

## Panamá

Recibido: 26 febrero 2016  
Aceptado: 8 junio 2016

Arbitraje, vol. IX, n° 2, 2016, pp. 581–607

### ***Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña***

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS \*

**Sumario:** I. Caracterización del principio de separabilidad o de autonomía. 1. Elementos configuradores de la construcción de un mito arbitral. 2. Justificación. II. Generalización de su empleo. 1. Antecedentes. 2. Proyección en el plano legislativo. 3. Cristalización como principio general. III. Recepción del principio de separabilidad en la práctica panameña. IV. Aplicación, contenido y alcance. 1. Extensión de la autonomía. 2. Límites: contratos concluidos bajo tráfico de influencias. 3. Repercusiones en el plano de la ley aplicable. IV. El asunto *Ministerio de la Presidencia (Panamá) / Selex Es S.P.A* como test de verificación.

**Resumen:** Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña

La autonomía del convenio arbitral respecto del contrato en el que se inserta es un principio que no es privativo de un determinado sistema jurídico, sino que se ha extendido universalmente, figurando en la generalidad de las legislaciones de arbitraje, y constituyendo una de las manifestaciones más expresivas de la denominada *lex mercatoria*. Cuestión distinta es la determinación de su contenido en determinados supuestos, sobre todo vinculados a los contratos celebrados con indicios de corrupción, que ha dado lugar a un amplio debate. Los razonamientos vertidos hasta este momento en dicho debate encuentran reflejo directo en el asunto *Ministerio de la Presidencia (Panamá) / Selex Es S.P.A* iniciado el 31 julio 2015 ante la jurisdicción panameña. Nuestra pretensión es utilizar los hechos para verificar que el tema objeto de consideración no es un mero ejercicio retórico sino un excelente test para comprobar cuál es el estado del principio de separabilidad.

**Palabras clave:** CONVENIO DE ARBITRAJE — SEPARABILIDAD DEL CONTRATO PRINCIPAL— COMPETENCIA—COMPETENCIA — RELACIONES JUECES Y ÁRBITROS — PANAMÁ.

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*.

*Abstract: On the Admission of Separability or Autonomy of the Arbitration Clause with Respect to the main Contract: a Test of the Panamanian Practice*

*The autonomy of the arbitration agreement as regards the contract in which it is inserted is a principle that is not exclusive to a particular legal system, but has universally widespread, appearing in the generality of the laws of arbitration, and constituting one of the manifestations more expressive of the so-called *lex mercatoria*. A different issue is the determination of its content in certain cases, especially related to contracts with evidence of corruption, which has led to a wide debate. The reasoning discharges so far in this debate are direct reflection on the affair Presidency Ministry (Panama) / Selex is S.p.A. initiated July 31, 2015 before the Panamanian jurisdiction. Our aim is to use the facts to verify that the subject under consideration is not a mere rhetorical exercise but an excellent test to check the status of the principle of separability.*

*Keywords: ARBITRATION AGREEMENT - SEPARABILITY OF CONTRACT - COMPETENCE-COMPETENCE - RELATIONSHIP BETWEEN ARBITRAL COURTS AND JUDICIAL COURTS - PANAMA.*

## **I. Caracterización del principio de separabilidad o de autonomía**

### *1. Elementos configuradores de la construcción de un mito arbitral*

1. Resulta habitual que los contratos sean el resultado de una negociación ardua y sostenida en el tiempo, con intervención directa de los representantes de quienes contratan y redactan su texto, con el debido asesoramiento técnico, de modo que la negociación es libre y el convenio arbitral que decida insertarse es pactado en plano de igualdad entre las partes. Sin embargo no es infrecuente en la práctica que una de las partes, preferentemente el demandado, ignore lo dispuesto en dicho convenio y acuda a los tribunales ordinarios para resolver su controversia, o que en el propio proceso ante árbitros asevere que el contrato que incluye un acuerdo de arbitraje es nulo y, a partir de este hecho, postule la nulidad de la referida cláusula.

Si se aceptase semejante razonamiento la consecuencia sería absolutamente funesta para la institución arbitral misma ya que implicaría la posibilidad de que una parte renuente malogre el arbitraje y, en el caso de que inste a los tribunales ordinarios la determinación de la validez del contrato, les involucre en la determinación del fondo de una controversia arbitral<sup>1</sup>. Esto es, un pleito judicial previo al inicio de un pleito arbitral. Para evitar semejante eventualidad la práctica arbitral se ha pronunciado por conferir a la cláusula un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato y, en función de su diferente objeto, es factible considerar la validez de cláusula arbitral inserta en un contrato nulo. Asimismo la separabilidad comporta que la cláusula arbitral queda transferida en el supuesto de cesión de dere-

---

<sup>1</sup> M. Jalili, "Kompetenz-Kompetenz. Recent US and UK Developments", *J. Int'l Arb.*, vol. 13, n° 4, 1996, pp. 169 ss.

chos u obligaciones derivadas el contrato donde figura; una posición contraria facilitaría la eventual elusión del acuerdo de arbitraje<sup>2</sup>.

