



LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: FUNDAMENTO, ALCANCE Y LÍMITES

Autor:
Alejandro Falero de Rato

LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: FUNDAMENTO, ALCANCE Y LÍMITES

Separability of the arbitration agreement: foundation, scope and limits

Alejandro Falero de Rato¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Fundamento dogmático y distinción con la Kompetenz-Kompetenz.
- III. La separabilidad en el derecho español: consagración positiva y práctica jurisprudencial.
- IV. Límites del principio.
- V. Dimensión internacional y comparada.
- VI. Valoración crítica y toma de posición.
- VII. Conclusiones.

Resumen

El principio de separabilidad constituye uno de los pilares estructurales del arbitraje moderno. En virtud de esta regla, el convenio arbitral goza de autonomía jurídica respecto del contrato que lo contiene, de modo que las vicisitudes que afecten a la validez o eficacia del contrato principal no se propagan automáticamente a la cláusula compromisoria. El presente estudio analiza el fundamento dogmático, la consagración legislativa y los límites de la separabilidad en el ordenamiento español, tomando como eje la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y la práctica del Tribunal Supremo en materia de excepción de arbitraje y reconocimiento de laudos. La institución se sitúa en su contexto internacional mediante la Ley Modelo de la CNUDMI, la Convención de Nueva York y una comparativa acotada con el Derecho peruano y los principales pronunciamientos del common law. Se identifican, asimismo, los límites reconocidos del principio y su relación con la Kompetenz-Kompetenz, subrayando la dimensión funcional de la separabilidad como garantía de operatividad del arbitraje.

Palabras clave

Separabilidad / Convenio arbitral / Autonomía de la cláusula compromisoria / Kompetenz-Kompetenz / Ley de Arbitraje 60/2003 / Ley Modelo CNUDMI / DL 1071.

¹ Abogado. Socio de EJASO ETL Global, Madrid (España). Árbitro en múltiples tribunales de arbitraje. Responsable de la dirección y gestión del área especializada en litigios y arbitrajes, con amplia experiencia en la resolución de disputas complejas a nivel nacional e internacional. Correo de contacto: afalero@ejaso.com

Abstract

The separability principle stands as one of the structural pillars of modern arbitration. Under this rule, the arbitration agreement enjoys legal autonomy from the contract in which it is embedded, so that any defect affecting the validity or effectiveness of the main contract does not automatically extend to the arbitration clause. This article examines the doctrinal foundation, legislative recognition, and limits of separability under Spanish law, centred on Arbitration Act 60/2003 and the practice of the Tribunal Supremo on the arbitration exception and the recognition of awards. The institution is placed within its international context through the UNCITRAL Model Law, the New York Convention, and a focused comparison with Peruvian law and leading common law authorities. The recognised limits of the principle and its relationship with Kompetenz-Kompetenz are also identified, underscoring the functional dimension of separability as a safeguard for the effectiveness of arbitration.

Keywords

Separability / Arbitration agreement / Autonomy of the arbitration clause / Kompetenz-Kompetenz / Arbitration Act 60/2003 / UNCITRAL Model Law / Legislative Decree 1071.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje descansa sobre una premisa que, siendo hoy casi axiomática, costó décadas de elaboración doctrinal y jurisprudencial. El convenio arbitral constituye la pieza sobre la que se erige toda la institución y, como se ha señalado, «El convenio arbitral es el pacto del que surge el arbitraje, esto es, la piedra angular de éste»². La cláusula por la que las partes someten sus controversias a árbitros posee, por ello, una existencia jurídica diferenciada del contrato en el que habitualmente se inserta. Esta idea, conocida como principio de separabilidad, autonomía o independencia del convenio arbitral, implica que la invalidez, la ineficacia o la inexistencia del contrato principal no arrastran necesariamente consigo la cláusula compromisoria, cuya suerte ha de juzgarse con arreglo a sus propios presupuestos de validez.

