabilidad en parecidos términos.

⁸⁴ Según Lord Hoffman en *Premium Nafta* (para. 35): “*The doctrine of separability requires direct impeachment of the arbitration agreement before it can be set aside. This is an exacting test. The argument must be based on facts which are specific to the arbitration agreement. Allegations that are parasitical to a challenge to the validity to the main agreement will do not do*”.

⁸⁵ Vid. J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁶ Vid. F. CARNELUTTI, “Clausola compromissoria e competenza degli arbitri”, *Riv. Dir. Comm.*, 1921, p. 327 y ss; o, P. RESCIGNO, “Arbitrato e autonomía contrattuale”, *Riv. Arb.*, 1991, p. 28 y ss.

⁸⁷ Cass. 18 mayo 1978, n. 2392, *Atlas General Timbers spa v. Concordia Lines spa* (*Riv. dir. int. priv. proc.* 1980, p. 461); Cass. Civ. 24 abril 1987, n. 3989, *Caputo v. Ente reg. sviluppo agrario Puglia* (*Mass. Giur. it.* 1987); Cass. 12 mayo 1990, n. 2011, *Soc. Calcestruzzi Bianchi v. Cons. Marsicano Calcestruzzi* (*Mass. Giur. it.* 1990). Y en la jurisprudencia menor: CA Venecia 26 abril 1980, *Carapelli v. Ditta Otello Mantovani* (*YB Comm. Arb.* VII, p. 340 y ss) y CA Bolonia 21 diciembre 1991, *SpA Coveme v. Compagnie Française des Isolants*, (*YB Comm. Arb.* XVIII, p. 422 y ss.).

⁸⁸ “*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria*”.

⁸⁹ “*Where the validity of an arbitration agreement which constitutes part of another agreement must be determined in conjunction with a determination of the jurisdiction of the arbitrators, the arbitration agreement shall be deemed to constitute a separate agreement*”.

⁹⁰ Vid. J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, p. 140.

⁹¹ “1. El tribunal arbitral puede decidir acerca de su propia competencia, aunque para ese fin sea necesario apreciar la existencia, la validez o la eficacia del convenio arbitral o del contrato en que ella se inserte, o la aplicabilidad del mencionado convenio. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. 3. La decisión del tribunal arbitral que considere que el contrato es nulo no entrañará por sí sola la nulidad de la cláusula compromisoria”.

En Bélgica, el artículo 1.690.1º del *Code judiciaire*, en su redacción del año 2013, recoge el principio de separabilidad en los términos de la LMU (con las enmiendas aprobadas en 2006)⁹². Y en el mismo sentido: art. 19.2 de la Ley búlgara de arbitraje comercial internacional de 2002⁹³; art. 15.1 de la Ley de arbitraje de Croacia de 2001⁹⁴; art. 5.2º y 3º y art. 21 (*kompetenz-kompetenz*) de la Ley de arbitraje de Eslovaquia de 2015⁹⁵; art. 19.1 de la Ley de arbitraje de Eslovenia de 2008⁹⁶; art. 22 de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje⁹⁷; § 730 (1) del Código del procedimiento civil de Estonia⁹⁸; § 17.1 de la Ley de arbitraje de Hungría de 2017⁹⁹; art. 19.1 de la Ley de

⁹² “Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une convention d'arbitrage faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage”.

⁹³ “An arbitration agreement included in a contract shall be considered independent of the other terms of the contract. The nullity of the contract shall not render by itself the contents of the arbitration agreement invalid as well”.

⁹⁴ “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or the validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso iure the invalidity of the arbitration clause”.

⁹⁵ “(2) If an arbitration clause is part of an otherwise invalid contract, the arbitration clause shall be invalid only if the grounds for invalidity affect the arbitration clause as well. (3) If the parties rescind an agreement, the rescission shall not apply to the arbitration clause included in the agreement, unless otherwise agreed by the parties”.

⁹⁶ “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. An arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso iure the invalidity of the arbitration clause”.

⁹⁷ “Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”. Además, en el apartado V de su Exposición Motivos, la LA establece que “[e]l artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral”.

⁹⁸ “An arbitral tribunal has the right to determine its competence and in connection therewith, also resolve the matter of existence of an arbitral agreement and of the validity of such agreement. In doing so, the arbitral tribunal views the arbitral agreement as an independent agreement not connected to other terms and conditions of the contract”.

⁹⁹ “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision of the arbitral tribunal declaring that a contract has not come into existence or is invalid shall not entail the invalidity of the arbitration clause”.

arbitraje comercial de Lituania¹⁰⁰; art. 18.1 y 2 de la Ley de Arbitraje de Noruega de 2004¹⁰¹; art. 1.180, párrafo 1º del Código de procedimiento civil de Polonia¹⁰²; o art. 28 de la Ley de arbitraje de Serbia de 2006¹⁰³. Asimismo, el artículo 16.1 de la Ley rusa sobre arbitraje comercial internacional es copia de la LMU¹⁰⁴.

24. Es llamativo, sin embargo, el caso austríaco. Cuando en 2006 Austria adoptó la LMU, no se implementó el principio de separabilidad contemplado en el artículo 16 LMU (aunque sí el de competencia-competencia). Tal y como resulta de los materiales legislativos, la teoría de la separabilidad fue considerada “engañosa, demasiado simplificadora y ajena a los principios generales del Derecho contractual austríaco”¹⁰⁵. A pesar de las críticas de la doctrina¹⁰⁶, la jurisprudencia posterior confirma la expulsión del principio de separabilidad del sistema austríaco, que aparece como *rara avis* en el panorama comparado sobre arbitraje. Así, en la sentencia de 23 de junio de 2015¹⁰⁷ (que ratifica una larga jurisprudencia previa), el *Oberster Gerichtshof* declaró expresamente que la teoría de la separabilidad no forma parte del Derecho austríaco del arbitraje; y que el acuerdo arbitral debe considerarse como algo accesorio al contrato base. Por

¹⁰⁰ “The arbitral tribunal shall have the right to make a decision on its competence to examine the dispute, including cases where doubts arise in respect of the existence of an arbitration agreement or its validity. To this end, the arbitration clause, which forms a part of the contract, shall be treated as an agreement not contingent on the other conditions of the contract. The decision of the arbitral tribunal regarding recognition of the contract as invalid, shall not entail per se recognition of the arbitration clause as invalid”.

¹⁰¹ “1. The arbitral tribunal shall rule on its own jurisdiction, including any objections as to the existence or validity of the arbitration agreement. 2. An arbitration agreement which forms part of a contract, shall for purposes of rulings pursuant to Subsection 1 be treated as an agreement independent of the other parts of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is invalid shall not in itself entail the invalidity of the arbitration agreement”.

¹⁰² “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including the existence, validity or effectiveness of the arbitration agreement. Invalidity or expiration of the underlying agreement containing the arbitration agreement shall not per se result in invalidity or expiration of the arbitration agreement”.

¹⁰³ “Arbitration court may adjudicate about its own competence, including adjudicating on the objection regarding the existence or being in effect of the agreement on arbitration. If the agreement on arbitration is concluded as an arbitration clause, in the process of adjudicating on the objection regarding the existence or being in effect of the agreement on arbitration, such clause is considered independent of other contractual provisions. Adjudication by the arbitration body to declare a contract containing an arbitration clause null and void does not entail such clause becoming null and void”.

¹⁰⁴ Sobre la evolución de la interpretación y aplicación del principio de separabilidad en Rusia, *vid.* I. YOSHIDA, “Interpretation of separability of an arbitration agreement and its practical effects on rules of conflict of laws in arbitration in Russia”, *Arb. Int.*, vol. 19-1, 2003, pp. 95-112.

¹⁰⁵ *Vid.* D. CZERNICH, “The theory of separability in Austrian arbitration law: is it on stable pillars?”, *Arbitration International*, 2018, 34, p. 464.

¹⁰⁶ Los autores han puesto de manifiesto lo erróneo de la afirmación de que la teoría de la separabilidad es ajena al Derecho contractual de Austria, pues está bien establecida respecto de los acuerdos de elección de foro, o de ley aplicable, y respecto de los acuerdos atributivos de competencia según el Reglamento Bruselas I (*Ibidem*).

¹⁰⁷ *Ecolex* 2016, p. 44.

consiguiente, si el contrato es nulo o se ha extinguido el acuerdo arbitral debe correr la misma suerte¹⁰⁸.

25. En Japón, la presunción de separabilidad fue reconocida por la jurisprudencia en el fallo *Kokusai Kinszoku Kogyo KK v. Guard-Life Corp* (1975)¹⁰⁹. Según criterio del Tribunal Supremo japonés en esta sentencia, es voluntad presumible de los contratantes que el acuerdo arbitral sea separable del contrato base, si bien esta presunción puede ser destruida mediante “acuerdo específico de las partes”. La ley de Arbitraje japonesa (nº 38 de 2003) consagra el principio de forma sustantiva en el artículo 13.6, apartándose de la formulación de la LMU:

“Even if in a particular contract containing an arbitration agreement, any or all of the contractual provisions, excluding the arbitration agreement, are found to be null and void, cancelled or for other reasons invalid, the validity of the arbitration agreement shall not necessarily be affected”.

Jurisprudencia más reciente ha desarrollado el principio de separabilidad en el sistema japonés, aplicándolo no sólo en supuestos de ineficacia, sino también de terminación del contrato (sentencia de 26 de febrero de 2006, *Taiyo Ink Mfg Ltd v. Tamura Kaken Ltd*¹¹⁰)¹¹¹.

26. El principio de separabilidad se ha abrazado en otros muchos estados. En China, tras una primera etapa de negación de la separabilidad, se acogió por la jurisprudencia en los años 90 del pasado siglo¹¹² y tiene reflejo en el artículo 19 de la Ley de arbitraje de 1995¹¹³. En 1996, la Ley india de arbitraje y conciliación, redactada sobre la base de la LMU (y reformada en 2016 y 2019), reconoció el principio de separabilidad en su artículo 16.1 en conexión con el principio de competencia-competencia, en parecidos términos a la Ley modelo¹¹⁴. Singapur adoptó asimismo la LMU mediante ordenanza de 2012. Por su parte, el artículo 4.4 de la Ley turca de arbitraje internacional de 2001 lo

¹⁰⁸ Vid. el comentario de esta sentencia en D. CZERNICH, *op. cit.*, p. 363 y ss.

¹⁰⁹ Sentencia de 15 julio 1975, *YB Comm. Arb.* IV, 1979, p. 115 y ss.

¹¹⁰ LEX/DB 28110611.

¹¹¹ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 383-384.