De esta suerte la cláusula de arbitraje puede sobrevivir a la expiración del acuerdo principal y, como consecuencia de ello, la nulidad de este último no puede privar de validez a un laudo arbitral. Bien entendido que los árbitros pueden llegar a la conclusión que el convenio arbitral es inexistente o nulo, extendiéndose tal valoración al contrato subyacente<sup>3</sup>.

Partiendo de que las nociones de "separabilidad" y de "competencia-competencia" muchas veces son convergentes, pues ambas están orientadas a la optimización de la eficacia de los acuerdos de arbitraje, y a resguardar la voluntad de las partes de recurrir a la instancia arbitral y no a la justicia estatal, no siempre operan conjuntamente, aunque la resolución de la primera condiciona el resultado de la segunda. La separabilidad está referida esencialmente a que el acuerdo de arbitraje está separado del contrato en el que está inserto, mientras que la determinación de la competencia está centrada en los poderes de los árbitros para poder resolver el litigio. Si bien ambos instrumentos han sido reconocidos internacionalmente con carácter simultáneo, su consideración dogmática ha caminado por distintos derroteros<sup>4</sup>.

2. Con carácter introductorio puede afirmarse que el acuerdo de arbitraje se refiere a las cuestiones relacionadas únicamente con la eventual solución de controversias futuras, mientras que el contrato principal comprende los derechos sustantivos y obligaciones de las partes en su relación contractual, esto es, regula las cuestiones de fondo. El acuerdo de arbitraje y posee un carácter exclusivamente procedimental (no jurisdiccional) y es precisamente este carácter lo que justifica su independencia y autonomía frente a las otras cláusulas del contrato englobadas en lo que se conoce como "autonomía material"<sup>5</sup>. A partir de aquí, cobra sentido la acción del denominado "principio de separabilidad" (o de "autonomía" según una terminología más reciente) al determinar que el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere, o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas<sup>6</sup> y, desde este momento, cualquier objeción a la

---

<sup>2</sup> R.J. Caivano, "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene", *Revista de Derecho Privado*, IJ-UNAM, 2012, pp. 3-53.

<sup>3</sup> En la jurisprudencia española *vid.*: STSJ Cataluña CP 16 abril 2015, FJ 4, nº 2, Roj: STSJ CAT 3086/2015 – ECLI:ES:TSJCAT:2015:3086; STSJ Madrid CP 16 febrero 2016, FJ 2, JUR\2016\79301.

<sup>4</sup> R.H. Smith, "Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?", *Am. Rev. Int'l Arb.*, 19, 2002, pp.13 ss.

<sup>5</sup> J.-B. Racine, "Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 2005, pp. 305 ss, esp. p. 313; P. Leboulanger, "The Arbitration Agreement: Still Autonomous?", *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (A.J. Van den Berg, ed.), ICCA Congress Series 2006, Montreal, (Kluwer Law International, 2007, pp. 3-31.

<sup>6</sup> Dentro de la amplia doctrina existente sobre este principio *vid.*: J.A. Rosen, "Arbitration under Private International Law: the Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence", *Fordham Int. L. J.*, vol. 17, 1994, nº 3, pp. 599-665; P. Mayer, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1998, pp. 359-368; A. Samuel, "Separability of Arbitration Clauses. Some Awkward Questions About the Law on Contracts, Conflict of Laws and the Administration of

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 contrato<sup>7</sup>. Ese principio forma parte de un entramado derivado de la práctica que repercute cuando la cláusula de arbitraje sigue siendo vinculante a pesar de la invalidez, terminación o rescisión del contrato<sup>8</sup>.

La autonomía propugnada no significa, sin embargo, la desconexión total del acuerdo de arbitraje respecto de contrato principal, pues el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad favorece, en verdad, el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución, cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto<sup>9</sup>; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad del convenio arbitral.

3. La discusión principal se centra en el siguiente interrogante: ¿una cláusula compromisoria debe quedar comprendida en la eventual nulidad o ilicitud del contrato que la contiene? Una respuesta simplista puede inclinarse hacia una respuesta afirmativa en el sentido de que lo accesorio sigue la misma suerte que lo principal, y así lo ha entendido cierta jurisprudencia<sup>10</sup>

---

Justice", *Arb'n & Disp. Res. L. J.*, vol. 9, 2000, ps. 36 ss; P.F. Schlosser, "The Separability of Arbitration Agreements: a Model for Jurisdiction and Venue Agreements?", *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2004, pp. 305-324; J.C. Fernández Rozas, "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pp. 697-725, esp. 714-724; M. McNeill y B. Juratowitch, "The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate", *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 475 ss; R.J. Caivano, "La separabilidad de la cláusula arbitral", *La Ley*, Uruguay, n° 12, 2011, pp. 1643-1672; P. Landolt "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *J. Int'l Arb.*, vol. 30, n° 5 2013, pp. 511-530; F. Solimene, "The Doctrines of 'Kompetenz-Kompetenz' and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration", *Arbitration*, vol. 80, n° 3, 2014, pp. 249-255.