La importancia práctica de esta construcción resulta difícil de exagerar. Sin separabilidad, bastaría a cualquier parte invocar un vicio del contrato principal para desactivar la voluntad de arbitrar, de modo que el mecanismo arbitral quedaría a merced de una impugnación estratégica formulada con el solo propósito de eludir la jurisdicción pactada. La separabilidad opera, por tanto, como instrumento de protección funcional del arbitraje, pues disocia la cláusula arbitral de las vicisitudes que puedan afectar al negocio jurídico subyacente y asegura que la voluntad de someter las disputas a arbitraje reciba tutela autónoma.³

El Derecho español incorporó formalmente la regla con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), cuyo artículo 22.1 dispone que el convenio arbitral inserto en un contrato se considerará «un acuerdo independiente» y que «la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral»⁴. La formulación sigue de cerca el artículo 16.1 de la Ley

2 Martín Muñoz, Alberto e Hierro Anibarro, Santiago. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 274.

3 Sobre la función protectora del principio frente a maniobras dilatorias, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., p. 596.

4 Artículo 22.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo CNUDMI). Conviene advertir, además, que la autonomía del convenio arbitral no es privativa de un sistema jurídico concreto, sino que se ha extendido de manera universal y figura en la generalidad de las legislaciones de arbitraje, hasta constituir una de las manifestaciones más expresivas de la denominada *lex mercatoria*.⁵

El propósito de este trabajo es examinar el principio con el rigor que exige su centralidad en la teoría general del arbitraje. Para ello se parte del fundamento dogmático y de su relación con la regla de la *Kompetenz-Kompetenz*, se recorre la consagración positiva y la práctica jurisprudencial españolas, se delimitan los límites reconocidos del principio y se proyecta el análisis hacia el plano internacional y comparado, con referencia a la Ley Modelo, la Convención de Nueva York, el Decreto Legislativo 1071 del Perú y los pronunciamientos más relevantes del *common law*. A lo largo de la exposición se subraya la dimensión funcional de la separabilidad, esto es, su papel como garantía de operatividad del arbitraje frente a impugnaciones estratégicas del contrato.

II. FUNDAMENTO DOGMÁTICO Y DISTINCIÓN CON LA KOMPETENZ-KOMPETENZ

Toda construcción jurídica arraiga en una justificación teórica que le confiere coherencia interna. En el caso de la separabilidad, el fundamento se ha buscado históricamente en dos direcciones complementarias. La primera atiende a la naturaleza jurídica del convenio arbitral y la segunda a la necesidad funcional de preservar la eficacia del arbitraje.

Desde la primera perspectiva, la doctrina ha insistido en que el convenio arbitral, aun cuando se materialice como cláusula de un contrato más amplio, constituye un negocio jurídico con objeto, causa y consentimiento propios.⁶ No se trata de una estipulación accesoria cuya suerte dependa del negocio principal al modo de las cláusulas penales o las condiciones resolutorias, sino de un acuerdo de naturaleza mixta, sustantiva y procesal, que versa sobre la determinación del mecanismo de resolución de controversias. Su objeto no es la prestación material pactada en el contrato, sino la renuncia a la jurisdicción ordinaria y la atribución de la función decisoria a uno o varios árbitros, y su causa es la voluntad de las partes de obtener una resolución vinculante fuera de la sede judicial. De manera gráfica, se ha dicho que el convenio arbitral funciona como un verdadero contrato dentro de otro contrato más amplio, de suerte que coexisten dos negocios con distinto fundamento y finalidad.⁷ Esta diferencia de objeto y causa permite sostener, sin artificio, que la cláusula arbitral y el contrato que la alberga son negocios jurídicamente diferenciables, aunque se encuentren físicamente unidos en un mismo instrumento.

La segunda línea argumental, de índole funcional o teleológica, subraya que, si la validez de la cláusula dependiera automáticamente de la del contrato, se produciría un círculo vicioso. Las partes habrían pactado que sus disputas sobre el contrato se resolvieran en sede arbitral, pero la más elemental de esas disputas, la relativa a la propia validez del contrato, quedaría sustraída al conocimiento de los árbitros precisamente por la alegación de invalidez. La justificación del principio reside, así, en la radical diferencia de finalidad entre el contrato y el convenio, cuyo objetivo es garantizar que este despliegue

5 Fernández Rozas, José Carlos. «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, núm. 2 (2016), pp. 581-607, esp. p. 581.

6 De Lorenzo Segrelles, Manuel. En Barona Vilar, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2011, comentario al artículo 22.