¹¹² Sobre la evolución de la aplicación del principio en China, *vid.* W. GU, “Judicial review over arbitration in China: assessing the extent of the latest pro-arbitration move by the Supreme People’s Court in the People’s Republic of China”, *Wis. Int. L.J.*, 2009, p. 242 y ss.

¹¹³ “An arbitration agreement shall exist independently. The amendment, rescission, termination or invalidity of a contract shall not affect the validity of the arbitration agreement. The arbitration tribunal shall have the power to affirm the validity of a contract”.

¹¹⁴ “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement, and for that purpose, (a) an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract; and (b) a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause”.

recoge desde el punto de vista sustantivo¹¹⁵, al igual que el artículo 22 de la Ley jordana de arbitraje de 2001¹¹⁶ y el artículo 11 de la Ley siria de arbitraje de 2008¹¹⁷.

Sin embargo, la normativa de los Emiratos árabes (*UAE Procedure code, Federal code* nº 11 – 1992) no contiene ninguna previsión sobre el principio de separabilidad; y esta carencia ha provocado que los tribunales no hayan enfocado la cuestión de manera unívoca y coherente (en contra, sentencia del Tribunal Supremo Federal nº 209, de 22 de enero de 1995; a favor, sentencias de la Corte de Casación de Dubai nº 167/2002, de 2 de junio de 2002 y del Tribunal Supremo Federal nº 166/2008, de 1 de febrero de 2010)¹¹⁸.

27. En el continente africano, el art. 23 de la Ley egipcia 27/1994 de arbitraje en cuestiones civiles y comerciales¹¹⁹ consagra el principio de separabilidad desde el punto de vista sustantivo, y en la misma línea se recoge en el artículo 318 del Código de procedimiento civil de Marruecos¹²⁰. Otras legislaciones nacionales lo regulan junto al principio de competencia-competencia, siguiendo la vía marcada por la LMU, así *ad. ex.*, art. 46 del Código de arbitraje de Mauritania; art. 455.1 de la Ley nº 98-019 de arbitraje de Madagascar; art. 12 Ley de arbitraje y conciliación de Nigeria; art. 61.1 del Código de arbitraje de Túnez; art. 18.2 de la Ley nº 005-2008 de arbitraje y conciliación en materia comercial de Ruanda; o art. 16.1 de la Ley de arbitraje de Zimbabue.

28. En Australia, en el año 1989 se adoptó la LMU en la *International Arbitration Act* de 1974. Sin embargo, las decisiones de la High Court australiana revelaron cierta relucencia a la admisión de la doctrina de la separabilidad (*vid. ad. ex. QH Tours Limited v. Ship Design & Management Australia Pty Limited*¹²¹; o *IBM Australia Ltd v. National Distribution Services Ltd*¹²²). El cambio de actitud se produjo con el fallo *Comandate*

¹¹⁵ “No objection could be made against the arbitration agreement by arguing that the underlying contract is invalid or that the arbitration agreement is related to a dispute, which has not yet arisen”.

¹¹⁶ “An arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The nullity, revocation or termination of the contract shall not affect the arbitral clause therein if such clause is valid by itself”.

¹¹⁷ “The arbitral clause is deemed to be an agreement that is independent of the other terms of the contract. The expiration, nullity, repudiation, revocation or termination of the contract shall not affect the arbitral clause therein, provided such clause is valid per se, unless agreed otherwise by the parties”.

¹¹⁸ *Vid.* B.A.F. AL-SERHAN, “The separability of arbitration agreement in the Emirati Law”, *Arbitration International*, 2016, 32, pp. 324-326.

¹¹⁹ “The arbitration clause shall be treated as an independent agreement separate from the other terms of the contract. The nullity, rescission or termination of the contract shall not affect the arbitration clause, provided that such clause is valid per se”.

¹²⁰ “La clause d’arbitrage est réputée être une convention indépendante des autres clauses du contrat. La nullité, la résiliation ou la cessation du contrat n’entraîne aucun effet sur la clause d’arbitrage comprise dans ledit contrat lorsque celle-ci est valable en soi”.

¹²¹ [1991] 105 ALR p. 371.

¹²² [1991] 100 ALR p. 361.

*Marine Corp v. Pan Australia Shipping Pty Ltd*¹²³, que confirmó que el principio de separabilidad era vinculante en Derecho australiano¹²⁴.

Y en Nueva Zelanda la adopción de la LMU en la *Arbitration Act 1996*, se produjo en 2007, incorporándose en el propio instrumento legal (*Schedule 1*).

29. Por cuanto respecta al ámbito latinoamericano, son numerosos los estados que recogen legislativamente el principio de separabilidad. Algunos sistemas regulan la separabilidad junto a la competencia-competencia en los términos de la LMU; en este sentido: Argentina (art. 35.2 y 3 de la Ley de arbitraje comercial internacional¹²⁵); Chile (art. 16.1 sobre arbitraje comercial internacional); Costa Rica (art. 37 de la Ley 7727 sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social); Cuba (art. 13.2 Decreto Ley 250/07); Guatemala (art. 21 de la Ley de arbitraje); México (art. 1.432 del Código de comercio); Nicaragua (art. 42 de la Ley nº 540 de 2005, de mediación y arbitraje); Panamá (art. 30 de la Ley 131 de 31 diciembre 2013); Paraguay (art. 19 de la Ley nº 1879 de arbitraje y mediación); Puerto Rico [art. 4.01 (1) de la Ley nº 10 de 2012, de arbitraje comercial internacional en Puerto Rico]; Uruguay (art. 16.1 de la Ley 19636 de 2018, de arbitraje comercial internacional) y Venezuela (art. 7 de la Ley de arbitraje comercial de 1998). Otros sistemas, por el contrario, se refieren a él desde el punto de vista sustantivo: Bolivia (art. 44 de la Ley nº 708 de 2015, de conciliación y arbitraje¹²⁶); Brasil (art. 8 de la Ley brasileña de arbitraje¹²⁷); Colombia (art. 5.1 de la Ley 1563 de 2012¹²⁸); Ecuador (art. 5.3 de Ley nº 000.RO/145, de 4 septiembre 1997, de arbitraje y mediación¹²⁹); y con una redacción casi idéntica: El Salvador (art. 30 de la Ley de mediación, conciliación y arbitraje); Honduras (art. 39 de la Ley de conciliación y

¹²³ [2006] FCAFC 192.

¹²⁴ *Vid.* R. FEEHILY, *op. cit.*, pp. 369-370.

¹²⁵ Sobre la separabilidad en Argentina, *vid.* P.M. ALL y B. PALLARÉS, “La regulación del arbitraje comercial internacional en Argentina”, en C. ESPLUGUES (Ed.) *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 137; y R.J. CAIVANO, *op. cit.*, p. 30 y ss.

¹²⁶ “Toda cláusula arbitral o convenio arbitral que forme parte de un contrato, se considera como un acuerdo independiente y autónomo con relación a las demás estipulaciones del mismo. La nulidad o anulabilidad del contrato no afectará a la cláusula arbitral o al convenio arbitral”. Sobre la separabilidad en Bolivia, *vid.* B. HADERSPOCK, “Validez y eficacia del convenio arbitral en Bolivia”, *Revista internacional de estudios de Derecho procesal y arbitraje*, nº 1 – 2015, (www.riedpa.com). Señala J.C. FERNÁNDEZ ROZAS cómo, sin embargo, en la práctica se encuentran ejemplos preocupantes de omisión de la regla por la jurisprudencia boliviana, *v.gr.* Auto Supremo de 29 agosto 2003 y Auto Supremo de 11 febrero 2005 (*vid. Tratado de arbitraje comercial internacional en América latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 609-611).

¹²⁷ “La cláusula compromisoria es autónoma en relación con el contrato en que esté inserta, de tal suerte que la nulidad de este no implica necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria”.

¹²⁸ “La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”. Sobre la separabilidad en Colombia, *vid.* C. MADRID MARTÍNEZ, “Arbitraje interno e internacional en Colombia”, en C. ESPLUGUES (Ed.) *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 260-261; y F. MANTILLA, “Los principios de autonomía y competencia-competencia en nuevo Estatuto Arbitral colombiano”, *Revista internacional de Arbitraje*, nº 17, jul-dic 2012, pp. 33-65.

¹²⁹ “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

arbitraje); Perú (art. 41.2 del Decreto legislativo nº 1071, que norma el arbitraje); República Dominicana (art. 11 de la Ley nº 489-08 sobre Arbitraje Comercial¹³⁰).

Según dispone este último precepto: “1) Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. 2) En consecuencia, la inexistencia, nulidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de este. Los árbitros pueden decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que puede versar, inclusive, sobre los vicios que afecten el contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral”. Como se ha dicho, la redacción de la norma sobre separabilidad o autonomía es prácticamente igual en los cuatro estados, con la salvedad de que los preceptos de Honduras y de la República Dominicana añaden un párrafo final estableciendo que cuando la nulidad total de un contrato procede de una sentencia judicial con efecto de cosa juzgada, el convenio arbitral no subsistirá.

4. El principio de separabilidad en la jurisprudencia arbitral internacional.

30. El principio de separabilidad ha sido reconocido en la jurisprudencia arbitral internacional como principio general del arbitraje comercial internacional, a menudo sin necesidad de justificar dicho reconocimiento con referencia a una ley nacional¹³¹. Esta jurisprudencia fundamenta la doctrina de la separabilidad en la voluntad (presunta) de las partes, a fin de aislar la cláusula compromisoria de las vicisitudes del contrato en que se incluye, para salvaguardar el arbitraje como medio de resolución de los conflictos que surjan del propio contrato.

Las primeras formulaciones de la separabilidad se remontan a los años setenta del pasado siglo XX y, en concreto, a tres laudos dictados acerca de controversias relativas a concesiones petrolíferas en Libia: *BP Exploration Co. v. Libya* (10 octubre 1973)¹³²; *Texaco v. Libya* (27 noviembre 1975)¹³³ y *LIAMCO v. Libya* (12 abril 1977)¹³⁴. En los tres casos, los árbitros sostuvieron que los acuerdos arbitrales sobrevivían a la terminación de los contratos de concesión resultante de la nacionalización, por lo que las controversias relativas a aquella debían resolverse mediante arbitraje¹³⁵.

En el asunto *LIAMCO v. Libya* el tribunal arbitral (*ad hoc*) sostuvo que “[i]t is widely accepted in international law and practice that an arbitration clause survives the

¹³⁰ Sobre la autonomía del acuerdo arbitral en la República Dominicana, *vid.* L. SOLANO, “El arbitraje comercial interno e internacional en la República Dominicana”, en C. ESPLUGUES (Ed.) *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 559-561.

¹³¹ E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, p. 206.