<sup>7</sup> En Colombia la Corte Constitucional en la Sentencia C-248 de 1999 (*MP Eduardo Cifuentes Muñoz*), declaró la constitucionalidad del parágrafo del art. 116 de la Ley 446 de 1998 partiendo del carácter autónomo de la cláusula compromisoria. Autonomía según la cual, puede un tribunal de arbitraje creado con base en un cláusula compromisoria, debatir la existencia y la validez del contrato y su decisión será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-248-99.htm>.

<sup>8</sup> *Harbour Assurance Co. (U K) v. Kansa Gen. Int'l Ins. Co.*, 1 Lloyds Rep. 81 (Q.B. 1992). Vid. A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p.26.

<sup>9</sup> M. Virgós Soriano, "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n° 14, 2006, pp. 13-28.

<sup>10</sup> Precedentes de tal actitud no faltan, sobre todo cuando entra en juego el orden público; tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 21 febrero 2006 (*Buckeye Check Casting, Inc. / Jhon Cardegna e Donna Reuter*), que abrió una peligrosa puerta al afirmar una separabilidad que había ido afirmada en la jurisprudencia anterior (546 U.S. 440 (2006)); <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/04-1264.pdf>). Vid. la nota de A. Atteritano. "La tutela della volontà compromisoria delle parti e il rispetto dell'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale". *Riv. arb.*, vol. XVI, 2006, pp. 522-529; S. Ware, "Arbitration

que, hoy día, no se ha generalizado debido a las necesidades del comercio y, más precisamente, del comercio internacional. Nos hallamos ante una orientación que, aunque gestada en sistemas que cuentan con plazas de arbitraje internacional de relevancia, se ha extendido con carácter universal configurando, como se desarrollará más adelante, un verdadero principio de Derecho de los negocios internacionales.

Resultarían superfluas muchas causales de anulación si, en el examen del convenio arbitral, hubiera que atender y repercutir las anomalías o vicios denunciados en el laudo respecto de la cuestión sometida a arbitraje o respecto de la forma en que se ha desarrollado el arbitraje hasta pronunciarse dicho laudo. Sería ilógico celebrar el pacto arbitral si éste no fuera independiente del contrato, ya que el tribunal arbitral debe decidir bien en Derecho o en equidad las controversias de carácter arbitrable. Dicho en otros términos, el convenio arbitral sigue siendo válido y el árbitro no pierde su competencia para resolver la controversia entre las partes contratantes, no obstante la nulidad o ilicitud del contrato en que se inserta la cláusula arbitral. Implica pues la separabilidad del convenio arbitral que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que le afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral.

Por consiguiente, el acuerdo arbitral “en virtud de su contenido procedimental y con independencia de la forma de su conclusión, es autónomo en relación con el contrato de carácter sustantivo legal”<sup>11</sup>. Este carácter autónomo o accesorio se registra en otras cláusulas contractuales como la “cláusula atributiva de competencia” (también desde de dimensión procedimental)<sup>12</sup> o la cláusula que determina la ley rectora del contrato (autonomía conflictual)<sup>13</sup>.

4. Una construcción doctrinal como la expuesta, que da lugar a uno de los mitos mayormente aceptados en el arbitraje<sup>14</sup>, coincide actualmente en que el acuerdo arbitral goza de cierta autonomía respecto del contrato principal en el que se inserta, a raíz de lo cual sufre las vicisitudes propias de aquel, lo que no

---

Law's Separability Doctrine After *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*”, *Nevada L.J.*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 107-134.

<sup>11</sup> Laudo de la *International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation* (ICAC), Caso No. 109/1980, 9 julio 1984 (*All-Union Foreign Trade Association “Soyuznefteexport” v. JOC Oil Limited*), *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XVIII, 1993, p. 92.

<sup>12</sup> La cláusula de elección de foro y la cláusula de arbitraje presentan una naturaleza muy pareja. Ambas muestran una estructura mixta, contractual por su origen y procesal por los efectos que producen, y ambas incorporan un mecanismo de atribución de competencia: la cláusula de elección de foro a un Tribunal de la jurisdicción ordinaria que en principio no es competente, y la cláusula de arbitraje a los árbitros. *Vid.* C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modele pour la clause attributive de jurisdiction?*, París, LGDJ, 1995.

<sup>13</sup> P. Mayer, “Les limites de la séparabilité...”, *loc. cit.*, p. 364.

<sup>14</sup> *Cf.* A. Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, París, L'Harmattan, 2011, pp. 17 ss.

significa que dicho acuerdo sea un contrato autosuficiente. En su virtud, la eficacia del arbitraje no se vería afectada por aquellas causales en virtud de las cuales pueda impugnarse la validez del contrato. Se ha dicho, para ilustrar este planteamiento, que la cláusula arbitral no es una mera cláusula accesorio de aquél, sino que se comporta como un verdadero contrato dentro de otro contrato más amplio. Como consecuencia de esto, y entroncado al principio de competencia—competencia<sup>15</sup>, los árbitros tienen autoridad no solo para determinar su propia competencia sino además la validez o existencia del contrato.