7 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., esp. p. 587.

plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se pacta.⁸ La Exposición de Motivos de la LA reconoce esta lógica al afirmar que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros pueden pronunciarse incluso sobre la validez del convenio mismo.⁹

No debe confundirse, sin embargo, separabilidad con *Kompetenz-Kompetenz*, aunque ambos principios se refuercen mutuamente. La separabilidad es una regla sustantiva que predica la autonomía jurídica del convenio arbitral, mientras que la *Kompetenz-Kompetenz* es una regla de atribución competencial que permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia, incluida la validez del convenio. Una y otra son convergentes, pues ambas se orientan a la eficacia de los acuerdos de arbitraje, pero no siempre operan conjuntamente, de modo que la resolución de la primera condiciona el resultado de la segunda.¹⁰ La primera hace posible la segunda, ya que, si la cláusula no fuera separable, la mera alegación de nulidad del contrato privaría a los árbitros de toda base para pronunciarse. Cabe imaginar, no obstante, un ordenamiento que reconozca la separabilidad y confíe el control de la validez del convenio en exclusiva a los tribunales estatales, lo que confirma que se trata de categorías conceptualmente distintas. Es la combinación de ambas la que dota al arbitraje de su eficacia operativa plena.

La autonomía del convenio se proyecta, además, en el plano del Derecho internacional privado. Por su contenido procedimental, el convenio posee una conexión propia para la determinación de la ley que lo rige, que puede no coincidir con la aplicable al fondo del contrato. Esta autonomía conflictual explica que el convenio pueda ser válido conforme a su propia ley aun cuando el contrato resulte nulo según la suya, y constituye la vertiente conflictual de la separabilidad. Encuentra reflejo en las normas de conflicto clásicas en la materia, señaladamente en el artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York, que somete el convenio a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje.¹¹ La separabilidad no significa, con todo, una desconexión total entre ambos pactos, pues el tribunal arbitral conserva la potestad de pronunciarse sobre la validez del contrato dentro de su propia competencia.

III. LA SEPARABILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: CONSAGRACIÓN POSITIVA Y PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

El artículo 22.1 de la LA establece lo siguiente: «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 tal 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».¹²

La norma merece ser desglosada. Así, en primer lugar, esta proclama la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, con inclusión de las cuestiones relativas a la existencia o validez del convenio. En segundo lugar, formula la regla de separabilidad en sentido estricto al calificar el convenio como «acuerdo independiente». En tercer lugar, establece una presunción negativa, pues la declaración de nulidad del

8 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., esp. p. 587.

9 Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, apartado V.

10 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., esp. p. 583.

11 Sobre la autonomía conflictual del convenio y el artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., p. 601.

12 Artículo 22.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje (transcripción literal).

contrato no entraña, «por sí sola», la nulidad del convenio arbitral, lo que deja abierta la posibilidad de que, en casos concretos, un vicio sí alcance al convenio cuando le sea propio.

El precepto se inserta de manera consciente en el estándar internacional. Mediante el artículo 22.1 in fine de la Ley 60/2003 se traspuso al ordenamiento español el tenor de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI.¹³ La propia Exposición de Motivos, en su apartado V, subraya que la Ley sigue el modelo de la Ley Modelo CNUDMI y que el reconocimiento de la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia se conecta con el convenio arbitral y con el principio de separabilidad del mismo.¹⁴ El legislador español optó, así, por una recepción explícita y directa del estándar internacional, y evitó formulaciones ambiguas que pudieran dar pie a interpretaciones restrictivas.

Es significativo que la LA no someta la separabilidad a distinción alguna entre arbitraje interno e internacional, pues el artículo 22.1 se aplica por igual a ambas modalidades. Ello contrasta con la evolución de otros ordenamientos, señaladamente el francés, donde la autonomía de la cláusula compromisoria se predicó inicialmente solo del arbitraje internacional y se extendió después al interno.¹⁵ Conviene recordar, además, que la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, predecesora de la vigente, no contenía una formulación expresa de la separabilidad, que la jurisprudencia y la doctrina venían aplicando con apoyo en principios generales y en la naturaleza procesal autónoma de la cláusula. La LA de 2003 representó, en este punto, un avance legislativo indiscutible.¹⁶

