

CONTENIDO / CONTENTS

LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL *

*Dr. Carlos Alberto Matheus López***

Lima (Perú)

RESUMEN

Este artículo aborda el importante tema de la separabilidad del convenio arbitral, que es la base de la eficacia del arbitraje. En tal sentido, analizamos el concepto de separabilidad y hacemos precisiones conceptuales al respecto, como el hecho de que no es conveniente utilizar el término "autonomía" para referirse a este principio. Luego examinamos los fundamentos y las consecuencias de la separabilidad, como la ausencia de un destino conjunto entre contrato principal y convenio arbitral. Observamos luego el reconocimiento global del principio de separabilidad. Finalmente, se aborda su tratamiento legal y convencional en el caso peruano.

Palabras clave: Arbitraje, Convenio Arbitral, Principio de Separabilidad, Fundamentos de la Separabilidad y Consecuencias de la Separabilidad.

ABSTRACT

This article addresses the important issue of the separability of the arbitration agreement which is a basis of the effectiveness of arbitration. In this sense, we analyze the concept of separability and make conceptual precisions about it, such as the fact that it is not convenient to use the term "autonomy" to refer to this principle. Then we examine the foundations and consequences of separability, such as the absence of a joint fate between the main contract and the arbitration agreement. Then, we observe the global recognition of the principle of separability. Finally, we address its legal and conventional treatment in the Peruvian case.

Key words: Arbitration, Arbitration Agreement, Principle of Separability, Foundations of Separability and Consequences of Separability.

* * *

* El trabajo ha obtenido la conformidad para su publicación del respectivo *par académico*. El proceso de evaluación que se ha seguido *es ciego* en ambos sentidos. Es decir, el evaluador no conoce la identidad del autor del trabajo objeto de evaluación ni el autor del trabajo evaluado, la del evaluador.

** Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo - Sede Chimbote (Perú). Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Catedrático de Derecho de Arbitraje de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, como también de la Academia de la Magistratura. Árbitro del Tribunal de Arbitraje Deportivo - TAS/CAS. Árbitro Profesional y Consultor en Arbitraje - www.cmlarbitration.com

1. CONCEPTO

Conviene iniciar el tema llevando a cabo una precisión terminológica, si bien se emplea el término “autonomía” para explicar la relación entre el convenio arbitral y el contrato al cual este se refiere, dicho término sugiere que se trata de dos entidades cuyos destinos no se encuentran ligados entre sí.

Por ello, la palabra “separabilidad” resulta más adecuada para explicar la relación existente entre el convenio arbitral y el resto del contrato, derivándose además importantes consecuencias de tal opción¹.

En tal forma, la autonomía del convenio arbitral significa estrictamente separabilidad, esto es la independencia del convenio arbitral con relación al contrato principal, presentando el primero una plena autonomía jurídica, salvo circunstancias excepcionales, la cual excluye que sea afectado por la eventual invalidez del segundo².

Obsérvese que la posibilidad de separar la cláusula arbitral del acuerdo principal en el que se encapsula, permite a los árbitros declarar la invalidez del contrato principal sin el riesgo de que su decisión invalide también la fuente de su poder³.

Este carácter opera además en las dos modalidades de formalización “unidocumental” del convenio arbitral (como acuerdo independiente o como cláusula contractual), pues el objeto del contrato principal es por su naturaleza siempre diferente de aquel del convenio arbitral, por lo cual no existe razón alguna para tratar de forma diferente un convenio arbitral separado del contrato principal de aquel que está allí incluido.

La separabilidad inmunita al convenio arbitral contra la suerte del contrato principal sea que se trate de su nulidad, resolución, cancelación, novación, o de la inexistencia misma de éste⁴. En consecuencia, el árbitro es competente para juzgar sobre toda queja referente a la existencia o a la validez del contrato principal, con tal que el convenio arbitral *per se* no adolezca de una causa de nulidad⁵.

¹ Con este parecer Mayer, Pierre “Les Limites de la Separabilite de la Clause Compromissoire” en *Revue de L'arbitrage*, Número 3, París, 1986, pág. 329.

² Así, “esta doctrina básicamente postula que un convenio arbitral constituye un acuerdo separado y distinto del contrato principal” (Bermann, George A. “The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration” en *The Yale Journal of International Law*, N° 1, Connecticut, 2012, pág. 22); y en tal forma “la existencia independiente del convenio arbitral mantiene la competencia del tribunal para emitir un laudo válido, incluso si ese laudo determina que el contrato subyacente sea inválido por alguna razón” (Kawharu, Amokura “Arbitral Jurisdiction” en *New Zealand Universities Law Review*, Número 2, Wellington, 2008, pág. 240).

³ Con igual parecer Park, William W. “Arbitration in Banking and Finance”, The London Institute of International Banking, Finance and Development Law, Londres, 1997, pág. 55; con similar criterio Graffi, Leonardo “The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner's View” en *Conflict of Laws in International Arbitration*, Issue 1, Ferrari, Franco y Kröll, Stefan, Múnich, 2011, pág. 26, nos señala que “entonces, el principio de autonomía, combinado con aquel de competencia de la competencia, permite a los árbitros proteger su autoridad de las táctica dilatoria de las partes de recurrir a las cortes para obstruir el procedimiento arbitral”.

⁴ Con similar parecer Schwebel, Stephen M. “The Severability of the Arbitration Agreement in International Arbitration: Three Salient Problems”, Grotious Publications, Cambridge, 1987, pág. 5, nos señala que “Cuando los partes de un acuerdo que contiene una cláusula arbitral entran en ese acuerdo, concluyen no uno sino dos acuerdos, hermandad arbitral de la cual sobrevive cualquier defecto de nacimiento o incapacidad adquirida del acuerdo principal”.

⁵ Con igual parecer Dimolitsa, Antonias “Autonomie et «Kompetenz-Kompetenz»” en *Revue de L'arbitrage*, Número 2, París, 1998, pág. 309.

1.1. Precisiones conceptuales

Conviene sin embargo llevar a cabo algunas precisiones respecto a lo antes señalado⁶.