Con ello se da respuesta al interrogante de si un tribunal de arbitraje está facultado para resolver el fondo de la controversia cuando alguna de las partes alega la nulidad o la invalidez del negocio jurídico principal que le sirve de soporte o el cual contiene el pacto arbitral. A partir de aquí, la construcción que avala la separación del pacto arbitral frente al contrato principal permite resolver dicho interrogante de forma afirmativa. De hecho, la doctrina de la autonomía del pacto arbitral considera es una ficción jurídica que pretende distinguir los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que experimente el acuerdo arbitral, lo que le faculta al tribunal arbitral a resolver el fondo del asunto.

5. No será factible impugnar la validez del acuerdo de arbitraje con fundamento en que el contrato principal no es válido o de que el acuerdo de arbitraje se refiere a una controversia que aún no ha surgido, favoreciendo esta construcción el desarrollo del arbitraje al aseverar que este procedimiento sea siempre el método de solución, con independencia de las circunstancias que afecten al contrato en el que se inserta la cláusula arbitral. Consecuentemente, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad del convenio arbitral.

Esa diferenciación supone que mientras los motivos de nulidad o de invalidez que se invoquen se refieran al convenio principal, al que se haya incorporado el pacto arbitral como accesorio, no hay razón especial para que trasciendan a éste y que produzcan algún efecto sobre el mismo; y ello, a su vez supone, que al quedar excluida *a priori* la nulidad del pacto arbitral será precisamente el árbitro el competente para resolver sobre la validez o nulidad del convenio principal, como cuestión de prioridad lógica a cualquier otra pretensión de las partes y sólo en casos muy excepcionales exenta de la competencia arbitral.

De ello se infiere que el alcance del principio de separabilidad posee una proyección directa en relación con los poderes de los árbitros. Su aplicación otorga competencia al tribunal arbitral a pesar de la inoperancia potencial del acuerdo principal o a pesar de la inoperatividad declarada del acuerdo principal. Semejante extensión opera no sólo en lo que respecta a la cuestión de si el acuerdo principal es inoperante, sino también en lo relativo a

---

<sup>15</sup> Nociones confundidas con frecuencia. *Vid.* la interrelación entre ambos postulados en J.A. Rosen, "Arbitration under Private International Law...", *loc. cit.*, pp. 599 ss.

las reclamaciones potencialmente sobrevivientes de la inoperatividad del acuerdo principal, concretadas principalmente en la restitución y en la responsabilidad civil.

## 2. Justificación

6. La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se pacta. Se garantiza así la integridad del arbitraje, evitando que las partes puedan prescindir con facilidad de las obligaciones fijadas en el acuerdo<sup>16</sup> y se posibilita que el tribunal arbitral dé una respuesta al reto a su jurisdicción postulado por una de las partes<sup>17</sup>.

Cabe insistir en que la nulidad del contrato no significa *per se* la del convenio, ni tampoco su inexistencia, ni su caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la oportuna eficacia del convenio arbitral<sup>18</sup>.

De manera más gráfica se apunta a que esta cláusula no es otra cosa que un "contrato dentro de otro contrato"<sup>19</sup>; dicho en otros términos, el convenio arbitral es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Coexistirían, pues, dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes (autonomía material y autonomía para ordenar conflictos futuros)<sup>20</sup>. De suerte que la autonomía de la cláusula

<sup>16</sup> J. A. Rosen, "Arbitration under Private International Law...", *loc. cit.*, p. 601.

<sup>17</sup> Cf. S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publication Ltd., 1987, p. 1.

<sup>18</sup> En España, de conformidad con la STS 1ª 9 julio 2007 "la nulidad del contrato o instrumento (...) en los que se contenga el convenio arbitral, no comporta por sí misma la nulidad de éste, que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles, al margen del juicio que merezca la solicitud de declaración de nulidad de aquel acto o instrumento en que se contiene, pues anticipar un juicio de nulidad sobre el negocio jurídico en su conjunto y extenderlo a la cláusula arbitral comportaría (...), incurrir en una petición de principio" (E. Verdera, J.C. Fernández Rozas, J.M. Beneyto y G. Stampa, *Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson—Reuters, 2013 —en adelante *JEA*—, nº 505).

<sup>19</sup> Esta jurisprudencia está confirmada en Francia por dos importantes decisiones: *Cour de cassation, Civ., 2ème*, Sentencia de 4 abril 2002 (*S.A. Barbot SM / Société Bouygues Bâtiments et autres*); *Cour de cassation, Com.*, Sentencia de 9 abril 2002 (*Toulousey / SNC Philam*).