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha aplicado la lógica de la autonomía del convenio al resolver sobre la excepción de arbitraje y sobre el reconocimiento de laudos. La Sala Primera, en la sentencia núm. 1219/2007, recordó que el arbitraje internacional se rige en España por el Convenio de Nueva York de 1958 y por el Convenio de Ginebra de 1961, que desplazan el régimen interno en cuanto a la validez, alcance y eficacia del acuerdo arbitral, y que, conforme al artículo II.3 del Convenio de Nueva York, el tribunal estatal ante el que se plantee un litigio cubierto por un acuerdo de arbitraje debe remitir a las partes al arbitraje salvo que compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.¹⁷ La consecuencia práctica es que la validez del convenio se enjuicia de manera diferenciada de la suerte del contrato y de la cuestión de fondo.

Esta misma orientación se aprecia en la jurisprudencia de exequátur de laudos extranjeros, en la que el Tribunal Supremo examina la validez y eficacia del convenio arbitral con autonomía respecto del contrato, conforme a la ley a la que las partes lo sometieron y, en su defecto, a la conexión subsidiaria del artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York. La Sala ha precisado, además, que cuando la cláusula arbitral figura en las condiciones generales del contrato, su validez no exige una aceptación dirigida específicamente a ella, pues basta con la aceptación del contrato considerado en su

13 Sobre la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en la recepción española, puede verse Serrano Pérez, Miguel Ángel. «El arbitraje comercial internacional y la CNUDMI», en *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, R. Pérez Martell (dir.). Barcelona: Bosch, 2019, p. 124.

14 Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, apartado V.

15 Sobre el origen del principio en el Derecho francés (caso Gosset), Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., p. 596.

16 Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988), derogada por la Ley 60/2003.

17 STS (Sala Primera) de 14 de noviembre, núm. 1219/2007, rec. 5108/2000, que aplica los artículos II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 y VI del Convenio Europeo de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

conjunto.¹⁸ Esta doctrina confirma que la cláusula posee un régimen de validez propio, separable del resto del clausulado, y que su control se efectúa con parámetros distintos de los aplicables al contrato.

La articulación entre la competencia arbitral y el control judicial ha sido objeto de un intenso debate doctrinal. Frente a una lectura fuerte de la *Kompetenz-Kompetenz*, que limitaría el examen judicial del convenio a un control *prima facie* y reservaría a los árbitros la primera palabra sobre su competencia, la doctrina mayoritaria entiende que, cuando la validez del convenio se suscita ante el juez, por ejemplo en sede de declinatoria o en la acción de anulación del laudo, este puede realizar un enjuiciamiento pleno de su existencia y validez. Tal posición no niega la separabilidad, sino que modula el reparto de funciones entre la jurisdicción estatal y la arbitral, en coherencia con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. La separabilidad asegura, en todo caso, que la impugnación del contrato no se traduzca de manera automática en la del convenio.¹⁹

IV. LÍMITES DEL PRINCIPIO

La separabilidad no es un dogma absoluto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen supuestos en los que la invalidez del contrato puede alcanzar al convenio arbitral, lo que obliga a delimitar con precisión el perímetro de la regla. Conviene advertir que el propio artículo 22.1 LA, al disponer que la nulidad del contrato no entraña la del convenio «por sí sola», admite implícitamente que existen supuestos en que sí la entraña.

El primer límite, y el más evidente, se produce cuando el vicio alegado afecta directamente al convenio arbitral y no solo al contrato. Si se demuestra que el consentimiento para arbitrar fue obtenido mediante dolo o intimidación dirigidos específicamente a la aceptación de la cláusula compromisoria, la separabilidad no puede servir de escudo, pues es el propio convenio el que adolece de un defecto invalidante.²⁰ La separabilidad protege al convenio de los vicios ajenos, no de los propios.