Primero, el convenio arbitral contenido en un contrato, no es sólo una cláusula más de éste⁷. En realidad, encontramos al interior de un mismo instrumento una dualidad de negocios jurídicos, lo cual supone que las partes reuniendo formalmente a la vez los dos negocios, los concibieron como independientes el uno del otro, lo cual implica que su duración pueda diferir, que su carácter ejecutorio sea propio, que la ineficacia de uno no afecte necesariamente al otro, y que cada uno constituye un todo suficiente en sí mismo⁸.

Segundo, no es posible ver en el convenio arbitral un contrato autónomo, dada la imposibilidad de considerar el recurso al arbitraje *in vacuo*. En tal forma, el convenio arbitral, contenido como cláusula, tiene por objeto las controversias susceptibles de ser originadas por las otras cláusulas del contrato, esto es, por el resto del contrato. Se puede así, intelectualmente, distinguir aquello que es sustancia de las obligaciones de lo que es régimen procesal de eventuales controversias, lo que a su vez fundamenta la separabilidad de la cláusula arbitral del resto del contrato. El convenio arbitral es entonces una cláusula, entre otras, en un solo contrato, cuyo carácter accesorio⁹ permite solucionar las posibles controversias que surjan con motivo de éste.

Tercero, es en esta noción de accesorio donde la separabilidad encuentra tanto su fundamento como sus límites¹⁰. En tal forma, si bien resulta pacífico postular que un contrato puede sobrevivir a la amputación de una de sus cláusulas, en relación al convenio arbitral, surge la idea opuesta, esto es, si una cláusula puede sobrevivir sola a la anulación del resto del contrato. La respuesta debe ser afirmativa si la cláusula es llamada a jugar, según la voluntad

⁶ Con estos mismos criterios Mayer, ob. cit., págs. 329-340.

⁷ Con similar parecer Samuel, Adam "Separability of Arbitration Clauses - Some Awkward Questions About the Law on Contracts, Conflict of Laws and Administration Justice" en *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, N° 36, Essex, 2000, pág. 1, nos señala que "[Sin importar] Cualquier posición doctrinal que se tome en esta materia, la cláusula de arbitraje no es un término típico del contrato. Prevé el establecimiento de los derechos proporcionados por el resto del acuerdo y típicamente de algo más allá de su alcance. Así, utilizando la famosa clasificación de Lord Diplock, ésta no es ciertamente una creadora de obligaciones primarias. Hablando en sentido estricto no contiene deberes secundarios. Contiene las promesas referentes a ambos tipos de obligaciones y sobretodo de su ejecución. Podríamos llamarla una obligación terciaria".

⁸ En tal forma, el principio de separabilidad "opera mediante la creación de una presunción que confiere una especie de status a la cláusula arbitral frente al contrato circundante. De acuerdo con esta presunción, las partes tuvieron la intención de que la cláusula arbitral esté separada del contrato respecto del cual ésta se aplica" (Landolt, Phillip "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz" en *Journal of International Arbitration*, N° 5, Países Bajos, 2013, pág. 513).

⁹ Con similar parecer Yañez Velasco, Ricardo "Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 407, nos señala que "aunque el convenio puede ser autónomo del contrato principal siempre se derivará de una contratación o una relación jurídica, y en ese sentido deviene accesorio irremediablemente".

¹⁰ Si bien conviene observar con Gil Minguillón, Susana "La Extensión de la Eficacia del Convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional", Universidad de La Rioja, La Rioja, 2001, págs. 65-66, que "Es accesorio, sí, siempre que por accesorio entendamos instrumental, al servicio de las partes, para la resolución de las posibles controversias entre ellas. Ahora bien, no puede defenderse la accesoriedad como dependencia en cuanto existencia, validez, eficacia..., etc. La cláusula arbitral, por su autonomía, está sometida a sus propias vicisitudes".

de las partes, un rol determinante en el pronunciamiento de la nulidad o en las consecuencias de ésta, siempre que aquella no sea alcanzada directamente por el vicio que causa esta ineficacia¹¹. En tal forma, la cláusula arbitral debe ser respetada si ella implica la voluntad de las partes para confiar a un árbitro la responsabilidad de decir si el contrato principal es válido o nulo. Ello resulta obvio, dado que las partes comúnmente prevén, para someterlas al arbitraje, el conjunto de las dificultades susceptibles de surgir del contrato, constituyendo la nulidad una de ellas. Asimismo, a nivel práctico sería absurdo sustraer del arbitraje las cuestiones de nulidad, pues le bastaría al demandado, en un arbitraje relativo a la ejecución o a la interpretación del contrato, alegar su nulidad a efectos de eliminar la competencia arbitral en favor de la jurisdicción estática. De tal forma, la cláusula arbitral es separable, y debe ser separada en la medida en que ella contribuye a definir el proceso a las resultas del cual se regulará la suerte del contrato, es decir en razón que es un accesorio de las cláusulas sustanciales del contrato.

Cuarto, el ámbito de la separabilidad debe ser restringido a las hipótesis donde la negativa a otorgar efecto a la cláusula arbitral, por solidaridad con el resto del contrato, sustraería al arbitraje cuestiones que las partes han querido someter. La extinción del contrato, por el término del plazo o por una renuncia unilateral, no pone fin a la cláusula ya que aún pueden surgir controversias, particularmente, respecto a saber si el contrato realmente finalizó, y si es así qué consecuencias se ligan a dicho fin. La realización de una condición resolutoria, o la no realización de una condición suspensiva, pueden también dar lugar a controversias, sin afectar ello a la cláusula arbitral. Asimismo, y es el aspecto más clásico, la nulidad alegada o constatada del contrato, no implica automáticamente la nulidad del convenio arbitral¹².

2. FUNDAMENTOS DE LA SEPARABILIDAD

Resulta adecuado ahora, reordenando las ideas expuestas, determinar a continuación los fundamentos axiales del principio analizado¹³.

¹¹ En tal forma “Esta doctrina fue formulada para asegurar que allí donde exista algún factor capaz de afectar o viciar el contrato principal o primario en el cual la cláusula arbitral está contenida, el mismo no afectará o viciará la cláusula arbitral salvo cuando éste afecte directamente a esta última” (Onyema, Emilia “The Doctrine of Separability under Nigerian Law” en *Apogee Journal of Business, Property & Constitutional Law*, Nº 1, Lagos, 2009, pág. 69).

¹² Ver Matheus López, Carlos Alberto “La Extensión del Convenio Arbitral a Partes No Signatarias”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2018, pág. 20.