<sup>20</sup> También en España la SAP Las Palmas 4ª 23 marzo 2009 afirmó, a este respecto, que "Se configura así el convenio arbitral como un negocio jurídico distinto e independiente del contrato en que se inserta. Es decir el convenio arbitral sigue siendo válido y el árbitro no pierde su competencia para resolver la controversia entre las partes contratantes, no obstante la nulidad del contrato en que se inserta la cláusula arbitral. No afectaría ni a la competencia del árbitro ni al contenido del laudo arbitral el hecho de que el contrato en que se inserta el convenio arbitral fuera nulo porque el árbitro debía

compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes<sup>21</sup>.

Además, ello comporta, desde la perspectiva del Derecho aplicable, que la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico<sup>22</sup>.

## II. Generalización de su empleo

### 1. Antecedentes

7. La admisión del postulado de la separabilidad cuenta con importantes precedentes tanto en el marco del arbitraje transnacional, en concreto de los arbitrajes petroleros<sup>23</sup>, como en la jurisprudencia de los Estados, pródiga en argumentos favorables a dicha admisión que se han desarrollado tanto en los sistemas de *civil law* como del *common law*. Como muestra cabe referirse a la jurisprudencia francesa, norteamericana e inglesa.

Resulta obligado referirse, en Francia, a una práctica consolidada que arranca del pionero asunto *Gosset*<sup>24</sup> y que se refleja en casos relevantes como, entre otros, *Hecht*<sup>25</sup>, *Menicucci*<sup>26</sup> y, aunque en un sentido parcialmente distinto, el asunto *Omenex*<sup>27</sup>.

---

resolver igualmente sobre la restitución y restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los contratantes" (*JAE*, nº 506). *Vid.*, asimismo, STSJ Castilla-La Mancha CP16 enero 2012. JUR 2012\52467.

<sup>21</sup> *Vid. infra*, nº 20.

<sup>22</sup> Cf. J.D. González Campos. "Sobre el convenio de arbitraje en el DIPr español", *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, p. 28. *Vid.* F.E. Klein, "Du caractère autonome de la clause compromissoire, netamment en matière d'arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449-552; J.-P. Ancel, "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire", *Travaux Com. Pr. dr. int. pr. 1991-1992*, París, Pedone, 1994, pp. 75 ss.

<sup>23</sup> Existe numerosa práctica al respecto. Por ejemplo en el asunto *Topco v. Libia*, una de las cuestiones a resolver era si la cláusula de arbitraje contenida en el acta de concesión había sido anulada como consecuencia de la nacionalización efectuada, determinando el árbitro único que la cláusula seguía siendo válida con respaldo en la doctrina de la separabilidad (*Yearb. Comm. Arb.*, pp. 177-187). *Vid.* R.B. Von Mehren y P.N. Kourides, "The Libyan Nationalizations: Topco/Calasiatic v. Libya Arbitration", *Natural Resources Lawyer*, vol. 12, nº2, 1979, pp. 419-434. En una dirección similar cabe referirse al Laudo *ad hoc* de 14 enero 1982, *Elf Aquitaine Iran (Francia) v. National Iranian Oil Company* (*Yearb. Comm. Arb.*, 1986, pp. 97 ss).

<sup>24</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 mayo 1963 (*Établissements R. Gosset c. Sté Carapelli*): "l'accord d'arbitrage, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 615 ss y nota de H. Motusky; *Journ. dr. int.*, 1965, pp. 82 ss y nota de J.-D. Bredin

<sup>25</sup> El principio de autonomía del acuerdo arbitral en el arbitraje internacional fue confirmado por la Sentencia de la *Cour de cassation* 1ª de 4 julio 1972 (*Hecht*): "ayant rappelé le caractère international du contrat liant les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause



El antecedente norteamericano de la doctrina de la separabilidad se remonta a 1959 con el asunto *Robert Lawrence Company, Inc., Plaintiff-appellee, v. Devonshire Fabrics, Inc.*<sup>28</sup>, aunque el de mayor relevancia sea el asunto *Prima Paint*, resuelto en 1967 por la Corte Suprema<sup>29</sup>, cuyo razonamiento fue complementado por la sentencia de la *Court of Appeals (Ninth Circuit)* de 5 febrero 1991 (*Three Valleys v. Hutton*)<sup>30</sup>.

Por último en el Reino Unido destaca el asunto *Harbour vs. Kansa*<sup>31</sup>.

Dichos precedentes se han extendido a otros sistemas, y, muy especialmente, a lo latinoamericanos, incluso con una incipiente práctica arbitral<sup>32</sup>. Pero donde la generalización de la autonomía del convenio de arbitraje encuentra importantes proyecciones es el plano legislativo y en el plano doctrinal.

---

*litigieuse devait en l'espèce recevoir application*" (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, p. 82 ss y nota de P. Level; Ph. Francescakis, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire, après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation", *Rev. arb.*, 1974, pp.67 ss).