Un segundo límite, más discutido, surge cuando el vicio que afecta al contrato es de tal naturaleza o gravedad que necesariamente contamina también al convenio arbitral. El ejemplo paradigmático es el de la incapacidad absoluta de una de las partes, pues quien carecía de capacidad para contratar no puede reputarse capaz para comprometerse a arbitrar, de modo que la incapacidad alcanza a todas las estipulaciones del instrumento, incluida la cláusula arbitral.²¹ La cuestión se ha planteado con especial intensidad en los contratos afectados por corrupción o tráfico de influencias. La separabilidad no deja indemne al convenio en todos los casos, pues debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad, en una operación que ni es automática ni sencilla.²² Frente a la aplicación mecánica del principio, una corriente

18 Auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de noviembre de 2001, exequátur del laudo de 10 de febrero de 1995 del Tribunal de Arbitraje de la Cámara Económica y Agraria de la República Checa (asunto Centrotex, S.A. c. Agencia Gestora de Negocios, S.A.), ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Examina la validez del convenio conforme a la ley a la que las partes lo sometieron y, en su defecto, a la conexión del artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York, y admite la validez de la cláusula arbitral inserta en condiciones generales aceptadas con el contrato.

19 Sobre el debate entre la lectura fuerte y la débil de la *Kompetenz-Kompetenz* y el alcance del control judicial, De Lorenzo Segrelles, op. cit., comentario al artículo 22.

20 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3.^a ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021, vol. I, cap. 3. La distinción entre vicios propios del convenio y vicios del contrato se formuló con nitidez en *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388, US 395 (1967).

21 Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, cap. 6, p. 125.

22 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., p. 598.

doctrinal y jurisprudencial aboga por evaluar la gravedad de la ilicitud, como ilustran los asuntos *Westacre* y *Fiona Trust*.²³

Un tercer límite, particularmente debatido, se presenta cuando lo que se alega no es la nulidad del contrato, sino su inexistencia. El artículo 22.1 LA se refiere únicamente a la «nulidad» del contrato y guarda silencio sobre la inexistencia, lo que ha suscitado la discusión doctrinal acerca de si la separabilidad opera cuando el contrato nunca llegó a perfeccionarse por falta de consentimiento. Un sector entiende que la separabilidad presupone la existencia de un contrato del que separar el convenio, de modo que, cuando no hay contrato propiamente dicho, sino meros actos preparatorios, la regla pierde su presupuesto de aplicación. Otro sector defiende su aplicación analógica, por entender que la finalidad de inmunizar la cláusula es predicable también en estos casos. El principio permite que la cláusula sobreviva a la extinción del contrato, pero difícilmente puede insuflar vida a una cláusula que nunca nació. Como se verá, a mi entender, el Derecho peruano cierra normativamente este debate.²⁴

Un cuarto límite, de creciente relevancia, proviene del Derecho de consumo. En España, cuando la cláusula arbitral se inserta en un contrato con consumidores mediante condiciones generales de la contratación, su validez queda sujeta al control de abusividad previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.²⁵ La separabilidad no puede invocarse para sustraer la cláusula a dicho control, pues la protección del consumidor constituye un mandato de orden público. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reforzado este límite. La STJUE de 26 de octubre de 2006 (*Mostaza Claro*) estableció que el carácter abusivo de una cláusula arbitral puede apreciarse de oficio por el juez que conoce de la acción de anulación del laudo, aun cuando el consumidor no lo hubiera planteado ante los árbitros.²⁶ La STJUE de 6 de octubre de 2009 (*Asturcom*) amplió esta doctrina al ámbito de la ejecución forzosa.²⁷ Estas resoluciones ponen de manifiesto que la separabilidad cede ante la protección de derechos que el ordenamiento reputa irrenunciables.

V. DIMENSIÓN INTERNACIONAL Y COMPARADA

El artículo 16.1 de la Ley Modelo CNUDMI, adoptada en 1985 y revisada en 2006, constituye la formulación internacional de referencia y dispone lo siguiente: «El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o 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 iure la nulidad de la cláusula compromisoria».²⁸ La coincidencia casi literal con el artículo 22.1 LA no es casual, pues la Exposición de Motivos de la Ley española declara expresamente haberse inspirado en la Ley Modelo, adoptada ya por más de ochenta Estados.²⁹

23 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., pp. 599-600.

24 Sobre el silencio del artículo 22.1 LA respecto de la inexistencia y la discusión sobre su aplicación analógica, De Lorenzo Segrelles, op. cit., comentario al artículo 22.

25 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

26 STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro* c. *Centro Móvil Milenium SL*.

27 STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL* c. *Cristina Rodríguez Nogueira*.

28 Artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (transcripción literal).

29 Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, apartado V.