¹³ Con estos mismos criterios Smit, Robert H. “Separability and Competence-Competence in International Arbitration: *Ex Nihilo Nihil Fit?* Or Can Something Indeed Come from Nothing?”, American Bar Association - Spring Meeting (May 7-10), Washington D.C., 2003, pág. 3; con criterio semejante Horton, David “Arbitration About Arbitration” en *Stanford Law Review*, Número 70, California, 2018, págs. 411-412, nos señala que “Otra justificación para la doctrina de la separabilidad es pragmática. Las partes sofisticadas a menudo demandan ya sea por incumplimiento o rescisión del contrato continente. Esto significa que los méritos de la demanda subyacente son inseparables de la ejecutabilidad del contrato continente. A su vez, prohibir a los árbitros que decidan estos asuntos vaciaría de contenido a la institución del arbitraje”; de modo similar Schwebel, ob. cit., págs. 1-13, considera que la doctrina de la separabilidad se sustenta, principalmente, en cuatro razones: a. Cuando las partes celebran un convenio arbitral tienen -generalmente- la intención de resolver todos sus conflictos, incluyendo aquellos sobre la validez del contrato principal, por medio del arbitraje; b. La necesaria eficacia del arbitraje, pues si le bastase a una parte negar la validez del contrato principal para privar al árbitro de competencia para resolver sobre tal alegación, ello posibilitaría a cualquiera de las partes escapar de su obligación de arbitrar; c. La ficción legal de que cuando las partes entran en un contrato continente de una cláusula arbitral, ellas realmente ingresan

Primero, el convenio arbitral es analíticamente separable y distinto del contrato principal celebrado por las partes, relacionándose el primero con la aplicación "procesal" relativa a la resolución del conflicto, en tanto el segundo se relaciona con las aplicaciones "sustantivas" vinculadas a los derechos de las partes¹⁴.

Segundo, el principio de separabilidad es consecuente con la intención de las partes de que todos los conflictos surgidos entre ellas se sometan a arbitraje, incluyendo aquellos relativos a la validez del contrato principal¹⁵. Tal intención resulta expresa en el arbitraje institucional, cuando el reglamento al que se someten las partes señala *expressi verbis* que la cláusula arbitral es separable del contrato que la contiene¹⁶.

Tercero, el principio de separabilidad importa una necesidad práctica puesto que, sin él, una de las partes del convenio arbitral podría evitar el proceso arbitral simplemente objetando el contrato en el cual se encuentra inserto el primero¹⁷, desconociendo a su vez la competencia del tribunal arbitral para conocer de la controversia¹⁸.

en dos acuerdos separados (uno principal que contiene obligaciones sustantivas y otro arbitral que prevé la resolución de los conflictos resultantes del primero); d. Si no se aceptase el principio de separabilidad, las cortes no podrían -como es práctica común- sólo revisar los laudos arbitrales, sino más bien tendrían que resolver el fondo del conflicto que se somete a arbitraje.

¹⁴ Con tal parecer Feehily Ronán "Separability in International Commercial Arbitration; Confluence, Conflict and the Appropriate Limitations in the Development and Application of the Doctrine" en *Arbitration International*, Número 34, Londres, 2018, pág. 358, nos señala que "Por lo tanto, las partes están dando su consentimiento a dos acuerdos separados; el acuerdo matriz que comprende sus obligaciones sustantivas y el convenio arbitral que se ocupa de la resolución de las controversias que surjan del contrato matriz. Esta ficción legal, que las partes están consintiendo en dos acuerdos separados, no provee ninguna razón para tratar, de modo distinto, a un acuerdo para arbitrar controversias en forma de cláusula".

¹⁵ Con similar parecer Schwebel, Stephen M.; Sobota, Luke; y Manton, Ryan "International Arbitration. Three Salient Problems", 2^o Edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2020, pág. 3, nos señalan que "cuando dos partes celebran un contrato o un tratado que prevé el arbitraje de las controversias que surjan en virtud del mismo, y lo hacen como suelen hacerlo en términos generales: "cualquier controversia que surja de este acuerdo o se relacione con él", tienen la intención de exigir el arbitraje de cualquier disputa no resuelta de otra manera, incluidas las disputas sobre la validez del contrato o tratado".

¹⁶ Con similar parecer Dimolitsa, ob. cit., pág. 314, nos señala que "...incluso si existen aún algunos países, desconocidos, que no consagraron de una manera o de otra en sus ordenamientos el principio de autonomía del convenio arbitral, el problema de una nulidad del contrato que implicaría la del convenio arbitral no se plantea más cuando las partes, por medio de una referencia a una institución arbitral que consagra este principio, convienen indirectamente la aplicación de la regla".

¹⁷ Con criterio semejante Schwebel, Sobota y Manton, ob. cit., pág. 4, nos señalan que "si una parte pudiera denegar el arbitraje a la otra parte alegando que el acuerdo carecía de validez inicial o actual, y si con tal alegación pudiera privar a un tribunal arbitral de la competencia para pronunciarse sobre ésta y sobre su constitución, su jurisdicción y los méritos de la controversia, siempre sería posible para una parte de un acuerdo que contenga una cláusula de arbitraje, viciar su obligación arbitral por el simple recurso de declarar nulo tal acuerdo".

¹⁸ Efectivamente, sobre el principio de separabilidad y aquel de competencia de la competencia cabe afirmar que "la ambición de ambos es ayudar en la eficacia de las cláusulas arbitrales. Y ello debido a que, como era de esperar, el contexto en el que estos principios se originaron fue, específicamente, la indiferencia estatal e incluso hostilidad hacia el arbitraje" (Landolt, "The Inconvenience...", ob. cit., pág. 512); de modo similar Feehily, ob. cit., pág. 361, nos señala que "Tanto la competencia de la competencia como la separabilidad mejoran la eficiencia del proceso arbitral y, sin ambas doctrinas, el arbitraje contemporáneo no sería tan efectivo como proceso de resolución de controversias".

Cuarto, la separabilidad es necesaria para satisfacer los requerimientos del comercio internacional, pues las partes de diferentes nacionalidades no contratarán ni harán negocios a menos que sus acuerdos de resolución de conflictos se hagan cumplir en un foro neutral y apátrida, a pesar de las objeciones a la validez de sus contratos principales.