¹³² *BP Exploration Co (Libya) Ltd v. Government of the Libyan Arab Republic, Int.*, *YB Comm. Arb.*, 1980, p. 43 ss

¹³³ *Texaco Overseas Petroleum Co v. Libyan Arab Republic, YB Comm. Arb.*, 1979, p. 177 ss; *Clunet* 1977, p. 350 ss.

¹³⁴ *Libyan Am. Oil Co (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, YB Comm. Arb.* 1981, p. 89 y ss.

¹³⁵ *Vid.* sobre estos laudos, E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, pp. 206-207 y G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 390-391.

unilateral termination by the State of the contract in which it is inserted and continues in force even after that termination. This is a logical consequence of the interpretation of the intention of the contracting parties, and appears to be one of the basic conditions for creating a favorable climate for foreign investment”.

El principio se desarrolló en el asunto *Elf Aquitaine v. National Iranian Oil Company* (14 enero 1982)¹³⁶:

“(18) It is a generally recognised principle of the law or international arbitration that arbitration clauses continue to be operative even though an objection is raised by one of the parties that the contract containing the arbitration clause is null and void. [...] (19) The rational strength of this principle is apparent. In absence of access to international courts, arbitration under and international rule of law presents a workable and qualified system for the settlement of disputes independent of both parties involved”

Con posterioridad muchos otros laudos han aplicado el principio de separabilidad en una amplia variedad de contextos, convirtiéndolo en clave de bóveda del moderno Derecho del arbitraje internacional, *ad. ex.*, asunto CCI nº 13764¹³⁷, asunto CCI nº 9480¹³⁸, asunto CCI nº 7626¹³⁹; asunto CCI nº 7263¹⁴⁰; asunto CCI nº 6367¹⁴¹, etc.¹⁴²

5. El principio de separabilidad en los reglamentos institucionales.

31. Los reglamentos de las principales instituciones de arbitraje reflejan también la doctrina de la separabilidad. El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional ya hacía referencia al principio en su versión de 1955 (art. 13), y actualmente la versión de 2012 (modificada en 2017) lo recoge en su artículo 6.9, tanto para la ineficacia como la inexistencia del contrato base, siempre que el tribunal arbitral haya admitido la validez del acuerdo arbitral¹⁴³:

“Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones”

32. El artículo 23.1 del Reglamento de arbitraje de la CNUDCI recoge el principio de separabilidad en los mismos términos que el artículo 16.1 LMU, junto al principio de competencia-competencia, y en este sentido lo encontramos también regulado en otros

¹³⁶ *YB Comm. Arb.*, 1986, p. 97 ss; *Revue de l'arbitrage*, 1984, pp. 401-421.

¹³⁷ 20 (1) *ICC Ct. Bull.* 108 (2009).

¹³⁸ 289 *Recueil des Cours*, 9, 55 (2001).

¹³⁹ XXII *YB Comm. Arb.* 132, 137 (1997).

¹⁴⁰ XXII *YB Comm. Arb.* 92, 100 (1997).

¹⁴¹ 289 *Recueil des Cours* 9, 54 (2001).

¹⁴² Citados por G.B. BORN, *op. cit.*, p. 392.

¹⁴³ *“Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones”.*

reglamentos institucionales, *ad ex.*: sec. R.7 b) Reglamento AAA; art. 28.2 Reglamento ACICA; art. 11 Reglamento CAM; art. 25.2 CCAC; art. 43.2 Reglamento CEA; art. 5.4 Reglamento CIETAC; art. 2.2. Reglamento ECA; art. 19.2 Reglamento HKIAC (2018); art. 19.2 Reglamento ICDR; art. 23.1 y 2 Reglamento LCIA; art. 10.4 Reglamento OHADA; art. 17.4 Reglamento OHADAC; art. 28.2 Reglamento SIAC; art. 21.2 Reglamento suizo de arbitraje internacional, etc.

7. Las consecuencias prácticas de la presunción de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral respecto del contrato

33. Dado que el arbitraje se pacta precisamente para solucionar de manera alternativa a la jurisdicción ordinaria las situaciones de crisis contractual, el principio de separabilidad o autonomía sirve funcionalmente para asegurar este objetivo, preservando el acuerdo arbitral en casos de ineficacia o terminación del contrato¹⁴⁴. En consecuencia, si el contrato base es ineficaz o se extinguió por cualquier causa, la cláusula compromisoria seguirá siendo eficaz y vinculante para las partes. De igual forma, la novación de cualquiera de los derechos y obligaciones nacidos del contrato no privará de efectos al acuerdo arbitral¹⁴⁵.

Además, el principio de separabilidad determina no sólo que la ineficacia o expiración del contrato base no implica la del convenio arbitral, sino que inversamente supone que la ineficacia o terminación del acuerdo arbitral no tiene necesariamente repercusiones sobre el contrato¹⁴⁶. Ello salvo que las partes hayan ligado la suerte del contrato a la de la cláusula compromisoria, particularmente en el ámbito internacional, donde la garantía de esta forma de resolución de litigios puede ser legítimamente considerada por las partes como una condición esencial de su contrato¹⁴⁷.

Se trata de una regla basada en una presunción de la voluntad de las partes. Las legislaciones nacionales, tanto de *civil law* como de *common law* y de otros sistemas, los reglamentos institucionales y demás fuentes estudiadas, no configuran la separabilidad como una regla imperativa, sino que la establecen sobre la base de entender que responde razonablemente a las legítimas expectativas de los contratantes que el acuerdo arbitral sea separable o independiente de la suerte del contrato base. No obstante, estos son libres de pactar la no separación, bien para alguna o todas las eventualidades¹⁴⁸.

34. A pesar de su casi universal aceptación como principio general del arbitraje, no han faltado las críticas a la separabilidad, ya sea desde el punto de vista de la lógica contractual, ya desde el punto de vista práctico¹⁴⁹. Desde la primera de las perspectivas,

¹⁴⁴ Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁵ Vid. E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 410, p. 210.

¹⁴⁶ Vid. R.H. SMIT, "Report: Separability and competence-competence in international arbitration: ex nihilo nihil fit? Or can something indeed come from nothing?", *American Review of International Arbitration*, 13, 2002, p. 21.

¹⁴⁷ Vid. J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 165, p. 135.

¹⁴⁸ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 396 y 399.

¹⁴⁹ Vid. R.J. CAIVANO, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

se ha afirmado que se trata de una ficción legal contraria a la lógica, basada en especulaciones acerca de la voluntad de las partes, que genera confusión e incertidumbre¹⁵⁰; y que no hay razón jurídica alguna para tratar al acuerdo arbitral de modo diferente a otras cláusulas del contrato¹⁵¹. Se ha dicho también que siempre que esté en tela de juicio el contrato base lo estará asimismo el acuerdo arbitral, y que por aplicación de la locución latina *ex nihilo nihil fit*, el mismo concepto de separabilidad exige la preexistencia de un contrato base, porque una cosa sólo puede separarse de otra que existe, mas no de algo inexistente¹⁵². Y entre las consideraciones críticas basadas en razones prácticas, se ha puesto en duda la imparcialidad de los árbitros para decidir sobre la arbitrabilidad de una cuestión, con base en su interés económico en sostener su propia competencia:

En palabras del juez Lumbard en *Ottley v. Sheepshead Nursing Home*¹⁵³: “*Our deference to arbitrators has gone beyond the bounds of common sense. I cannot understand the process of reasoning by which any court can leave to the unfettered discretion of an arbitrator the determination of whether there is any duty to arbitrate. I am even more mystified that a court could permit such unrestrained power to be exercised by the very person who will profit by deciding that an obligation to arbitrate survives, thus ensuring his own business. It is too much to expect even the most fairminded arbitrator to be impartial when it comes to determining the extent of his own profit. We do not let judges make decisions which fix the extent of their fees [...]*”

35. La separabilidad puede ser calificada en efecto de *fictio iuris*, pero una “ficción conveniente y pragmática”¹⁵⁴, fundamentada en la función procedimental del acuerdo arbitral, que es lo que permite distinguir intelectualmente el contrato de la cláusula compromisoria. Esta no tiene por objeto reglar los derechos y obligaciones de naturaleza sustantiva que derivan del contrato, sino el derecho de acción que estas relaciones obligatorias llevan adherida, el régimen procesal de los litigios que pudieran surgir sobre el contrato o su ejecución. Y por esta razón, aunque esté físicamente contenido en el contrato, el acuerdo arbitral debe ser juzgado de forma independiente, como si se hubiera pactado en documento separado, y puede sobrevivir a la ineficacia o a la extinción del contrato¹⁵⁵. En este sentido, en las ya clásicas palabras de SCHWEBEL, las partes celebran “no uno, sino dos contratos”¹⁵⁶; o como afirma MAYER, encontramos

¹⁵⁰ Vid. R.C. REUBEN, “First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions”, *University of Missouri School of Law Review*, nº 56, 2003, p. 845 y 879. Consultado en <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs> (último acceso: 04/08/2020).

¹⁵¹ S.J. WARE, “Arbitration law’s separability doctrine after *Buckeye Check Cashing Inc v. Cardegna*”, *Nevada Law Journal*, vol 8, 2007, p. 126.

¹⁵² *Court of Appeal of the Southern District of New York, Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219 (SDNY, 1978).

¹⁵³ 688 F.2d 883 (2d Cir. 1982), parágrafo 49.

¹⁵⁴ A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY Y C. PARTASIDE, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, p. 370.

¹⁵⁵ R.J. CAIVANO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁶ Vid. M.S. SCHWEBEL, *op. cit.*, p. 5: “*when the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements, the arbitral twin of which survives any birth defect or acquire disability of the principal agreement*”.

dentro de un mismo *instrumentum*, una dualidad *negotia*¹⁵⁷. Ello implica que su duración puede diferir, que el incumplimiento de uno de ellos no influye sobre el carácter ejecutivo del otro, que la nulidad de uno no conlleva necesariamente la ineficacia del otro y, en definitiva, que cada uno constituye un todo suficiente por sí mismo¹⁵⁸.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia española, así la SAP Las Palmas (sec. 4ª) de 23 marzo 2009¹⁵⁹, afirmó que “[...] el art. 22 de la Ley de Arbitraje, que faculta a los árbitros para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral, establece también que el convenio arbitral que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo y la decisión del árbitro que declarara la nulidad del contrato no entrañaría la del convenio arbitral. Se configura así el convenio arbitral como un *negocio jurídico distinto e independiente del contrato en que se inserta*. Es decir el convenio arbitral sigue siendo válido y el árbitro no pierde su competencia para resolver la controversia entre las partes contratantes, no obstante la nulidad del contrato en que se inserta la cláusula arbitral. No afectaría ni a la competencia del árbitro ni al contenido del laudo arbitral el hecho de que el contrato en que se inserta el convenio arbitral fuera nulo porque el árbitro debía resolver igualmente sobre la restitución y restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los contratantes, esto es sobre los efectos de la ineficacia del negocio jurídico [...]”