<sup>26</sup> Con mayor precisión la Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 13 diciembre 1975 (*Menicucci*) afirmó que: "*compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire, instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique*" (*Rev. arb.*, 1997, pp. 147 ss y nota de Ph. Fouchard)

<sup>27</sup> Según la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 25 octubre 2005 (*Omenex*): "en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent" ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/arret\\_n\\_616.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_616.html)).

<sup>28</sup> 271 F.2d 402 (2d Cir. 1959; <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/271/402/27056/>).

<sup>29</sup> US Supreme Court, 12 junio 1967, *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395 (1967); *Vid.* R. Coulson, "Prima Paint: an Arbitration Milestone", *Business Lawyer*, vol. 23, n° 1, 1967, pp. 241–248.

<sup>30</sup> 925 F.2d 1136 (9th Cir. 1991).

<sup>31</sup> En el asunto *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Assurance Co Ltd and others*, *cit.* [1993] 3 All ER 897, los demandantes acudieron a la jurisdicción argumentando que el contrato controvertido, que incluía una cláusula de arbitraje era ilegal. La *High Court* en 1992 y un año después la *Court of Appeal* hicieron prevalecer la cláusula de arbitraje, colocando así al sistema británico en la línea que se está examinando. De acuerdo con la Corte: "*Once it became accepted that the arbitration clause is a separate agreement, ancillary to the contract, the logical impediment to referring an issue of the invalidity of the contract to arbitration disappears. Provided that the arbitration clause itself is not directly impeached (e.g. by a non est factum plea), the arbitration agreement is as a matter of principled legal theory capable of surviving the invalidity of the contract*". *Vid.* P. Gross, "Separability Comes of Age in England: Harbour v. Kansa and Clause 3 of the Draft Bill", *Arb. Intl.*, vol. 11, 1995, pp. 85 ss.

<sup>32</sup> Resulta ilustrativa en la República Dominicana la Sentencia Suprema Corte de Justicia 13 diciembre 2006 (*Bratex Dominicana, C. por A., vs. VF Playwear Dominicana, C. por A.*), que afirmó con rotundidad que "poco importa que el contrato que ha sido afectado con dicha cláusula arbitral haya llegado a su término en el tiempo, pues la cláusula arbitral con que éste ha sido gravado mantiene su vigencia para todos los inconvenientes que surjan con la ejecución del mismo". Este planteamiento sería reforzado por la Sentencia de la Suprema Corte 28 enero 2009 (*Dotel, Thelma vs. Seguros la Antillana, S.A.*). *Vid.* J.C. Fernández Rozas y N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Ed. Funglode, 2013.

## 2. Proyección en el plano legislativo

8. Aunque las convenciones internacionales reguladoras del arbitraje (Nueva York, Ginebra, Panamá, Montevideo o Washington) guarden, en general, silencio sobre el tema los comentaristas ha querido ver que el postulado de la separabilidad está de alguna manera presente. Concretamente a partir de la interpretación de los arts. II.1º y 2º y V.1º de la Convención de Nueva York de 1959 y de los arts. I.2º a), V y VI de la Convención de Ginebra de 1961<sup>33</sup>. También la Convención de Panamá de 1975 registra el postulado por vía de remisión<sup>34</sup>. Y esta tendencia admite inflexiones pues, por ejemplo el Tratado de la OHADA de 1999 para los Estados africanos contempla esta materia<sup>35</sup>.

9. De lo que no cabe duda alguna es que la autonomía del convenio arbitral, vinculada al principio de la competencia–competencia, está reconocida en la generalidad de las normativas de arbitraje a partir de lo dispuesto en la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en el sentido de que “la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato” (art. 16.1º).

Como muestra en España el art. 22.1º, *in fine* LA dispone que “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”<sup>36</sup>. También es admitida en los sistemas que no se inspiran directamente en dicha Ley Modelo<sup>37</sup>, figurando en los Re-

<sup>33</sup> E. Onyema, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contracts*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2010, p. 20.

<sup>34</sup> La Convención de Panamá de 1975, se remite al Reglamento de Procedimiento de la CIAC en ausencia de acuerdo de las partes, que sí contempla esta eventualidad. *Vid. infra*, nota 28.

<sup>35</sup> El art. 4 del Acta Uniforme de 11 marzo 1999 tras afirmar con carácter general que “*la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal*”, precisa en su párrafo 2º que “*sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat*”. <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-%20AU%20Arbitrage.pdf>.

<sup>36</sup> La Exposición de Motivos de la Ley es sumamente explícita al respecto: “Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral”.

<sup>37</sup> Francia: art. 1447.1º *Code de Procédure Civile* (modificado en 2011): “*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci*”. Reino Unido, *Section 7 Arbitration Act 1996*: “*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*”. Suiza: Ley de DIPr de 1997: art. 178.3º: “*la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable*”; Brasil, art 8 de la Ley nº 9.307, de 23 septiembre 1996, de arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales, al disponer que “la cláusula arbitral es autónoma en relación con el contrato en que estuviere inserta, de tal suerte que la nulidad

glamentos de las principales instituciones administradoras de arbitraje, como el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2013<sup>38</sup>, el de la Comisión interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) de 2008<sup>39</sup>, o el del Reglamento de Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá<sup>40</sup>.