3. CONSECUENCIAS DE LA SEPARABILIDAD

Conviene precisar ahora los alcances de la separabilidad, la cual, acorde a su terminología, nos conducirá a preguntarnos cuándo efectivamente debe separarse la cláusula arbitral del resto del contrato a fin de que ésta siga siendo válida, así como cuándo deviene en imposible tal disección¹⁹.

En tal forma, podemos seguidamente señalar algunas consecuencias de la separabilidad²⁰.

Primera, la invalidez del contrato principal no invalida necesariamente al convenio arbitral²¹. Por ello, una objeción a la validez del contrato principal no afecta al convenio arbitral ni priva necesariamente a los árbitros de la competencia para resolver el conflicto relativo a dicho contrato²². En tal forma, si un tribunal arbitral o uno jurisdiccional, concluye que el contrato principal era inválido, ello no afecta necesariamente la validez del laudo emitido por los árbitros conforme al convenio arbitral de las partes²³.

En tal forma, los vicios del consentimiento generalmente apuntan a la separabilidad, pues el hecho de que una de las partes cometa un error sobre una cualidad sustancial de la cosa objeto del contrato no tiene relación con la voluntad de recurrir al arbitraje, por lo cual el convenio arbitral no se afecta, debiendo ser considerado válido independientemente de la

¹⁹ En este sentido Mayer, ob. cit., pág. 369.

²⁰ Con estos mismos criterios Smit, ob. cit., pág. 2.

²¹ Con similar parecer Aeberli, Peter "Jurisdictional Disputes Under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map" en *Arbitration International*, Número 3, Londres, 2005, pág. 260, nos señala que "La discusión de que un contrato contiene una cláusula arbitral nula no importa, en sí misma, un desafío a la jurisdicción del tribunal. Bajo la doctrina de la separabilidad, el convenio arbitral puede no ser afectado por la invalidez del contrato. Si la validez de la cláusula arbitral se disputa también, esto debe hacerse claramente; si no el derecho a objetar el laudo del tribunal en sede jurisdiccional se puede perder".

²² Con similar parecer Garberí Llobregat, José "Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje", Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 444, nos señala que "Estas son las consecuencias de la autonomía de la cláusula arbitral que básicamente, como se ha expuesto, supone que la nulidad del contrato en que tiene su base el convenio arbitral no se extiende a éste, pero que también tiene otros significados".

²³ Con igual parecer Lew, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; y Kröll, Stefan Michael "Comparative International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, La Haya/Londres/Nueva York, 2003, pág. 102, nos señalan que "la esencia de la doctrina es que la validez de una cláusula arbitral no está atada a aquella del contrato principal, y viceversa. Por eso, la ilegalidad o la terminación del contrato principal no afecta la competencia del tribunal arbitral basada en una cláusula arbitral contenida en ese contrato. La obligación de resolver todas las controversias por arbitraje continúa incluso si la obligación principal o de hecho el contrato caduca o es inválido"; con similar parecer Feehily, ob. cit., pág. 362, nos señala que "La consecuencia principal de la doctrina de la separabilidad es que la inexistencia, invalidez, ilegalidad o resolución del contrato principal no necesariamente niega el acuerdo de arbitraje comprendido en éste. Por lo tanto, como se señaló anteriormente, una cláusula arbitral puede sobrevivir independientemente de la terminación del contrato matriz. El tribunal arbitral considerará las impugnaciones del contrato matriz y emitirá un laudo vinculante declarando que éste es inválido, en función de su propia jurisdicción derivada de la cláusula arbitral separable".

suerte de las otras cláusulas, a fin de que ésta pueda ser determinada a través del arbitraje de acuerdo a la voluntad de las partes²⁴. Asimismo, los problemas de existencia o determinación del objeto del contrato principal no afectan al convenio arbitral, como tampoco sucede en los casos en que el contrato principal requiera de una forma esencial, en tanto el convenio arbitral reúna los requisitos establecidos por el DLA²⁵.

Sin embargo, existen algunas hipótesis en las que la existencia de un defecto que afecta tanto al contrato principal como a la cláusula arbitral, genera la imposibilidad de su separación²⁶. Este es el caso de la ausencia de consentimiento de una de las partes, pues si el comportamiento del destinatario de la oferta de contratar no puede interpretarse como una aceptación de ésta, el contrato no se celebra, y consecuentemente no existe la cláusula arbitral contenida en la oferta como tampoco el resto de las otras cláusulas²⁷. Otro supuesto sería aquel de la ausencia de poder del signatario del contrato para concluirlo a nombre de otra persona, el cual parece igualmente conducir a una nulidad total, pues si el pretendido representante no confirió al signatario el poder de celebrar el contrato, el defecto de poder se extiende también a la cláusula arbitral²⁸. También sería el caso de la voluntad viciada por violencia física o moral ejercida sobre una de las partes a efectos de que firme el documento, vicio del consentimiento que privaría de valor a todas las cláusulas del contrato²⁹.

²⁴ Con tal parecer Mayer, ob. cit., págs. 336

²⁵ Con tal parecer Cadarso Palau, Juan “Potestad de los Árbitros para Decidir sobre su Competencia” en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Coordinador: Julio González Soria, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 263.

²⁶ Con similar parecer Bernardo San José, Alicia “Arbitraje y Jurisdicción: Incompatibilidad y Vías de Exclusión”, Comares, Granada, 2002, pág. 19, nos señala que “como es lógico, puede haber vicios, sobre todo en el supuesto en que el convenio se incorpora como una cláusula más al contrato principal, que afecten al contrato en su conjunto. No es difícil pensar que los problemas de falta de consentimiento e incapacidad afectarán a ambos contratos. No se trata de que el vicio se comunique o se transmita del contrato al convenio arbitral, sino que los mismos hechos afectan por igual a ambos contratos”.

²⁷ E incluso, como bien señala Mayer, ob. cit., págs. 335, “se llegaría a la misma conclusión considerando que la cláusula compromisoria constituye un contrato distinto. Habría dos ofertas de contrato, una para el contrato principal y otra para la cláusula; y se constataría que la aceptación falta para cada una de estas dos ofertas. La debilidad de este segundo análisis aparece no obstante en el supuesto de que el destinatario de la oferta acepta el contrato principal sin referirse siquiera indirectamente a la cláusula (por ejemplo: “de acuerdo para suministrar tal cantidad de mercancía a tal precio”). A falta de una aceptación distinta de la oferta de cláusula compromisoria, ésta no se concluiría: nadie desea este resultado absurdo”.