36. Estamos ante un “mito” mayoritariamente aceptado en el arbitraje¹⁶⁰, que supone una construcción doctrinal que desvincula materialmente el convenio arbitral del contrato y le hace surtir efectos aunque este no sea válido o haya terminado sus efectos, puesto que el hecho de que el contrato haya expirado o esté viciado no significa que el acuerdo arbitral también lo esté. El acuerdo arbitral se presume válido y eficaz, sin que el cuestionamiento del contrato le afecte, y fundamenta la competencia de los árbitros sobre los conflictos o reclamaciones acerca de la ineficacia o terminación del contrato principal.

De ello se infiere, como señala FERNÁNDEZ ROZAS, que el alcance del principio de separabilidad posee una proyección directa en relación con los poderes de los árbitros.

¹⁵⁷ Vid. P. MAYER, *op. cit.*, nº 2, p. 360.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ JUR 2009\248636 (el subrayado es nuestro). En la misma línea, STSJ Castilla-La Mancha de 16 enero 2012, JUR 2012\52467 (FD 1º: “Existen pues dos contratos diferentes y, en principio independientes: de una parte la pactada resolución del arrendamiento en aparcería; de otra el convenio arbitral. Resulta obvio que puede existir el problema de la propagación de la nulidad de los negocios jurídicos de alguna forma conexos; por eso debe tenderse al examen del caso concreto. Por ello la Ley expresa que la nulidad ‘por si sola’ de uno de los contratos no implica la del otro”). Y, más recientemente, AAP Tarragona (sec. 1ª) de 3 enero 2019 (FD 2º: “El convenio arbitral y el contrato en el que se contiene son pactos diferentes, de manera que la nulidad de cada uno de ellos son cuestiones separables según dispone expresamente el art. 22 Ley Arbitraje “la nulidad del contrato no entraña por sí sola la nulidad del convenio arbitral” . Lo explica la ley en el p. V de su E.M.: ‘El artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio no depende de la del contrato principal’”).

¹⁶⁰ Vid. A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, París, L'Harmattan, 2011, p. 17 y ss.

Su aplicación otorga competencia al tribunal arbitral a pesar de la inoperancia potencial o declarada del acuerdo principal¹⁶¹.

37. Lo anterior no quiere decir que los árbitros no puedan llegar a la conclusión de que el acuerdo arbitral es ineficaz o ha expirado, pero lo será sobre la base de una valoración independiente respecto del contrato y por causas que le afecten de modo propio, si bien pueden ser las mismas que fundamentaron la ineficacia o extinción del contrato. Ciertamente, habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios les pueden afectar conjuntamente; pero también es posible que las causas de ineficacia sean específicas y afecten a uno y no al otro. Para lograr suspender o evitar el arbitraje *ab initio*, el cuestionamiento no debe dirigirse al contrato sino a la cláusula arbitral en él contenida¹⁶².

En definitiva, la separabilidad no significa inmunidad del acuerdo de arbitraje frente a los cuestionamientos sobre su validez, sino que esta se determina con independencia de la validez del contrato y conforme a su propia ley¹⁶³.

En los supuestos en que el vicio contractual parezca afectar al contrato y al acuerdo arbitral por igual, se planteará un problema que tiene naturaleza procesal más que sustantiva, y que pertenece al ámbito del principio de *Kompetenz-Kompetenz*. Si el órgano enjuiciador son los árbitros, decidirán acerca de la validez y efectos del acuerdo arbitral para decidir sobre su propia competencia y, si estiman que la cláusula compromisoria es ineficaz o ha quedado sin efectos, deberán inhibirse de conocer el litigio en favor de la jurisdicción ordinaria¹⁶⁴.

8. Los límites del principio de separabilidad

8.1. Planteamiento de la cuestión

38. A la hora de precisar el alcance de la separabilidad se han planteado en la práctica supuestos dudosos de aplicación del principio. ¿Se aplica el principio de separabilidad cualquiera que sea la causa de la ineficacia o terminación del contrato base? En la citada sentencia sobre el caso *Harbour*¹⁶⁵ la *Court of Appeal* identificó algunos supuestos en los que la invalidez del contrato afectaba también a la cláusula compromisoria, como la falsificación del contrato base, la inexistencia del contrato o el error en la identidad de la otra parte:

“There will obviously be cases in which a claim that no contract came into existence necessarily entails a denial that there was any agreement to arbitrate. Cases of non est factum or denial that there was a concluded agreement, or mistake as to the identity of the other contracting party suggests themselves as examples. But there is no reason why every case of initial invalidity should have this consequence”.

¹⁶¹ Vid. “Sobre la admisión de la separabilidad...” *op. cit.*, p. 586.

¹⁶² R.J. CAIVANO, *op. cit.*, pp. 25 y 28.

¹⁶³ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.*, nº 91, p. 150.

¹⁶⁴ Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

¹⁶⁵ Vid. parágrafo nº 21.

A estos supuestos se han añadido por la jurisprudencia los casos de ausencia o defecto del poder de representación en la conclusión del contrato, aquellos en que se ha inducido a contratar de forma dolosa o mediante intimidación o abuso de circunstancias, o los supuestos en que la eficacia del contrato está sometida a una condición suspensiva que no llega a cumplirse.

8.2. *¿Ex nihilo nihil fit?: la inexistencia del contrato y el principio de separabilidad*

39. Uno de los límites más discutidos del alcance del principio de separabilidad es la inexistencia del contrato base. En efecto, la jurisprudencia de algunos Estados y también un sector doctrinal ha puesto en tela de juicio la idoneidad de la aplicación de la doctrina de la separabilidad en los casos en que el contrato que contiene la cláusula se reputa no nulo sino inexistente. Así, se ha sostenido que, en virtud del principio *ex nihilo nihil fit*, la separabilidad no puede justificar la competencia arbitral en las hipótesis en que el contrato es inexistente y, en consecuencia, la cláusula compromisoria queda desprovista de objeto¹⁶⁶.

Doctrina muy autorizada ha criticado esta postura, señalando, en primer lugar, la dificultad de distinguir entre un contrato nulo y un contrato inexistente, pues la misma noción de inexistencia es un concepto problemático¹⁶⁷, y –añadimos nosotros– cuya solvencia y utilidad se discute por la doctrina civilista en muchos sistemas. En segundo lugar, se ha afirmado que la cláusula compromisoria no queda sin objeto, pues su objeto no es el contrato sino el litigio. En consecuencia, la cuestión de la existencia misma del contrato, las consecuencias de esa inexistencia o de la nulidad, en su caso, y la responsabilidad imputable a la parte causante de la patología, serán el objeto del arbitraje. Distinto es que los árbitros, al examinar la cláusula compromisoria de manera independiente al contrato, lleguen a la conclusión de que está afectada por la misma causa invalidante, en cuyo caso deben abstenerse de decidir sobre el fondo¹⁶⁸. Esta opinión es compartida por otros muchos autores¹⁶⁹ y ha tenido reflejo también en las jurisprudencias nacionales.

40. En Francia, se considera el precedente más importante la sentencia *Navimpex*, si bien no se trataba propiamente de un caso de inexistencia del contrato, sino de ausencia de efectos por incumplimiento de una condición. Sí se habla de inexistencia en la sentencia de la Corte de apelación de París de 8 de marzo de 1990 (*Coumet et Ducler v. Sté Polar Rakennusos a Keythio*)¹⁷⁰, en la que la Corte declara que la cláusula compromisoria posee una completa autonomía jurídica con respecto al contrato principal, cuya inexistencia o nulidad no tienen ningún efecto sobre ella. No obstante,

¹⁶⁶ Vid. P. SANDERS, “L’autonomie de la clause compromissoire”, *Hommage à Frédéric Eisemann, Liber amicorum*, ICC Publishing, 1978, p. 33; y P. JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l’arbitrage*, Berna, Stämpfli, 1984, p. 137-139.

¹⁶⁷ E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 411, p. 211.

¹⁶⁸ Vid. el comentario de GOLDMAN al caso *Navimpex*, *op. cit.*, pp. 645-650, y en el mismo sentido, E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 411, p. 211.

¹⁶⁹ *Ad. ex.* J.F. POUDRET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 167, pp. 136-137.

¹⁷⁰ *Rev. Arb.*, 1990, p. 675 y ss., con nota de P. MAYER.

en su sentencia sobre el caso *Cassia*¹⁷¹ la Corte de Apelación de París y la Corte de Casación parecen dar un paso atrás.

En los hechos, las partes habían rubricado, aunque no firmado, un contrato que incluía una cláusula compromisoria y que fue incumplido. El tribunal arbitral se consideró competente, al entender que las partes habían consentido el arbitraje, pero según criterio de la CA de París el defecto en la formación del contrato según la ley aplicable (la paquistaní) lo hacía inexistente y no permitía fundar la competencia arbitral, fallo que fue confirmado por la Corte de casación francesa¹⁷².

Sin embargo, en sentencia de 11 de julio de 2006 (*Société Nationale Broadcasting Co NBC v. X*¹⁷³), la Corte de Casación, confirmando una doctrina que ya había esbozado en el caso *Omenex* (Cass. 25 octubre 2005¹⁷⁴), estableció específicamente que el principio de separabilidad es aplicable en los supuestos en que el contrato base es inexistente:

“[...]en application du principe de validité de la convention d’arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l’inexistence du contrat qui la contient ne l’affectent [...]”

41. En el Derecho inglés, la sección 7 *Arbitration Act* 1996 se refiere expresamente a la inexistencia del contrato principal como supuesto de aplicación del principio de separabilidad. Esta postura se ve confirmada en la jurisprudencia en las famosas sentencias sobre el caso *Fiona Trust*¹⁷⁵, donde la Corte de Apelación y posteriormente la Cámara de los Lores (*Premium Nafta*) sientan las bases de una doctrina extensiva de la separabilidad, abandonando definitivamente la tesis mantenida en *Harbour* sobre los casos de inexistencia. En esta sentencia, la Cámara de los Lores declaró que si bien es posible que el acuerdo arbitral sea inválido por la misma causa que el contrato base – por ejemplo, por falta absoluta de consentimiento de una de las partes y falsificación de su firma en el documento que contiene tanto el contrato como el acuerdo arbitral–, la valoración de la validez del acuerdo arbitral debe realizarse de forma independiente; de tal modo que el acuerdo arbitral será inválido si en él (como contrato distinto) hay ausencia de consentimiento y falsedad de firma:

En palabras de Lord Hoffmann: *“The arbitration agreement must be treated as a ‘distinct agreement’ and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the arbitration agreement. Of course there may be cases in which the ground upon which the main agreement is invalid is identical with the ground upon which the arbitration agreement is invalid. For example, if the main agreement and the arbitration agreement are contained in the same document and one of the parties claims that he never agreed to anything in the document and that his signature was forged, that will be an attack on*

¹⁷¹ Cass 10 julio 1990 (*Sté L. et B. Cassia Associés v. Sté Pia Investments Ltd*), *Rev. Arb.* 1990, p. 851 y ss.