Desde la perspectiva científica cabe añadir la Resolución del *Institut de Droit International* en su sesión de Santiago de Compostela de 1989 sobre “El arbitraje entre Estados, empresas de Estado o entidades estatales y empresas extranjeras”, en cuyo art. 3 se dispone que “*Sauf si la convention d'arbitrage en dispose autrement, les principes généraux suivants s'appliquent: a) la convention d'arbitrage est autonome par rapport à la relation juridique à laquelle elle se réfère (...)*”<sup>41</sup>.

### 3. *Cristalización como principio general*

10. El término “principio”, tal y como se emplea en cualquier contexto jurídico, hace referencia a una regla que expresa una relación ajustada a la realidad. Un principio debe aplicarse de conformidad con su lógica interna pero ha de evitarse que extienda más allá de la coherencia con la que fue establecido, pues puede dar lugar a efectos imprevisibles<sup>42</sup>.

En el caso de la autonomía del convenio arbitral nos hallamos ante un principio que no es privativo de un determinado sistema jurídico, sino que se ha extendido universalmente constituyendo una de las manifestaciones más expresivas de la denominada *lex mercatoria*<sup>43</sup>. La separabilidad es admitida también por los tribunales arbitrales internacionales, tanto en los casos en que se alega que el acuerdo principal ha finalizado como en los supuestos en que no era válido o era inexistente *ab initio*. La práctica arbitral gestada en el

---

de éste no implicará necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria”. Bolivia: art. 11 Ley de arbitraje y conciliación n.º 1770, de 10 marzo 1997: “Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”.

<sup>38</sup> Art. 6.º: “Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones”

<sup>39</sup> Art. 18.2º: “A los efectos de este artículo, una cláusula compromisoria o convenio arbitral que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato”.

<sup>40</sup> Art. 29. “(...) Cuando una cláusula compromisoria forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (...).

<sup>41</sup> [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989\\_comp\\_01\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF). Vid. M. Fallon, “La soixante-quatrième session de l’Institut de Droit International”, *Rev. belge dr. int.*, 1989, pp. 363-376.

<sup>42</sup> P. Landolt, “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, *loc. cit.* pp. 511-530.

<sup>43</sup> M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, París, GNL eds., 1990, p. 845; J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1983, pp. 46 ss.

marco del arbitraje de inversiones es claramente favorable<sup>44</sup> pues, como se señaló en el asunto *Elf v. NIOC*,

"... l'autonomie d'une clause d'arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliqué dans les décisions rendues dans des arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d'arbitrage adoptés par des organisations internationales et dans des traités. Egalement dans des maints pays le principe fait partie du droit national de l'arbitrage"<sup>45</sup>.

Este principio considera que el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas.

Su fundamentación deriva directamente de exigencias del comercio internacional, en orden a la protección del arbitraje como mecanismo eficaz de solución de controversias, asegurando a las partes, muchas veces de diferentes tradiciones legales, la vigencia del acuerdo de arbitraje al margen de las incertidumbres de las leyes nacionales para asegurar su eficacia. Ello tendría la virtud de reforzar sus expectativas garantizando un foro de arbitraje neutral, sin interferencias en relación con el contrato principal.

Esta separabilidad lleva aparejada importantes consecuencias, como posibilitar su inclusión en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado<sup>46</sup>. Por ejemplo, si el contrato principal viola el orden público por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato pero no necesariamente de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, éste sería nulo<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> *Elf Aquitaine Iran (France) v. National Iranian Oil Company* Arbitraje ad hoc 14 febrero 1982, *Yearb. Comm. Arb'n*, 1986, pp. 97 ss, esp. pp. 102 ss; F. Fouchard, "L'arbitrage ELF Aquitaine Iran c/ National Iranian Oil Company : une nouvelle contribution au droit internationale de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1984, pp. 333-359. Vid. *Lena Goldfields v. Soviet Government*, *Cornell L. Q.*, vol. 36, 1930; A. Nussbaum, "The Arbitration Between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government", *ibid.*, pp. 31-53; V.V. Veeder, "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 47, n° 4, 1989, pp. 747-792. *Libyan American Oil Company (Liamco) (USA) v. Libyan Arab Republic*: "il est généralement admis en pratique et en droit international qu'une clause d'arbitrage survit à la résiliation unilatérale par l'état du contrat où elle figure et qu'elle reste en vigueur même postérieurement à cette résiliation", *Rev. arb.*, 1980, pp. 132-191.

<sup>45</sup> Laudo ad hoc de 14 enero 1982, (*Elf Aquitaine Iran (France) v. National Iranian Oil Company*), *Yearb. Comm. Arb.*, 1986, pp. 97 ss, esp. p. 102; *Rev. arb.*, 1984, pp. 401 ss y nota de Ph. Fouchard.