²⁸ Si bien como señala Mayer, ob. cit., págs. 336 “La cuestión, simple en caso de ausencia total de poder, lo es menos en caso de rebasamiento de poder. O sea, por ejemplo, un contrato celebrado por el Presidente del consejo de administración de una sociedad sin la autorización del consejo, requerida en razón de la naturaleza del contrato, o con el fin de enriquecerse personalmente en detrimento de la sociedad. ¿En la medida en que el convenio arbitral es, en sí mismo, un acto normal de gestión, inmerso en los poderes del Presidente -que es el caso en muy numerosas legislaciones-, no puede sostenerse que aquel escape a la nulidad que afecta el resto del contrato? Una parte de la doctrina francesa está en este sentido. La solución es sin embargo dudosa. ¿La sociedad puede haber considerado haber autorizado a su Presidente a incluir un convenio arbitral incluso en los actos que concluiría fuera de sus poderes, y, en particular, en aquéllos que concluiría en detrimento de la sociedad? Se encuentra difícilmente aquí el fundamento de la separabilidad, que es el respeto de la voluntad de las dos partes”.

²⁹ Para una amplia observación de más supuestos, en la jurisprudencia norteamericana, ver Rau, Alan Scott ““Separability” in the United States Supreme Court” en *Revista Peruana de Arbitraje*, Número 5, Lima, 2007, págs. 25-61.

Segunda, inversamente, la invalidez del convenio arbitral no afecta necesariamente al contrato principal, el cual puede seguir siendo ejecutado, normalmente ante un órgano jurisdiccional, a pesar de la inejecutabilidad del convenio arbitral.

Tercera, la ley -o regulación sustantiva- que gobierne al convenio arbitral puede ser diferente de la ley -o regulación sustantiva- que gobierne al contrato principal³⁰. Pues, el concepto de separabilidad implica como consecuencia³¹, la posibilidad de que el convenio arbitral esté regulado por un derecho distinto de aquel que regula al contrato principal, si bien ante la falta de expresa elección de las partes³², ello dependerá de la valoración de los criterios de localización, los cuales generalmente serán los mismos que los del contrato principal, además del hecho que el recurso a un diferente derecho, justificado en teoría, es raramente concretizado en la jurisprudencia arbitral³³.

Cuarta, el convenio arbitral puede sobrevivir a la terminación del contrato principal siempre que las demandas se presenten durante el término del acuerdo, o durante el término de las provisiones específicas que sobrevivieron al acuerdo.

4. CONSAGRACIÓN GLOBAL DEL PRINCIPIO

³⁰ Con tal parecer Born, Gary “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective” en *Singapore Academy of Law Journal*, Nº 26, Singapur, 2014, págs. 818-819, nos señala que “una de las consecuencias de la presunción de separabilidad es que, resulta teóricamente posible y común en la práctica, que el convenio arbitral de las partes sea gobernado por una ley diferente a aquella que rige al contrato subyacente”; con similar parecer Sánchez Lorenzo, Sixto “Derecho Aplicable al Fondo de la Controversia en el Arbitraje Internacional” en *Revista Española de Derecho Internacional*, Nº 1, Oviedo, 2009, pág. 46, nos señala que “la *lex causae* no tiene por qué coincidir con la ley aplicable a la validez del convenio o acuerdo arbitral. Este acuerdo se somete a su propia ley reguladora en virtud de su autonomía. En principio, la inclusión de un convenio arbitral en el propio marco de un contrato permite hacer extensible a la validez sustancial del convenio arbitral la misma ley aplicable al contrato, ya sea elegida por las partes o en defecto de elección, a menos que las partes hayan elegido una ley específica como ley rectora del acuerdo arbitral. En todo caso, la validez del convenio arbitral es independiente de la validez del contrato, como lo es a su vez la propia cláusula de elección de ley aplicable o pacto de lege utenda. En consecuencia, la nulidad del convenio arbitral no prejuzga la nulidad del contrato, ni ésta determina aquélla”; con criterio semejante Graffi, ob. cit. pág. 28, nos señala que “en la gran mayoría de casos, en los que las partes eligen aplicar una determinada ley al contrato principal, existe poca o prácticamente ninguna discusión respecto a la ley aplicable al convenio arbitral. Frecuentemente, una creencia *de facto* (e incluso a veces una fuerte convicción) lleva a las partes a considerar que la elección del derecho será igualmente aplicable al contrato principal y al convenio arbitral, como parte de éste”.

³¹ En tal sentido, si bien “el efecto del principio sobre el tema de la ley aplicable a la cláusula arbitral da lugar a inconvenientes en su conjunto, también posee algunas conveniencias accidentales. Si la cláusula arbitral se considera separada del resto del contrato, la inferencia que surge es que la cláusula no está necesariamente regida por la misma ley aplicable al resto del contrato” (Landolt, “The Inconvenience...”, ob. cit., pág. 518).

³² Si bien “la ley que rige el propio convenio arbitral es, sin embargo, especificada muy rara vez en los contratos comerciales” (Tsang, Alan “Determining The Law Applicable To Arbitration Agreements: The Common Law Approach” en *Mealey's International Arbitration Report*, Pensilvania, Mayo/2014, pág. 1).

³³ Con tal parecer Dimolitsa, ob. cit., pág. 309; con igual parecer Mayer, ob. cit., pág. 368, nos señala que “Se admite generalmente que la separabilidad permite a las partes elegir dos leyes diferentes para la sustancia del contrato y para la cláusula arbitral. Tal “despedazamiento” es además legítimo según las tendencias modernas del derecho internacional privado. Sin embargo, esta solución tiene muy poco interés práctico, porque nunca se conoce de la cláusula compromisoria que las partes habrían expresamente sometido a una ley distinta de la *lex contractus*”.

Aun prescindiendo de la vieja jurisprudencia arbitral internacional que no sólo aplicaba la separabilidad constantemente sino que además la calificaba de principio, y aun relegando la jurisprudencia arbitral que aplica de vieja data las disposiciones sobre aquella contenidas en los reglamentos de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) y de la *American Arbitration Association* (AAA), comprobamos que la separabilidad es hoy en día aceptada -al parecer- por todos los derechos nacionales, los cuales le confieren calidad de principio general³⁴.