¹⁷² Consideró la Corte de Casación que *“l’autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans la existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée [...]”* y que *“cette existence doit nécessairement s’apprécier d’après la loi qui, selon les principes de droit international privé, régit la forme de la convention”*. Esta postura ha sido criticada por la doctrina, *vid.* J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 177, pp. 143.

¹⁷³ *Bulletin* 2006, nº 364 p. 312.

¹⁷⁴ *Clunet* 2006, p. 996.

¹⁷⁵ *Vid.* nota al pie nº 83.

*the validity of the arbitration agreement. But the ground of a attack is not that the main agreement was invalid. It is that the signature to the arbitration agreement, as a 'distinct agreement' was forged"*¹⁷⁶.

Y más recientemente, los tribunales inferiores ingleses han aplicado la presunción de separabilidad a acuerdos arbitrales contenidos en contratos reputados inexistentes, con el argumento expresado en *UR Power GmbH v. Kuok Oils & Grains Pte Ltd* (2009)¹⁷⁷ de que "cuando las negociaciones (al menos posiblemente) no hayan tenido como resultado un contrato vinculante, es competencia del árbitro decidir si el contrato ha sido concluido"¹⁷⁸.

42. Sin embargo, en los Estados Unidos, la Corte Suprema ya apuntó en el comentado caso *Buckeye* que el tema de la formación del contrato base (existencia) debía distinguirse, a los efectos de la separabilidad, de la invalidez y legalidad del contrato; distinción que fue confirmada en la sentencia *Rent-a-Center West Inc v. Jackson* ("[t]he issue of the agreement's 'validity' is different from the issue whether any agreement between the parties 'was ever concluded'"). Esta postura se revalidó en el caso *Granite Rock Co v. International Bhd of Teamsters* (2010)¹⁷⁹, donde la Corte Suprema sostuvo que si el litigio recae sobre la formación del contrato, será los tribunales los competentes para decidir¹⁸⁰.

Puede apreciarse la confusión –notable en la jurisprudencia estadounidense– entre las cuestiones de separabilidad y de competencia-competencia, pues en puridad el principio afectado por esta jurisprudencia es este último, no la separabilidad.

La gran mayoría de los tribunales inferiores estadounidenses han seguido esta línea, defendiendo la competencia de los tribunales (y no de los árbitros) cuando se trata de dilucidar si la inexistencia del contrato base afecta a la existencia del acuerdo arbitral, si bien sus decisiones sobre la cuestión sustantiva difieren entre sí¹⁸¹. Así, frente a la postura de algunos tribunales que sostienen que cuando no existe contrato tampoco existe convenio arbitral¹⁸²; otros defienden la posibilidad de que exista un acuerdo de arbitraje válido a pesar de la inexistencia (o aparente inexistencia) de un contrato base¹⁸³.

¹⁷⁶ Vid. sobre este caso, y la postura inglesa sobre la inexistencia, M. MCNEILL y B. JURATOWITCH, "Agora: Thoughts on Fiona Trust. The doctrine of separability and consent to arbitrate" *Arb. Int.*, vol. 24, nº 3, 2008, p. 475, espec. 479-481.

¹⁷⁷ [2009] EWHC 1940 Comm.; [2009] 2 Lloyd's Rep. 495.

¹⁷⁸ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, p. 383.

¹⁷⁹ 130 S.Ct. 2847, 2855-56 (US S.Ct 2010).

¹⁸⁰ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, p. 425.

¹⁸¹ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp 425-431.

¹⁸² V.gr. *Sandvik AB v. Advent International Corp* [2000], 220 F.3d 99, 108 (3d Cir. 2000); *Opals on Ice Lingerie v. Bodylines Inc*, [2002] WL 718850; *Onvoy Inc v. SHAL* [2003], LLC, 669 N.W.2d 344 (Minn. 2003).

¹⁸³ V.gr. *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co* [1991], 937 F.2d 469 (9th Cir. 1991); *Sphere Drake Ins Ltd v. All Am. Ins. Co* [2001], 256 F.3d 587 (7th Cir. 2001) ; *Madura v. Countrywide Home Loans Inc* [2009], 344 F.Appx 509 (11th Cir. 2009).

Esta jurisprudencia ha sido criticada por un amplio sector de la doctrina, que tacha de artificial y carente de justificación desde el punto de vista sustantivo la distinción entre contratos inexistentes y contratos nulos¹⁸⁴.

43. Otros sistemas nacionales han llevado a sus normas sobre arbitraje la operatividad del principio de separabilidad en los supuestos de inexistencia del contrato, *v.gr.*: § 17.1 de la Ley de arbitraje de Hungría, art. 5.1 de la Ley 1563/2012 de Colombia, art. 30 de la Ley de mediación, conciliación y arbitraje de El Salvador; art. 39 de la Ley de conciliación y arbitraje de Honduras; art. 41.2 del Decreto legislativo nº 1071, que norma el arbitraje en Perú; o art. 11 de la Ley nº 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana.

44. Y no falta tampoco el expreso reconocimiento de la aplicación de la presunción de separación en hipótesis de inexistencia del contrato en algunos convenios internacionales, como en el art. V.3 del Convenio de Ginebra, y el art. 5 del Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR. En lo que respecta a la LMU, el art. 16 (1) no contiene referencia expresa a la inexistencia, pero un sector de la doctrina sostiene que el supuesto deberá entenderse incluido en el ámbito de aplicación de la norma¹⁸⁵.

45. La jurisprudencia arbitral internacional se ha pronunciado también sobre el tema de la inexistencia del contrato base en relación con la separabilidad, si bien su doctrina al respecto no permite extraer conclusiones claras¹⁸⁶. En el asunto *Elf Aquitaine*¹⁸⁷ el árbitro pareció indicar que el principio de separabilidad no tendría operatividad en los casos de inexistencia:

“An arbitration clause may not always be operative in cases where it is clearly indicated by facts and circumstances that there never existed a valid contract between the parties”.

Sin embargo, en el asunto CCI nº 3779/1981¹⁸⁸ se mantuvo la postura contraria. Las partes habían celebrado tres contratos, pero sólo dos fueron firmados. El tribunal arbitral declaró tener competencia, pese a la inexistencia del contrato debido a la evidencia de que las partes habían prestado su consentimiento al acuerdo arbitral.

Y en el asunto CCI nº 6401/1992 [*Westinghouse v. National Power Corp, (Philippines)*]¹⁸⁹ el tribunal arbitral señaló, aunque *obiter dicta*, que “*may be instances*

¹⁸⁴ G.B. BORN, *op. cit.*, p. 438; T.J. MONESTIER, “Nothing comes from nothing... Or does it? A critical re-examination of the doctrine of separability in american arbitration”, *American Review of International Arbitration*, 12 (2001) pp. 234-235; R.H. SMIT, *op. cit.*, p. 34-36.

¹⁸⁵ *Vid.* J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 173, p. 140; G.B. BORN, *op. cit.*, p. 407.

¹⁸⁶ *Vid.* C. SVERNLOV, *op. cit.*, p. 42.

¹⁸⁷ *Vid.* nota al pie nº 139.

¹⁸⁸ S. JARVIN – Y. DERAIS, *Collection of ICC arbitral awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974–1985*, Países Bajos, ICC Publishing – Kluwer Law International, 1990, p. 138; YCA 1984, p. 124 y ss.

¹⁸⁹ *Mealey’s International Arb. Rep.*, 1992, B-1, B-13.

where a defect going to the root of an agreement between the parties affects both the main contract and the arbitration clause”.

46. Y por cuanto se refiere a los Reglamentos institucionales, son numerosos los que prevén expresamente la aplicabilidad del principio de separabilidad en caso de inexistencia del contrato: Reglamento AAA (art. R-7 b), Reglamento CCI (art. 6.9), Reglamento ICDR (art. 19.2), Reglamento LCIA (art. 23.1), Reglamento CIETAC (art. 5.4); Reglamento OHADA (art. 10.4); Reglamento OHADAC (art. 17.1); art. 21.2 del Reglamento suizo de arbitraje internacional, etc¹⁹⁰.

8.3. Separabilidad y vicios del consentimiento

47. Otro de los supuestos en que se ha cuestionado la operatividad del principio de separabilidad es el caso de los contratos cuyo consentimiento, pese a existir, está viciado, sobre todo cuando los vicios afectan a la libertad para contratar, y no tanto al conocimiento. Tales serían los casos de contratos obtenidos mediante intimidación o abuso de circunstancias y, en menor medida, los contratos en que el consentimiento ha sido dolosamente inducido. En esta línea, el citado laudo *Westinghouse* (asunto CCI nº 6401/1992) señala los contratos obtenidos mediante intimidación como ejemplo de casos en que el defecto está en la raíz del contrato (por lo que entiende que debe afectar también al acuerdo arbitral).

A nuestro juicio, los vicios del consentimiento, cuya sanción contractual es en la gran mayoría de los sistemas la anulabilidad del contrato, es un ámbito claro de actuación del principio de separabilidad del acuerdo arbitral. De hecho, como se ha visto *supra*, un gran número de textos la recogen expresamente como supuesto en que opera. Cosa distinta es que del examen separado del acuerdo arbitral resulte, a juicio de los árbitros, que está afectado también por el vicio. Ello será muy frecuente en los casos de intimidación e influencia indebida, pero es importante señalar que el acuerdo arbitral será anulable no por extensión del contrato principal, sino porque el vicio le afecta particularmente. El principio de separabilidad no convalida los vicios que el acuerdo arbitral pudiera tener. En este mismo sentido, en la sentencia de 27 noviembre 2008¹⁹¹ el tribunal federal alemán sostuvo que cuando el consentimiento del contrato base está viciado por intimidación o dolo, el acuerdo arbitral puede invalidarse si estos vicios afectan también y específicamente al consentimiento en dicho acuerdo.

8.4. Separabilidad y ausencia o defecto de poder de representación o de mandato

48. La ausencia o el defecto de poder del representante o del mandatario para la celebración de un contrato se ha alegado también como límite al principio de separabilidad, con el argumento de que si el representado o mandante no ha conferido

¹⁹⁰ El art. 23.1 del Reglamento CNUDMI no prevé expresamente el supuesto de inexistencia del contrato, como ocurría con la LMU (E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 395, p. 201), aunque algunos autores lo entienden incluido implícitamente (G.B. BORN, *op. cit.*, p. 453).