La Convención de Nueva York de 1958, piedra angular del sistema internacional de reconocimiento y ejecución de laudos, no formula la separabilidad de manera directa, pero la presupone. El artículo II obliga a los Estados a remitir a las partes al arbitraje cuando se plantee ante un tribunal una cuestión cubierta por un acuerdo de arbitraje, «a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable», lo que implica que la validez del acuerdo se examina de manera autónoma.³⁰ A su vez, el artículo V.1.a), al referirse a la ley aplicable al acuerdo de arbitraje como categoría diferenciada de la ley aplicable al fondo, confirma que el convenio tiene existencia jurídica separada. De ahí deriva una consecuencia relevante en el plano del Derecho internacional privado, pues la autonomía del convenio implica que este y el fondo de la controversia puedan regularse por leyes distintas, sin que la nulidad del contrato extienda sus efectos al convenio. La práctica del Tribunal Supremo español confirma esta autonomía conflictual al controlar la validez del convenio conforme a la ley a la que las partes lo sometieron, con independencia de la ley rectora del contrato.³¹

La genealogía comparada del principio tiene jalones bien conocidos. En el ámbito continental, el caso *Gosset* (Cour de cassation, 7 de mayo de 1963) suele citarse como el pronunciamiento fundacional, pues la Cour de cassation declaró que, en materia de arbitraje internacional, la cláusula compromisoria goza de una completa autonomía jurídica, que la excluye de verse afectada por la eventual invalidez del contrato que la contiene.³² En el *common law* estadounidense, la Corte Suprema sentó el principio en *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* (388 U.S. 395, 1967), al sostener que, bajo la Federal Arbitration Act, las alegaciones de fraude en la celebración del contrato, a diferencia de las dirigidas específicamente contra la cláusula arbitral, no sustraen la controversia a los árbitros.³³ En el Derecho inglés, la House of Lords reformuló el principio en *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] UKHL 40, al adoptar una presunción favorable a la competencia arbitral, de modo que, salvo que la cláusula misma adolezca de un vicio específico, debe presumirse que partes racionales quisieron someter a los árbitros todas las disputas derivadas de su relación, incluidas las relativas a la validez del contrato.³⁴

Pese a las diferencias de técnica entre el civil law y el common law, estos pronunciamientos convergen en tres ideas: que la cláusula arbitral tiene identidad propia, que su validez se enjuicia separadamente y que la regla se ordena a impedir maniobras dilatorias dirigidas a frustrar el arbitraje. Esta convergencia, lejos de ser casual, confirma que la separabilidad responde a una necesidad estructural común a todo sistema que tome en serio la eficacia del arbitraje, con independencia de la familia jurídica a la que pertenezca.

El Derecho peruano ofrece un contrapunto de interés, tanto por su formulación normativa como por su desarrollo. El artículo 41, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071, que rige el arbitraje en el Perú desde 2008, dispone lo siguiente: «El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás

30 Artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958).

31 Artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York. Sobre la autonomía conflictual, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., p. 601; y la jurisprudencia de exequátur del Tribunal Supremo citada supra.

32 Cour de cassation (1re Ch. civ.), 7 de mayo de 1963, *Gosset*; sobre su alcance, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., p. 596.

33 *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

34 *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] UKHL 40; cf. Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad...», op. cit., pp. 599-600.

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».³⁵

La comparación con el artículo 22.1 LA revela una diferencia notable. Mientras el legislador español se refiere únicamente a la «nulidad» del contrato, el peruano despliega un catálogo que incluye inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia. En España, la referencia exclusiva a la nulidad ha alimentado el debate sobre si la separabilidad opera cuando lo que se alega es la inexistencia del contrato, debate que el legislador peruano cierra normativamente al mencionarla de forma expresa. La inclusión de la ineficacia, que abarca supuestos como la resolución o la rescisión, amplía además el ámbito de protección de la cláusula más allá de los vicios de validez en sentido estricto. La técnica peruana, más exhaustiva, reduce los márgenes de incertidumbre interpretativa y ofrece, a mi juicio, un modelo del que el legislador español podría extraer enseñanzas en una eventual reforma del artículo 22.1 LA.