Es además evidente que, la permanente labor homogeneizadora y pedagógica de la Ley Modelo de la CNUDMI, ha facilitado la difusión y el empleo de diversos principios comunes apátridas y, entre éstos, aquel de separabilidad, el cual es recogido -de modo similar- en las diversas regulaciones nacionales y en los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales.

El principio de separabilidad, contenido en el artículo 16, inciso 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI³⁵, goza hoy de un consenso global entre los practicantes del arbitraje, y es aceptado por la mayoría de sistemas legales del mundo³⁶.

En el ámbito del *common law* podemos observar, por ejemplo, la presencia del principio en el derecho inglés, recogido en el artículo 7 de su Arbitration Act de 1996³⁷. Si bien éste ya había sido previamente confirmado por la Corte de Apelación inglesa en 1993, con ocasión del caso *Harbour Assurance Co. (UK) versus Kansa General International Insurance Co. Ltd and Others*³⁸. Asimismo, en el derecho hindú el artículo 16, inciso 1, de su Arbitra-

³⁴ Con este parecer Dimolitsa, ob. cit., pág. 312; con similar criterio Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel y Goldman, Berthold "Traité de l'Arbitrage Commercial International", Litec, París, 1996, pág. 219, nos señalan que "el principio de autonomía del convenio arbitral es (...) expresamente consagrado por la ley o por la jurisprudencia de numerosos estados"; de modo similar Svernlöv, Carl M. "The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete?" en *Journal of International Arbitration*, N° 3, Países Bajos, 1992, pág. 115, nos indica que "la doctrina de la separabilidad es casi universalmente aceptada".

³⁵ El cual nos señala 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 ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria*" (las negritas son nuestras).

³⁶ Con igual parecer Uzelac, Alan "Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: Current Jurisprudence and Problem Areas under the Uncitral Model Law" en *International Arbitration Law Review*, Volumen 8, Número 5, Londres, 2005, pág. 154.

³⁷ El cual nos señala que "*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*" (Salvo acuerdo distinto de las partes, un convenio arbitral que forma o que se quiso forme parte de otro acuerdo -escrito o no- no será considerado como inválido, inexistente o ineficaz porque ese otro acuerdo sea inválido, o no deviniera en existente o no llegue a ser efectivo, y para ese propósito será tratado como un acuerdo distinto).

³⁸ Para una observación profunda de las implicancias de este fallo ver Samuel, "Separability of Arbitration...", ob. cit., págs. 8-11.

tion and Conciliation Ordinance de 1996³⁹, termina con la previa jurisprudencia hostil, al adoptar el principio de separabilidad, siguiendo literalmente al mismo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI. De igual forma, en el derecho norteamericano, si bien su *Federal Arbitration Act* no se pronuncia sobre el principio de separabilidad, éste viene reconocido -no con ese nombre- desde 1967 en razón del caso *Prima Paint Corp. v. Flood and Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395⁴⁰, en el cual la Corte Suprema sólo sostuvo que, bajo una cláusula arbitral amplia a la cual se aplique la *Federal Arbitration Act*, la demanda de que el contrato fue inducido por fraude debe ser conocida por los árbitros, en tanto la demanda de que la cláusula arbitral fue inducida por fraude debe ser conocida por los órganos jurisdiccionales⁴¹. Muy recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reafirmado⁴² -y reforzado- el principio de separabilidad, con motivo del caso *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, No. 04-

³⁹ El cual nos señala que “*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*” (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: (a) una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato; (b) La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula arbitral).

⁴⁰ Con este parecer Rau, ob. cit., págs. 25-26, nos señala que “Se hizo explícito qué ya debe haber estado claro desde el bien conocido caso de *Prima Paint* decidido hace casi 40 años: que la doctrina de la ‘separabilidad’ -reservando las cuestiones del contrato al árbitro, salvo que la objeción esté referida a la cláusula arbitral en sí misma- es una parte del derecho común ‘federal sustantivo’ del arbitraje”.

⁴¹ Con este parecer Smit, ob. cit. págs. 4-5; con similar criterio Horton, ob. cit., págs. 380-381, nos señala que “Es decir, cada acuerdo que incluye una cláusula arbitral importa, de hecho, dos acuerdos: (1) el acuerdo de arbitraje y (2) el contrato global continente. Esta ficción legal -la doctrina de la separabilidad- permite a los árbitros anular el contrato continente sin excluir simultáneamente su propia capacidad de tomar tal decisión”; de igual forma Lee Tsen-Ta, Jack “Separability, Competence-Competence and the Arbitrator’s Jurisdiction in Singapore” en *Singapore Academy of Law Journal*, Singapur, 1995, pág. 430, nos señala que “En *Prima Paint Corp. v. Flood and Conklin Mfg. Co* la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó la doctrina de la separabilidad con referencia a la *Federal Arbitration Act*, la cual se aplica al comercio interestatal y transnacional. Bajo la sección 4 del Act una Corte federal debe ordenar el arbitraje de acuerdo con los términos del convenio arbitral, si la validez inicial de éste no es en sí misma la cuestión. La Corte aplicó la sección 4 en *Prima Paint* y sostuvo que una alegación de fraude en la celebración del contrato principal no toca al convenio arbitral, el cual es separable y por ello aplicable”; en tal forma “la Corte resuelve esta tensión mediante la creación de la doctrina de la ‘separabilidad’: la ficción de que las cláusulas arbitrales son en sí mismas mini contratos autónomos dentro de contratos ‘contenedores’ más grandes. De acuerdo con la Corte, cualquier contrato que contiene una cláusula arbitral importa, en realidad, dos contratos: (1) Un contrato para arbitrar las controversias y (2) El contrato contenedor global” (Horton, David “Arbitration as Delegation” en *New York University Law Review*, Número 2, Nueva York, 2011, pág. 449).

⁴² Con tal parecer Ware, Stephen J. “Arbitration Law’s Separability Doctrine after *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*” en *Nevada Law Journal*, Número 8, Nevada, 2007, pág. 111, nos señala que “*Buckeye* rechaza la distinción nula/anulable y reafirma la distinción de *Prima Paint* entre los argumentos que desafían la exigibilidad del contrato continente y aquellos dirigidos a la cláusula de arbitraje en sí”.