¹⁹¹ III ZB 59/07.

poder o mandato para la celebración del contrato, la ineficacia de este alcanza también a la cláusula compromisoria.

La cuestión parece clara en los casos de ausencia total de poder o mandato (*falsus procurator*), pues examinando sendos negocios independientemente (según el principio de separabilidad) se llegaría a la conclusión de la ineficacia de ambos, ya que si el agente carece por completo de poder o autorización para la celebración de ningún contrato la tacha de ineficacia afecta a los dos igualmente. Sin embargo, en aquellos supuestos en que la actuación del representante o mandatario traspasa los límites del poder o del mandato conferido (poder o mandato insuficiente), las consecuencias de la extralimitación pueden ser distintas para el contrato principal y para el acuerdo arbitral, debido a que es posible que el objeto del contrato principal no esté dentro de los términos del poder o mandato y sí lo esté la posibilidad de celebrar el convenio arbitral¹⁹². En consecuencia, el principio de separabilidad será de aplicación en los conflictos relativos a la extensión de los poderes del representante o mandatario.

Así, por ejemplo, en el caso *Sojuznefteexport v. JOC Oil Ltd* (1989)¹⁹³ se pretendía la ineficacia de la cláusula arbitral contenida en un contrato porque había sido firmado sólo por un representante en lugar de dos, tal y como exigía la legislación aplicable (la soviética)¹⁹⁴. El tribunal entendió que la cláusula era válida no obstante la nulidad *ab initio* del contrato, por aplicación del principio de separabilidad.

8.5. Separabilidad y contratos sometidos a condiciones suspensivas

49. Se ha cuestionado la aplicación del principio de separabilidad en los supuestos de contratos sometidos a condición suspensiva que prevén una cláusula compromisoria, planteándose el litigio antes de haberse cumplido la condición o precisamente sobre el cumplimiento de la condición. Dado que el contrato aún no ha desplegado sus efectos por faltar la condición, ¿pueden los árbitros entender del litigio?

Por ejemplo, se ha señalado por la doctrina cómo los contratos de *joint venture* suelen tener cláusulas que condicionan la producción de sus efectos a la obtención de las autorizaciones legales necesarias para la puesta en práctica de la operación¹⁹⁵. Si surge un conflicto entre los contratantes antes de la obtención de la autorización en materia de competencia y ordenación de mercados, ¿podría un contratante demandar ante el tribunal arbitral acogiéndose a un acuerdo arbitral contenido en un contrato cuyos efectos están todavía en suspenso?

En la sentencia dictada en el caso *Navimpex*¹⁹⁶, estudiada *supra*, la Corte de Casación, ante un supuesto de contrato sometido a condición suspensiva, sostuvo que el principio

¹⁹² Vid. P. MAYER, *op. cit.*, nº 9, pp. 364-365.

¹⁹³ Y.B. *Comm. Arb.* XVIII (1993), 92.

¹⁹⁴ Vid. sobre el caso, J.S. SANOF, "Sojuznefteexport v. JOC Oil Ltd.: A Recent Development in Theory of the Separability of the Arbitration Clause", *Am. Rev. Int. Arb.*, vol. 1, 1990.

¹⁹⁵ F. ESTEBAN DE LA ROSA, "Arbitraje y joint venture", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1997, p. 104.

¹⁹⁶ Vid. parágrafo nº 20.

separabilidad permite que la cláusula tenga efectos incluso aunque el contrato concluido entre las partes no pudo entrar en vigor, ya que la disputa entre ellas está vinculada a su celebración.

Respecto a esta cuestión, la jurisprudencia arbitral es contundente en indicar que el hecho de que el contrato esté sometido a condición suspensiva no significa que hasta que se verifique la condición las partes no sea eficaz el convenio arbitral (asunto CCI 3987/1983¹⁹⁷). Y en el asunto CCI nº 6142/1990¹⁹⁸ se declaró que el convenio arbitral es eficaz desde el momento en que es válido, con independencia de que el contrato llegue o no a producir efectos. Y en el mismo sentido, se pronuncia el laudo recaído en el asunto CCI nº 4555/1985¹⁹⁹.

8.6. Contratos concluidos en violación del orden público y principio de separabilidad

50. Se ha dicho por la doctrina que el dominio por excelencia del principio de separabilidad es el contrato ilícito. Que el contrato tenga un objeto ilícito – por ejemplo, el reparto de mercados en violación de las normas sobre la competencia– no pone en causa la validez del convenio arbitral. Sin embargo sí se puede discutir la validez del convenio sobre otro perfil: el orden público²⁰⁰.

Actualmente la cuestión ha saltado a la palestra del arbitraje comercial internacional a raíz de un no desdeñable número de casos en los que se alegaba corrupción, soborno, cohecho o tráfico de influencias. Ya hemos visto cómo en las sentencias *Fiona Trust y Premium Nafta* la Corte de Apelación, y luego la Cámara de los Lores, no habían dudado en aplicar el principio de separabilidad en toda su extensión en un caso de corrupción²⁰¹, no obstante, en los últimos años se han alzado opiniones que ponen en duda la operatividad del principio en tales casos²⁰².

En el año 2013 la cuestión se volvió a plantear ante los tribunales ingleses en el asunto *Beijing Jianlong Heavy Industry Group v. Golden Ocean Group Ltd*²⁰³ en un caso en que se alegó la ilegalidad de unos contratos de garantía por formar parte de un entramado para evadir las leyes chinas de control de divisas. Los contratos contenían una cláusula compromisoria. La cuestión que se planteó era si la norma inglesa de orden público que impide el cumplimiento forzoso de un contrato que prevea un acto ilegal en un país extranjero amigo se extendía a la cláusula compromisoria. La *High Court* sostuvo la aplicación del principio de separabilidad, con la consiguiente eficacia del acuerdo arbitral pese a que el contrato violaba leyes chinas de policía.

¹⁹⁷ *Journ. Dr. Int.*, 1984, p. 943 y ss.

¹⁹⁸ *Journ. Dr. Int.* 1990, p. 1039 y ss.

¹⁹⁹ *YB Comm. Arb.* 1986, p. 140 y ss.

²⁰⁰ *Vid. P. MAYER, op. cit.*, nº 11, p. 366.

²⁰¹ *Vid. parágrafo nº 21.*

²⁰² Sobre esta cuestión, *vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sobre la admisión de la separabilidad...”, op. cit.*, p. 599-600.

²⁰³ [2013] EWHC 1063 (Comm), [2013] All E.R. (Comm) 436.

Aunque de que existen algunos precedentes en contrario (laudo CCI nº 1110/63²⁰⁴), la postura prevalente es que la ilicitud del contrato principal por violación del orden público provoca su nulidad, pero no de la cláusula compromisoria, a no ser que la ilicitud se pueda predicar del acuerdo arbitral en sí mismo²⁰⁵. En consecuencia, los árbitros tienen competencia para determinar la nulidad del contrato matriz en los casos en que se alegue corrupción o tráfico de influencias²⁰⁶. Los árbitros están obligados a apreciar, tanto de oficio como a instancia de parte, cualquier prueba de corrupción que se les presente, siempre y cuando hagan constar todas sus actuaciones en su laudo y estas sean realizadas en el marco de la protección del mismo y de la institución arbitral, así como con el debido cumplimiento de las legalidades jurídicas y procesales necesarias²⁰⁷.

III. La autonomía del acuerdo arbitral respecto del Derecho aplicable al contrato

1. Significado y consecuencias de la autonomía del acuerdo arbitral respecto del Derecho aplicable al fondo de la controversia

51. Como ya se apuntó en la introducción, el principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral no significa solamente que la validez y eficacia del contrato y de la cláusula compromisoria deben ser valoradas independientemente, sino que, desde el punto de vista del Derecho aplicable, el acuerdo arbitral posee una conexión independiente para la determinación del ordenamiento jurídico que rige su funcionamiento respecto del contrato que lo sustenta, que puede estar sometido a un ordenamiento jurídico distinto²⁰⁸. Esto es, el acuerdo de arbitraje y el fondo del asunto pueden regirse por leyes diferentes.

El principio de separabilidad no significa, sin embargo, que la ley aplicable al acuerdo arbitral y al contrato base sean *necesariamente* diferentes, sino que *pueden ser* diferentes. En consecuencia, la presunción de separabilidad supone la necesidad de efectuar un análisis independiente de determinación del ordenamiento jurídico aplicable al acuerdo arbitral y al contrato²⁰⁹.

Así pues, las partes podrán elegir leyes diferentes para regir las cuestiones sustantivas derivadas del contrato y la cláusula compromisoria; el problema desde el punto de vista práctico es que los contratantes raramente realizan tal elección, así que, ante el silencio, se plantea el problema de cuál es la ley que debe regir el acuerdo arbitral²¹⁰.

²⁰⁴ Citado por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.*, nº 84, pp. 142-143.

²⁰⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Sobre la admisión de la separabilidad...", *op. cit.*, p. 597, y en el mismo sentido, R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 368.

²⁰⁶ K.D. BEALE y P. EXPOSITO, "Emergent international attitudes towards bribery, corruption and money laundering", *Arbitration*, 2009, 75(3), p. 365.

²⁰⁷ *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.*, nº 84, p. 143.

²⁰⁸ *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.* nº 90, p. 149.

²⁰⁹ *Vid.* G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 464 y 475 y ss.

²¹⁰ *Vid.* P. MAYER, *op. cit.*, nº 13, p. 368.

52. Algunos textos internacionales, como reflejo de la autonomía conflictual, contienen normas de conflicto que, ante el silencio de las partes, conectan el acuerdo arbitral con una ley distinta a la *lex contractus*. Así, el artículo V.1º del Convenio del Nueva York somete el acuerdo arbitral, a falta de *electio iuris*, a la ley de la sede del arbitraje, que es generalmente distinta a la aplicable al fondo. El artículo VI.2 del Convenio de Ginebra reenvía también, en defecto de elección, a la ley de la sede del arbitraje, y si no pudiere determinarse esta, a la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto. El Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, establece en su artículo 7.2 que la validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el Derecho del Estado parte sede del tribunal arbitral. Y, en esta misma línea, la Ley Modelo de la CNUDMI, reenvía a la ley de la sede del arbitraje. La conveniencia de esta conexión ha sido puesta en duda por la doctrina, que entiende que el acuerdo de arbitraje, previo e independiente al procedimiento arbitral, puede no guardar relación alguna con el Derecho de la sede del arbitraje, si bien esta razón no justifica los desarrollos posteriores del principio y el abandono de la técnica conflictual en Francia²¹¹. A juicio de MAYER, esta remisión a una ley distinta de la del contrato conlleva una separación automática que puede conducir a resultados poco razonables, como por ejemplo, que siendo tanto el contrato como la cláusula compromisoria anulables por dolo, la ley aplicable al contrato y al acuerdo arbitral prevean plazos de prescripción distintos para la acción de anulación²¹².