En el plano constitucional, el Tribunal Constitucional del Perú se pronunció en la sentencia del Expediente 06167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), que reconoció la jurisdiccionalidad del arbitraje y subrayó la importancia de la *Kompetenz-Kompetenz*, al situar el control judicial en un momento *ex post*, a través de la acción de anulación, y no *ex ante*.³⁶ La Corte Suprema, por su parte, aplicó la separabilidad en la Casación 4579-2012 (Cajamarca), al afirmar que el convenio tiene vida independiente respecto del contrato y que la resolución unilateral de este no sustrae a las partes de lo pactado en el convenio.³⁷ La comparación permite concluir que la separabilidad es funcionalmente equivalente en España y en el Perú, si bien la técnica legislativa peruana ofrece una formulación más completa.

VI. VALORACIÓN CRÍTICA Y TOMA DE POSICIÓN

El examen precedente, de carácter mayoritariamente expositivo, permite ahora fijar una posición propia sobre los puntos en que la doctrina y la práctica no ofrecen una respuesta unívoca. Sostenemos, con toda la humildad posible y como tesis central, que la separabilidad debe entenderse, a nuestro entender, como una regla funcional, y no como una ficción jurídica, de modo que su alcance ha de calibrarse a partir de esa finalidad y no de una autonomía concebida en términos absolutos.

En nuestra opinión, la construcción de la cláusula arbitral como un contrato dentro del contrato tiene un innegable valor descriptivo, pero corre el riesgo de cosificar una autonomía que el ordenamiento solo reconoce en la medida en que sirve a un fin, esto es, impedir que la impugnación del contrato frustre el arbitraje pactado. Entendemos, por ello, que la lectura funcional debería prevalecer sobre la puramente dogmática. De ella se siguen consecuencias prácticas claras. Cuando el vicio invocado no compromete realmente la voluntad de arbitrar, la cláusula debe sobrevivir; cuando sí la compromete, como en los casos de incapacidad, de consentimiento viciado dirigido al propio convenio o de ilicitud que alcanza también al pacto arbitral, la separabilidad cede. La regla no es, así, un axioma, sino un instrumento al servicio de la eficacia del arbitraje.

³⁵ Artículo 41, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071 (Perú, 2008) (transcripción literal).

³⁶ STC Exp. 06167-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, caso Cantuarias Salaverry).

³⁷ Casación 4579-2012, Cajamarca (Corte Suprema del Perú).

Su función no es la de una inmunidad absoluta, sino la de una presunción *iuris tantum* de subsistencia del convenio. Se presume que la invalidez del contrato no arrastra a la cláusula, salvo que se acredite que el vicio se proyecta específicamente sobre ella o que, por su naturaleza, la alcanza necesariamente. Esta lectura, que late en el inciso por sí sola del artículo 22.1 LA, concilia la protección del arbitraje con la evitación de resultados injustos y es preferible a las construcciones que presentan la separabilidad como un dogma incondicionado.

En el debate sobre la inexistencia del contrato, nos inclinamos por admitir la aplicación de la separabilidad también a estos supuestos, por vía analógica, siempre que conste una voluntad real de arbitrar. Negar la regla por el solo hecho de que el contrato no llegó a perfeccionarse confunde dos planos distintos, pues una cosa es que el convenio arbitral no exista, en cuyo caso nada hay que separar, y otra que el contrato principal sea inexistente mientras el acuerdo de arbitrar sí se perfeccionó. La solución preferible, con todo, es de *lege ferenda*. El legislador español debería completar el artículo 22.1 LA siguiendo el modelo del artículo 41.2 del Decreto Legislativo 1071 peruano, que menciona de forma expresa la inexistencia, la anulabilidad y la ineficacia junto a la nulidad. Una reforma de ese tenor eliminaría la incertidumbre actual sin alterar el equilibrio del sistema.³⁸

Respecto del reparto de funciones entre jueces y árbitros, consideramos acertada la opción por un control judicial pleno del convenio cuando la cuestión se suscita ante el juez, pues responde mejor a las exigencias de la tutela judicial efectiva que una deferencia automática hacia los árbitros. Ahora bien, ese control debe ejercerse con cautela para no convertirse, él mismo, en una herramienta dilatoria. La separabilidad y la buena fe procesal exigen que la mera alegación de nulidad del contrato no baste para paralizar el arbitraje y que el examen judicial se concentre en la validez del convenio, no en el fondo del litigio.