1264⁴³. E igualmente, con ocasión del caso *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, No. 09-497⁴⁴.

Por otra parte, en el campo del *civil law* podemos observar el caso italiano, cuyo artículo 808 de su *Codice di Procedura Civile*⁴⁵, recoge expresamente el principio de separabilidad a partir de la modificatoria que tuvo este artículo por parte de la ley nº 25 de 5 de enero de 1994, texto el cual se mantiene hasta hoy idéntico incluso luego de la reforma al *Codice*, que se implementó con el decreto legislativo nº 40 de 2 de febrero de 2006⁴⁶. De igual forma, este principio se consagró en Francia a partir del fallo (*arrêt*) de 7 de mayo de 1963, emitido en el caso *Gosset* por la Corte de Casación, principio el cual viene reiterado y reafirmado⁴⁷ en su jurisprudencia actual⁴⁸, estando además recogido en el artículo 1447⁴⁹ de su *Code de Procédure Civile*. Asimismo, en el derecho belga este principio viene recogido por el artículo 1690, inciso 1, de su Code Judiciaire⁵⁰ del 31 de octubre de 1967, modificado por la Ley Nº

⁴³ Para una mejor comprensión del tema ver De Lotbinière, Andrew y Loannou, Leon "Separability Saved: US Supreme Court Eliminates Threat to International Arbitration" en *Mealey's International Arbitration Report*, Pensilvania, Marzo/2006, pág. 1 y sgtes; ver también AA.VV. "Supreme Court Reaffirms Two Key Arbitration Holdings" en *Judicial ADR Reporter*, Volumen 1, Nº 2, Mineápolis, 2006, págs. 1-2.

⁴⁴ Con tal parecer Cunningham, Lawrence A. "Rhetoric versus Reality in Arbitration Jurisprudence: How the Supreme Court Flaunts and Flunks Contracts" en *Law and Contemporary Problems*, Número 75, Durham, 2012, pág. 140, nos señala que "La apoteosis de la separación de la jurisprudencia arbitral del derecho contractual, mediante la separabilidad, es *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*".

⁴⁵ En tal forma, el último párrafo del artículo 808 del *Codice di Procedura Civile* nos señala que "*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*" (la validez de la cláusula compromisoria debe ser valorada de modo autónomo respecto al contrato al cual se refiere, no obstante, el poder de estipular el contrato comprende el poder de convenir la cláusula compromisoria).

⁴⁶ Para una mayor comprensión de esta última reforma, ver AA.VV. "La Riforma della Disciplina dell'Arbitrato", Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 1 y sgtes.

⁴⁷ Asimismo, "la autonomía de la cláusula arbitral ha sido consagrada respecto a las disposiciones de derecho interno francés con los *arrêts Hecht* [4 de julio de 1972] y *Menicucci* [13 de diciembre de 1975]. Seguidamente, la autonomía de la cláusula arbitral ha sido proclamada en relación a todo derecho estatal, francés o extranjero, con el *arrêt Dalico* [20 de diciembre de 1993] abandonando por tanto totalmente el método conflictualista en el ámbito del convenio arbitral internacional. El punto culminante de esta evolución es ciertamente el *arrêt Zanzi* [5 de enero de 1999] que afirmó la existencia de un «principio de validez» de la cláusula arbitral en materia internacional" (Racine, Jean-Baptiste "Réflexions sur L'autonomie de L'arbitrage Commercial International" en *Revue de L'arbitrage*, Número 2, París, 2005, págs. 312-313).

⁴⁸ Para una mejor visión del tema ver Fouchard, Gaillard, Goldman, "Traité de..." , ob. cit, pág. 215.

⁴⁹ El cual nos señala que "*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci...*" (El convenio arbitral es independiente del contrato al que se refiere. Y no se ve afectado por la ineficacia del mismo...).

⁵⁰ El cual nos señala que "*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*" (El tribunal arbitral puede pronunciarse sobre su propia competencia, incluyendo cualquier excepción relativa a la existencia o validez del convenio arbitral. Con este fin, un convenio arbitral que forma parte de un contrato es considerado como un acuerdo distinto de las otras

53-2743 de 16 de mayo de 2013. Igualmente, en el caso croata su Ley de Arbitraje del 11 de octubre del 2001 -eficaz desde el 19 de octubre de 2001- recoge el principio de separabilidad⁵¹ en su artículo 15, inciso 1⁵². De igual forma, en el caso español este principio viene regulado en el artículo 22, inciso 1⁵³, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje⁵⁴.

Dentro de los ordenamientos nórdicos, tenemos el caso sueco cuya *Arbitration Act* de 1999 recoge, en su sección tercera⁵⁵, el principio de separabilidad⁵⁶. Por su parte, en Dinamarca el artículo 16, inciso 1, de su *Arbitration Act* N° 553 de 21 de junio de 2005⁵⁷ asume igualmente el principio estudiado⁵⁸.

Asimismo, en el derecho islámico podemos observar el caso de Arabia Saudita, cuyo artículo 21⁵⁹ de su Ley de Arbitraje de 2012 regula el principio de separabilidad. Por su parte, en la Ley de Arbitraje de Catar de 2017, este principio está incluido en su artículo 16,

cláusulas del contrato. La constatación de la nulidad del contrato por el tribunal arbitral no entraña de pleno derecho la nulidad del convenio arbitral).

⁵¹ Con igual parecer Uzelac, Alan “Croatia” en *Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe*, Jurisnet LLC, Nueva York, 2006, pág. 21.

⁵² El cual nos señala que “*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*” (para este propósito, una cláusula arbitral que forma parte de un contrato será tratada como un acuerdo independiente de los otros términos del contrato).

⁵³ El cual nos señala que “*...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*” (las negritas son nuestras).

⁵⁴ Con igual parecer Yañez, ob. cit. pág. 407.

⁵⁵ La cual nos señala que “*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*” (Donde la validez de un convenio arbitral que constituya parte de otro acuerdo deba ser determinada conjuntamente con la jurisdicción de los árbitros, el convenio arbitral será estimado como un acuerdo separado).