53. Ciertos ordenamientos jurídicos nacionales utilizan conexiones cumulativas en cascada, es el caso del artículo 178 de la LDIP suiza, que aplica una regla *in favorem validitatis* del acuerdo arbitral, disponiendo que el acuerdo será válido si satisface los requisitos exigidos por cualquiera de estas leyes: la elegida por las partes, la aplicable al objeto del litigio (por ejemplo, la *lex contractus*) o la ley suiza²¹³. Se trata de buscar el mayor número de posibilidades de validez y, además, se evitan dilaciones indebidas en la búsqueda de la ley aplicable, si únicamente corresponde al juez hallar una que valide el convenio²¹⁴. Siguiendo este mismo modelo, el artículo 9.6 de la Ley española de arbitraje dispone que, siendo el arbitraje internacional, el convenio arbitral será válido si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes, o por las normas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español. Y el artículo 1.040 del Código de procedimiento civil y administrativo de Argelia, remite para la validez del acuerdo de arbitraje a la ley elegida por las partes, o a la que regule el objeto de la controversia, o a la ley que el árbitro estime apropiada.

54. Esta vertiente del principio de separabilidad ha sido consagrada por los tribunales nacionales, tanto de *common law* como de *civil law*. Así, en el *common Law*, *ad ex*.²¹⁵, en Reino Unido, *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Constr. Ltd* [1993]²¹⁶,

²¹¹ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *op. cit.* nº 90, p. 150.

²¹² Vid. *op. cit.*, nº 13, p. 368.

²¹³ Vid. P. LALIVE, "The new swiss Law on International Arbitration", *Arb. Int.*, 1988-4, p. 9.

²¹⁴ E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, nº 110. p. 147.

²¹⁵ Vid. G.B. BORN, *op. cit.*, pp. 484-486

²¹⁶ [1993] AC 334, 357-358.

Sudamerica Cia Nacional de Seguros SA v. Eneria Engenharia SA [2012]²¹⁷; en India, *MS Dozco India P. Ltd v. M/S Doosan Infracore Co* [2010]²¹⁸; en Canadá, *Thyssen Canada Ltd v. Mariana Maritima SA* [2000]²¹⁹; en Australia, *Compare Comandate Marine Corp v. Pan Australia Shipping Pty Ltd* [2006]²²⁰. Y en sistemas de *civil law*, en Francia, ilustran esta aproximación a la separabilidad las sentencias de la CA de París 25 enero 1972 (*Quijano Aguero v. Marcel Laporte*)²²¹, CA París 21 octubre 1983 (*Isover-Saint Gobain v. Dow Chemical France*)²²², Corte de Casación 14 diciembre 1983 (*Epoux Convert v. Droga*)²²³ o Corte de Casación 3 marzo 1992 (*Société Sonetex v. Société Charphil et autre*)²²⁴; en Suecia, sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 2000 (*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. Al Trade Fin Inc*)²²⁵; en Italia, sentencia Corte de apelación de Venecia de 26 abril 1980²²⁶; en los Países Bajos, sentencia de la Corte de apelación de la La Haya de 4 agosto 1993 (*Owerri Commercial Inc v. Dielle Srl*)²²⁷; o en Austria, sentencia del Tribunal Supremo austríaco de 22 septiembre 1994²²⁸.

55. Finalmente, también la jurisprudencia arbitral ha reconocido que el acuerdo arbitral y el fondo del asunto pueden regirse por leyes diferentes, como muestran los siguientes laudos²²⁹: CCI nº 1507/1970 (“*an arbitration clause in an international contract may perfectly well be governed by a law different from that applicable to the underlying contract*”)²³⁰; CCI nº 4131/1982 (caso *Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain*: “*the sources of law applicable to determine the scope and the effects of an arbitration clause providing for international arbitration do not necessarily coincide with the law applicable to the merits of a dispute submitted to such arbitration*”)²³¹; CCI nº 5730/1988 (*Société de Lubrifiants Elf Aquitaine v. AR Orri*)²³²; CCI nº 5505/1987 (“*parties may submit an arbitration agreement to a law which is not the substantive law*”).

²¹⁷ [2012] EWCA Civ. 638.

²¹⁸ [2010] INSC 839.

²¹⁹ [2000] 3 FC 398.

²²⁰ FCAFC 192.

²²¹ *Rev. Arb.* 1973, p. 158.

²²² *Rev. Arb.*, 1984, p. 98.

²²³ *Rev. Arb.*, 1984, p. 483.

²²⁴ *Rev. Arb.*, 1993, p. 273.

²²⁵ XXVI *Y.B. Comm. Arb.*, 2001, p. 291 y ss.

²²⁶ VII *Y.B. Comm. Arb.*, 1982, p. 340 y ss.

²²⁷ XIX *Y.B. Comm. Arb.*, 1994, p. 703.

²²⁸ Ob 566/94.

²²⁹ *Vid. G.B. BORN, op. cit.*, pp. 486-487.

²³⁰ S. JARVIN – Y. DERAIS, *op. cit.*, p. 215.216.

²³¹ IX *Y.B. Comm. Arb.*, 1984, p. 131 y ss.

²³² *Journ.dr.int.*, 1990, p. 1029 y ss.

of the main contract”)²³³; CCI nº 6162/1990²³⁴; CCI nº 7453/1994²³⁵; o CCI nº 9987/2001 (caso *Dallah Real State & Tourism Holding Co v. Ministry of Religious Affairs, Gov. Pakistan*)²³⁶.

2. La aproximación de la jurisprudencia francesa: la autonomía del acuerdo de arbitraje respecto de toda ley estatal y el principio de validez del acuerdo arbitral internacional

56. La autonomía del acuerdo arbitral respecto del Derecho aplicable ha encontrado en un sector doctrinal y en la jurisprudencia francesa una polémica formulación, que propone que la validez del acuerdo arbitral en los contratos internacionales resulta de la sola voluntad de las partes, con independencia de la ley del contrato y de cualquier otra ley nacional²³⁷.

Apuntada esta tesis por la *Cour de Cassation* francesa ya en 1972, en el citado caso *Hetch*²³⁸, suele referirse su primera formulación a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 13 de diciembre de 1975 en el caso *Menicucci v. Mathieux*²³⁹, donde la CA afirmó que: “...*compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique*”. La línea argumental fue seguida por otros tribunales franceses (v.gr. CA Toulouse 26 octubre 1982, *Sieur Behar v. Monoceram*²⁴⁰), hasta que en 1993 la *Cour de Cassation* la consagra definitivamente en el asunto *Dalico* (s. 20 de diciembre 1993), en el que se establece:

“qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique”.

Tal formulación de la separabilidad ha cuajado en la jurisprudencia gala y ha sido mantenida en multitud de fallos posteriores, v.gr.: sent. CA París de 10 junio 2004, *Bargues Agro Indus SA v. Young Pecan Cie*²⁴¹; sent. Corte de Casación de 11 julio 2006,

²³³ XIII Y.B. *Comm. Arb.*, 1988, p. 110 y ss.

²³⁴ XVII Y.B. *Comm. Arb.*, 1992, p. 153 y ss.

²³⁵ XXII Y.B. *Comm. Arb.*, 1997, p. 107 y ss.

²³⁶ *International Journal of Arab Arbitration*, 2010/2337, p. 337 y ss.

²³⁷ Vid. B. ANCEL, *op. cit.*, p. 77. Y añade el autor: “*C'est aussi l'expression de l'idée qui en est à l'origine: la clause compromissoire doit s'appliquer, même si la loi française la prohibe, même si la loi du contrat l'interdit, même si le contrat est nul, et sans qu'il soit besoin de rechercher la loi qui lui serait applicable en propre*”.

²³⁸ A juicio de POUDRET – BESSON, sin embargo, no es posible ver en este fallo el inicio de la doctrina, pues la Corte se limita a decir que el acuerdo arbitral “*présente un complète autonomie*” (*op. cit.*, nº 179, p. 145).

²³⁹ *Journ. Dr. Int.*, 1977 p. 106, con nota de LOQUIN.

²⁴⁰ *Journ. Dr. Int.*, 1984, p. 603, con nota de SYNVE.

²⁴¹ XXX Y.B. *Comm. Arb.*, 2005, p. 499 y ss.

*Société PT Andhika Lines v. Société AXA*²⁴²; sent. CA París de 7 abril 2011, *République de Guinée Équatoriale v. Société Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd*²⁴³, etc.

Esta jurisprudencia ha tenido también su reflejo en el artículo 4.II AUA que, al establecer el principio de separabilidad, expresa que la validez del acuerdo debe apreciarse a partir de la común voluntad de las partes, sin referencia necesaria a un Derecho nacional²⁴⁴.

57. Se propugna, pues, una regla de validez del acuerdo arbitral en los contratos internacionales, sobre la base de la voluntad común de las partes y con reserva del orden público internacional. La justificación que se alega para el pretendido rechazo de la técnica conflictual son los problemas que plantea su aplicación y el objetivo final de la conservación del acuerdo arbitral y el favorecimiento del arbitraje internacional²⁴⁵. El límite del solo orden público internacional permite –según GAILLARD y SAVAGE– que la valoración de la validez del acuerdo arbitral escape de los particularismos locales²⁴⁶. No obstante, no han faltado posiciones críticas, tanto dentro como fuera de Francia. En su comentario a la sentencia sobre el caso *Dalico*, GAUDEMET-TALLON señaló lo ilógico de pretender que un contrato sea válido “como principio”²⁴⁷, sería como decir que el acuerdo es siempre válido, pues ninguna ley podría fundamentar su nulidad. Y BLANCHIN apuntó que la interpretación de la existencia de una voluntad común de las partes no puede hacerse en abstracto, sino que requiere siempre una valoración conforme a parámetros jurídicos²⁴⁸. Asimismo se ha dicho que la predicada autonomía de toda ley estatal lo sería también de la elegida por las partes, lo que es difícilmente conciliable con el consensualismo que esta jurisprudencia reclama²⁴⁹.

58. La formulación, presentada como una aproximación material o sustantiva a la validez del convenio arbitral, con exclusión del mecanismo conflictual²⁵⁰, esconde en realidad, según SÁNCHEZ LORENZO, una opción conflictual: la aplicación de los generosos criterios sustantivos del Derecho francés, ampliamente favorables a la admisión de la validez del acuerdo de arbitraje, salvo por motivos estrictos de orden público internacional²⁵¹. No se trata, pues, de invocar unos supuestos criterios

²⁴² Nº 03-19838, Bulletin 2006, Nº 366 p. 314; JCP G 2006, IV, p. 2778 .