En los supuestos de corrupción o tráfico de influencias, compartimos la orientación que rechaza tanto la aplicación mecánica de la separabilidad como su exclusión automática y que impone, en su lugar, una evaluación de la gravedad y del alcance de la ilicitud. Es la solución que mejor cohesiona la integridad del arbitraje con la defensa del orden público, pues evita que la cláusula arbitral sirva de refugio a conductas ilícitas sin renunciar, por ello, a la regla general de autonomía.

Estas tomas de posición no debilitan el principio, sino que lo afinan. La separabilidad gana en legitimidad cuando se la presenta como una regla funcional, dotada de límites coherentes y susceptible de mejora normativa, y no como un dogma inmutable. Sobre esta base se formulan las conclusiones que siguen.

VII. CONCLUSIONES

El recorrido realizado permite formular las siguientes conclusiones.

1. La separabilidad del convenio arbitral es un principio de alcance universal, reconocido por los principales instrumentos internacionales (Ley Modelo CNUDMI, artículo 16.1; Convención de Nueva York, de manera implícita), por los ordenamientos nacionales estudiados (LA 60/2003, artículo 22.1; DL 1071 del Perú, artículo 41.2) y por la jurisprudencia de las más diversas tradiciones (*Gosset*, *Prima*

39 Véase supra el texto del artículo 41, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071 (Perú, 2008), que enuncia expresamente la inexistencia, la anulabilidad y la ineficacia junto a la nulidad.

Paint, Fiona Trust). Su fundamento descansa tanto en la naturaleza jurídica autónoma del convenio como en la necesidad funcional de preservar la eficacia del arbitraje.

2. En el Derecho español, el artículo 22.1 LA positiviza la separabilidad con una formulación que sigue fielmente el artículo 16.1 de la Ley Modelo. El Tribunal Supremo ha aplicado la autonomía del convenio al resolver sobre la excepción de arbitraje y el reconocimiento de laudos, examinando su validez de manera diferenciada de la del contrato y conforme a su propia ley, lo que confirma la vigencia práctica del principio.
3. La separabilidad no es ilimitada. Los vicios que afectan directamente al convenio, los que por su naturaleza se propagan a todas las estipulaciones del contrato, la inexistencia de este como presupuesto lógico de la separación y la protección imperativa del consumidor configuran un catálogo de límites que impide la invocación absolutista del principio.
4. La comparación entre el Derecho español y el peruano muestra que, siendo funcionalmente equivalentes, la técnica legislativa peruana resulta más exhaustiva al incluir de modo expreso la inexistencia, la anulabilidad y la ineficacia junto a la nulidad, lo que sugiere una vía de mejora para el Derecho español.
5. Separabilidad y *Kompetenz-Kompetenz* son principios complementarios pero conceptualmente distintos, y su confusión empobrece el análisis sobre el alcance de cada uno.
6. La dimensión funcional de la separabilidad, esto es, su papel como garantía de operatividad del arbitraje frente a impugnaciones estratégicas del contrato, constituye la razón más poderosa de su universalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3.^a ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021.
- De Lorenzo Segrelles, Manuel. En Barona Vilar, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- Fernández Rozas, José Carlos. «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, núm. 2 (2016): 581-607.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.
- Martín Muñoz, Alberto y Santiago Hierro Anibarro. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.
- Serrano Pérez, Miguel Ángel. «El arbitraje comercial internacional y la CNUDMI». En *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, dirigido por R. Pérez Martell. Barcelona: Bosch, 2019.

Legislación y Tratados Citados

- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
- Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961).
- Decreto Legislativo 1071 (Perú, 2008).
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España).
- Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (España, derogada).
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, revisada en 2006).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (España).

Jurisprudencia citada

- Derecho comparado: Cour de cassation (Francia), Gosset, 7 de mayo de 1963; Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967); Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov [2007] UKHL 40.
- España: STS (Sala Primera) núm. 1219/2007, sobre la excepción de arbitraje y la eficacia de la cláusula arbitral conforme al Convenio de Nueva York; y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de exequátur de laudos extranjeros, sobre el examen autónomo de la validez del convenio arbitral conforme al artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York.
- Perú: STC Exp. 06167-2005-PHC/TC (Cantuarias Salaverry); Casación 4579-2012 (Cajamarca).
- Unión Europea: STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro; STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, Asturcom.