⁵⁶ Para una mayor comprensión de esta norma, ver Magnusson, Anette “A Note on General Principles of Arbitration in Sweden” en *Stockholm Arbitration Newsletter*, N° 2, Estocolmo, 2004, págs. 1-3.

⁵⁷ El cual nos señala -siguiendo al artículo 16, inciso 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI- que “*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 by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause*” (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 arbitral 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 arbitral).

⁵⁸ Con similar parecer Jørgensen, Jacob C. y Terkildsen, Dan “The New Danish Arbitration Act” en *International Arbitration Law Review*, Volumen 8, Número 6, Londres, 2005, pág. 204.

⁵⁹ El cual nos señala que “Una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato. La anulación, revocación o resolución del contrato que incluye dicha cláusula arbitral no implicará la anulación de la cláusula arbitral en el mismo, si dicha cláusula es válida”.

inciso 1⁶⁰. E igualmente, en la Ley de Arbitraje de los Emiratos Árabes Unidos de 2018 se regula el principio de separabilidad en su artículo 6⁶¹.

En el caso de China, podemos observar que su Ley de Arbitraje de 1995, regula en su artículo 19⁶² el principio de separabilidad.

Y en la legislación rusa, este principio está incluido en el artículo 7, inciso 12⁶³, de su Ley de Arbitraje de 2016.

Finalmente, debemos observar que incluso de existir algunos países, que no consagren de algún modo en sus ordenamientos el principio de separabilidad⁶⁴, tal inconveniente puede solucionarse a través de la aplicación indirecta de este principio, por medio del sometimiento de las partes -vía arbitraje institucional- al reglamento de una institución arbitral que lo consagre.

5. TRATAMIENTO LEGAL Y CONVENCIONAL EN EL PERÚ

En el ámbito legal, nuestro Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (DLA) recoge expresamente en su artículo 41, inciso 2⁶⁵, al principio de separabilidad del convenio arbitral, si bien opta por emplear el término potencialmente confuso de “*independencia*”, al seguir el tenor del artículo 16, inciso 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI⁶⁶.

⁶⁰ El cual nos señala que “(...) La cláusula arbitral se considerará como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La nulidad, rescisión o resolución del contrato no tendrá efecto sobre la cláusula arbitral contenida en el mismo, siempre que la cláusula sea válida”.

⁶¹ El cual nos señala que “1. Una cláusula arbitral se tratará como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato. La nulidad, rescisión o resolución del contrato no afectará a la cláusula arbitral si es válida *per se*, a menos que el asunto se relacione con una incapacidad entre las partes. 2. Una declaración de que un contrato que contiene una cláusula arbitral es nulo o ha sido rescindido o resuelto no suspenderá el procedimiento arbitral y el tribunal arbitral podrá decidir sobre la validez de dicho contrato”.

⁶² El cual nos señala que “Un convenio de arbitraje existirá independientemente. La modificación, rescisión, resolución o invalidez de un contrato no afectará la validez del convenio arbitral. El tribunal arbitral tendrá el poder de afirmar la validez de un contrato”.

⁶³ El cual nos señala que “Un convenio arbitral contenido en un contrato también se extiende a cualquier controversia relacionada a la celebración de dicho contrato, a su entrada en vigor, modificación, resolución y/o validez, y también en relación con la devolución de las partes de lo que se realizó bajo un contrato reconocido como inválido o no concluido, si no resulta contrario al propio convenio arbitral”.

⁶⁴ Podría ser el caso de la Ley de Arbitraje Austríaca de 1 de Julio de 2006, que modifica -nuevamente, pues se hizo antes por la Ley Federal de 2 de febrero de 1983- la sección cuarta (Procedimiento Arbitral) del Código Procesal Civil Austríaco, y no contiene referencia expresa al principio de separabilidad del convenio arbitral (para una comprensión de las razones de tal omisión ver Liebscher, Christoph y Hauge-neder, Florian “Looking at The New Austrian Arbitration Law Through The Spectacles of The English Arbitration Act 1996” en *International Arbitration Law Review*, Volumen 9, Número 4, Londres, 2006, pág. 111).

⁶⁵ El cual nos señala que “**El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral**” (las negritas son nuestras).

⁶⁶ El cual no señala que “(...) 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

Por lo que respecta al campo convencional, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958 (*Convención de Nueva York*) -aprobada por Resolución Legislativa N° 24810 del 12 de mayo de 1988, sin ninguna reserva⁶⁷-, no recoge expresamente el principio de separabilidad, el cual se encuentra, en estricto, fuera de su objetivo inmediato de asegurar la eficacia internacional de los laudos arbitrales extranjeros⁶⁸. Asimismo, ni la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 30 de enero de 1975 (*Convención de Panamá*) -aprobada por Resolución Legislativa N° 24924 del 7 de noviembre de 1988-, ni la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 8 de mayo de 1979 (*Convención de Montevideo*) -aprobada por Decreto Ley N° 22953 del 26 de marzo de 1980-, tampoco aluden expresamente al principio de separabilidad⁶⁹. Igualmente, la *Convención de Washington de 1965*, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (CIADI) -aprobada por Resolución Legislativa N° 26210 del 2 de julio de 1993-, tampoco recoge al principio de separabilidad, en razón de las características propias del Sistema CIADI.

tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria".

⁶⁷ Para una mejor comprensión de su tratamiento en el Perú, ver Matheus López, Carlos Alberto "An Introduction to the Arbitration Agreement in Peruvian Law" en *Revue Libanaise de L'arbitrage Arabe et International*, Número 37, Beirut, 2006, págs. 18-19.

⁶⁸ En tal sentido, si bien la progresiva consagración del principio de la separabilidad del convenio arbitral coincidía durante estos años con la adhesión de nuevos Estados al Convenio de Nueva York, ello no se debe a la interacción directa de los dos fenómenos sino, más bien, a un paralelismo debido a la toma de conciencia por los ordenamientos nacionales de la importancia del arbitraje internacional y de la necesidad de garantizar su buen funcionamiento (Dimolitsa, ob. cit., págs. 314-315).

⁶⁹ Pudiendo afirmarse también que éste principio se encuentra fuera de sus objetivos inmediatos, pues el régimen legal peruano sobre reconocimiento y ejecución -forzosa- de laudos arbitrales extranjeros se halla en, además del DLA, la normativa contenida en las Convenciones de Nueva York, Panamá y Montevideo.