²⁴³ *Rev. Arb.*, 2011-2, p. 577.

²⁴⁴ *Vid.* parágrafo nº 15.

²⁴⁵ *Vid.* sobre la finalidad y el mérito de la doctrina, E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 439-441, pp. 231-232.

²⁴⁶ *Vid. op. cit.*, nº 441, p. 231.

²⁴⁷ *Vid. Rev. Arb.*, 1994, p. 121.

²⁴⁸ *Vid.* C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995, p. 24.

²⁴⁹ *Vid.* J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 182, p. 150.

²⁵⁰ Según E. GAILLARD, la doctrina sirve para sustraer el acuerdo arbitral del aleas del método conflictual (*vid.* “La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d’arbitrage international”, Conferencia impartida en la *Cour de cassation* el 13 de marzo de 2007, p. 10); E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, nº 435, p. 228, nº 439 y ss, p. 231 y ss.; J.F. POUURET – S. BESSON, *op. cit.*, nº 182, p. 149,

²⁵¹ *Vid. op. cit.*, pp. 204-205.

transnacionales sobre la validez del acuerdo, que son inexistentes, sino de aplicar reglas materiales del Derecho francés del arbitraje, como ha reconocido la propia Corte de Casación en la sentencia de 7 de julio de 2006 sobre el caso *Jules Verne*²⁵²: “*Le principe de validité de la convention d’arbitrage [est une] règle matérielle du droit français de l’arbitrage international qui consacre la licéité de la clause d’arbitrage indépendamment de toute loi étatique*”. De ahí que se haya tachado a esta extensión del principio de separabilidad de “imperialismo jurídico”²⁵³. En realidad, esta construcción no tiene amparo en el principio internacional objeto de este trabajo, porque pugna con la lógica del Derecho contractual, que como ya se afirmó en la introducción, justifica el principio de separabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

AL-SERHAN, B.A.F., “The separability of arbitration agreement in the Emirati Law”, *Arbitration International*, 2016, 32, pp. 313-330. ALL, P.M. Y PALLARÉS, B., “La regulación del arbitraje comercial internacional en Argentina”, en C. ESPLUGUES (Ed.) *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 123-155. ANCEL, J.P., “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire”, *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 11º año, 1991-1993, 1994. pp. 75-119, https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1994_num_11_1991_1203 (último acceso: 27/07/2020). ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997. BEALE, K., Y ESPOSITO, P., “Emergent international attitudes towards bribery, corruption and money laundering”, *Arbitration*, 2009, 75(3), pp. 360-373. BLANCHIN, C., *L’autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995. BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2014. CAIVANO, R.J., “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, nº 13, pp.13-39. CZERNICH, D., “The theory of separability in Austrian arbitration law: is it on stable pillars?”, *Arbitration International*, 2018, 34, pp. 463-468. CARNELUTTI, F., “Clausola compromissoria e competenza degli arbitri”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1921, p. 327 y ss. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010. DIMOLITSA, A., “Separability and Kompetenz-Kompetenz”, *ICCA Congress Series*, nº 9, 1999, pp. 217-256. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Arbitraje y joint venture”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1997, pp. 89-125. FEEHILY, R., “Separability in internacional comercial arbitration; confluence, conflict and the appropriate limitations in the development and application of the doctrine”, *Arb. Int.*, 2018, 34, pp. 355-383. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de arbitraje comercial internacional en América latina*, Madrid, Iustel, 2008. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, 2016 (2), pp. 581-607. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. Y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch – Corte civil y Mercantil de Arbitraje, 2018. FOUCHARD, P., “Nota a la sentencia de la CA París de 19 de junio de 1970, *Hecht v. Buisman’s*”, *Revue de l’Arbitrage* 1972, p. 67. FRIGNANI, A., *L’arbitrato commerciale internazionale. Una prospettiva comparatistica*, Padua, CEDAM, 2004. GAILLARD, E., “Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journal de Droit International*, 1995 nº 1, pp. 5-30. GAILLARD, E., “La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d’arbitrage international”, Conferencia impartida en la *Cour de cassation* el 13 de marzo de 2007. GAILLARD, E. Y SAVAGE, J. (ED), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1999. GAUDEMET-TALLON, H., “Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 20 de diciembre de 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*”, *Revue de l’arbitrage*, 1994, p. 116 y ss. GESUALDI, D., “Supreme Court: Scalia, in *Rent-A-Center*, redefines the judicial role in ruling on

²⁵² *Copropriété maritime Jules Verne c. Sté American bureau of shipping et autres*, *Bull. civ.*, I, nº 287; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, con nota E. GAILLARD.

²⁵³ A. DIMOLITSA, “Separability and Kompetenz-Kompetenz”, *ICCA Congress Series*, nº 9, 1999, pp. 226-227.

agreements to arbitrate”, *The international Institut for conflict prevention and resolution* (21 junio 2010), consultado en <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2010-06-21-supreme-court-scalia-in-rent-a-center-redefines-the-judicial-role-in-ruling-on-agreements-to-arbitrate-june-21> (último acceso: 29/07/2020). GOLDMAN, B., “Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 6 de diciembre de 1988”, *Revue de l’arbitrage*, 1989, p. 641 y ss. GÓMEZ JENE, M., “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en D. ARIAS LOZANO (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, pp. 233-238. GROSS, P., “Separability comes of age in England: Harbour v. Kansa and clause 3 of Draft Bill”, *Arbitration International*, 1995, vol. 11, p. 85-95. GU, W., “Judicial review over arbitration in China: assessing the extent of the latest pro-arbitration move by de Supreme People’s Court in the People’s Republic of China”, *Wisconsin International Law Journal*, 2009, pp. 221-268. HADERSPOCK, B., “Validez y eficacia del convenio arbitral en Bolivia”, *Revista internacional de estudios de Derecho procesal y arbitraje*, nº 1 – 2015, (www.riedpa.com). HASCHER, D.T., “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary”, *Yearbook Commercial Arbitration XXXVI* (2011), pp. 504-562. JACQUET, J.M., *Principe d’autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1983. JARVIN, S. – DERAIS, Y., *Collection of ICC arbitral awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974–1985*, Países Bajos, ICC Publishing – Kluwer Law International, 1990. JOLIDON, P., *Commentaire du Concordat suisse sur l’arbitrage*, Berna, Stämpfli, 1984. KASSIS, A., *L’autonomie de l’arbitrage commercial international. Le droit français en question*, París, L’Harmattan, 2011. LALIVE, P., “The new swiss Law on International Arbitration”, *Arbitration International*, 1988-4, pp. 2-20. LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A. Y KRÖLL, S.M., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003. MADRID MARTÍNEZ, C., “Arbitraje interno e internacional en Colombia”, en C. ESPLUGUES (Ed.) *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 249-285. MANTILLA F., “Los principios de autonomía y competencia-competencia en nuevo Estatuto Arbitral colombiano”, *Revista internacional de Arbitraje*, nº 17, jul-dic 2012, pp. 33-65. MAYER, P., “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Revue de l’arbitrage*, 1998/2, pp. 359-368. MCNEILL, M. Y JURATOWITZ, B., “Agora: Thoughts on Fiona Trust. The doctrine of separability and consent to arbitrate” *Arb. Int.*, vol. 24, nº 3, 2008, pp. 475-487. MONESTIER, T.J., “Nothing comes from nothing... Or does it? A critical re-examination of the doctrine of separability in american arbitration”, *American Review of International Arbitration*, 12 (2001) pp. 223-246. POUURET, J.F. – BESSON, S., *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruselas–París–Zürich, Bruylant–LGDJ–Schulhess, 2002. POUURET, J.F. Y REYMOND, C., *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, Payot, 1989. RAU, A.S., “The arbitrability question itself”, *The american review of international arbitration*, 1999, vol. 10, p. 287-369. RAU, A.S., “Everything you really need to know about ‘separability’ in seventeen simple propositions”, *The american review of international arbitration*, 2003, vol. 14, pp. 1-120. REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N. Y PARTASIDE, C., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006. RESCIGNO, P., “Arbitrato e autonomía contrattuale”, *Rivista dell’arbitrato*, 1991, pp. 13-33. REUBEN, R.C., “First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions”, *University of Missouri School of Law Review*, nº 56, 2003, pp. 821-884. Consultado en <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs> (último acceso: 04/08/2020). RUBINO-SAMMARTANO, M., *Arbitrage international. Droit et pratique. Tome 1- Partie générale. Arbitrage comercial international*, Bruselas, Bruylant, 2019. SAMUEL, A., “Separability in English Law. Should an arbitration clause be regarded as an agreement separate and collateral to a contract in which it is contained? *Journal of International Arbitration*, 1986 nº 3, p. 95-110. SAMUEL, A., “Separability and the US Supreme Court decisión in *Buckeye v. Cardegna* [notes]”, *Arbitration International*, 2006, vol. 22-3, pp. 477-494. SANDERS, P., “L’autonomie de la clause compromissoire”, *Hommage à Frédéric Eisemann, Liber amicorum*, ICC Publishing, 1978, p. 31 y ss. SANOF, J.S., “Sojuznefteexport v. JOC Oil Ltd.: A Recent Development in Theory of the Separability of the Arbitration Clause”, *Am. Rev. Int. Arb.*, 1990, vol. 1. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *Anuario Hispano-Luso de Derecho Internacional*, nº 23, 2017, p. 199-222. SCHLOSSER, P., “Comentario a la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 27 febrero 1970”, *Arbitration Internacional*, 6 1990, p. 79 y ss. SCHWEBEL, M.S., *International Arbitration: three salient problems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987. SMIT, R.H., “Report: Separability and competence-competence in international arbitration: ex nihilo nihil fit? Or can something indeed come from nothing?” *American Review of International Arbitration*, 13, 2002, pp. 19-42. SOLANO, L., “El arbitraje comercial interno e internacional en la República Dominicana”, en C. ESPLUGUES (Ed.) *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 539-575. SVERNLOV, C. “What isn’t it, ain’t. The current status of the doctrine of separability”, *Journal of International Arbitration*, vol. 8(4) 1991, pp. 37-49. VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*.

Toward an uniform judicial interpretation, La Haya, T.M.C. Asser Institute, 1991 (disponible en <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/2/1/21321.pdf> ultimo acceso: 27/07/2020). WARE, S.J., "Arbitration law's separability doctrine after Buckeye Check Cashing Inc v. Cardegna", *Nevada Law Journal*, 8, 2007, pp. 107-134. YOSHIDA, I., "Interpretation of separability of an arbitration agreement and its practical effects on rules of conflict of laws in arbitration in Russia", *Arbitration International*, vol. 19-1, 2003, pp. 95-112.