<sup>46</sup> Ch. Seraglini, en *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjunçq, dirs.) París, 2005, pp. 878-881; J. Kleinheisteramp, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005, pp. 130-133.

<sup>47</sup> *V.gr.*, en Francia la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 diciembre 1988 declaró la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato que no había entrado en vigor entendiendo que la controversia que oponía a las partes se relacionaba, precisamente, con su conclusión. *Rev. arb.*, 1989, p. 641.

### III. Recepción del principio de separabilidad en la práctica panameña

11. En Panamá, el art. 11.7° del derogado Decreto–Ley n° 5 de 8 julio 1999 fue un fiel reflejo de este postulado al matizar en torno a los efectos del convenio arbitral que “se entiende la separación del contrato principal y del convenio arbitral a él incorporado, de forma que, en su caso, la nulidad de aquél no comportará necesariamente la de este último”. Como ha puesto de relieve J.C. Araúz Ramos<sup>48</sup>, la jurisprudencia panameña fue consecuente con este enunciado, generalizado en los sistemas de arbitraje modernos, como puso de manifiesto la Sentencia CSJ 16 diciembre 2005 (*Isthmus Crossing Services, Inc. / Compañía del Ferrocarril Transístmico, Panama Canal Railway Company*)<sup>49</sup> y confirmó la Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 11 marzo 2009 (*Fundación Raznher y otros contra Banco Atlántico Panamá, S.A., ahora Banco General, S.A.*) con un razonamiento inequívoco: “la cláusula arbitral o convenio arbitral goza de autonomía e independencia de la relación sustancial, autonomía que hace que conserve su eficacia jurídica, independientemente que el contrato que lo origine sea inexistente”<sup>50</sup>.

La Sentencia CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 26 agosto 2009 (*Telecarrier Inc. contra Interdotnet Inc.*) dejó consolidado el postulado de la separabilidad al afirmar que

“... es bueno precisar que dentro del arbitraje existen dos convenios o contratos. Primero: el contrato principal, que es la obligación que adquieren las partes frente a terceros con el fin de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Segundo: el convenio arbitral, que es la cláusula o compromiso arbitral, adscrita al contrato o suscrita posterior a éste, donde las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto entre ellas, en razón del contrato celebrado (...) Esta cláusula compromisoria que forma parte del contrato, es un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato propiamente tal y en caso de una declaración de nulidad del contrato dicha actuación no acarrea la extinción de la cláusula compromisoria”<sup>51</sup>.

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina, la validez del acuerdo de arbitraje no podrá ser impugnada sobre la base de que el contrato principal no es válido o de que el acuerdo de arbitraje se refiere a una controversia que aún no ha surgido.

12. Curiosamente la Ley 131, de 31 diciembre 2013, que regula el arbitraje nacional e internacional y dicta otra disposición, pese a inspirarse directamente en la Ley Modelo Uncitral ha omitido la inclusión del principio de separabilidad, surgiendo frente al vacío legal la interrogante si la cláusula compromisoria ha de ser considerada como un contrato accesorio que sigue la suerte del principal o si hay separabilidad entre ambos. Se trata de una

<sup>48</sup> J.C. Araúz Ramos, *Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño*, Panamá, M. & P., 2015.

<sup>49</sup> Ponente José A. Troyano, Exp. 482–05.

<sup>50</sup> <http://vlex.com.pa/vid/sentencia-cuarta-negocios-generales-58354037>.

<sup>51</sup> <http://vlex.com.pa/vid/sentencia-cuarta-negocios-generales-67961736>.

omisión inexplicable, pues las leyes elaboradas recientemente en otros países del entorno latinoamericano, y en un marco de aceptación generalizada del arbitraje en su máxima expresión, no han incurrido en semejante silencio e, incluso, se han cuidado de regular sus pormenores<sup>52</sup>.

Pero debe tenerse en cuenta que en su articulado existen dos preceptos que suplen esta laguna:

i) El art. 7 relativo a las “reglas específicas de interpretación” establece en su párrafo 2º que cuando una disposición de la Ley “Se refiera al acuerdo arbitral o a cualquier acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido”, de manera que si en el Reglamento en cuestión se contempla el postulado la separabilidad este tendrá plena aplicación con independencia de que correspondiente Ley de arbitraje guarde silencio sobre esta cuestión.

ii) El art. 6 dispone que “En la interpretación de la presente Ley, habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”, añadiendo su párrafo 2º que “Las cuestiones que se rigen por la presente ley se dirimirán de conformidad con los principios generales del arbitraje”. Evidentemente si algún principio general del arbitraje se ha consolidado en la práctica es el denominado “principio de separabilidad” que, junto con otros como en de la competencia—competencia coadyuva a promover y mantener

---

<sup>52</sup> Costa Rica: Ley n° 8937 sobre arbitraje comercial internacional de 27 abril 2011: Art. 16. *Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia*. 1º. 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. Para esos efectos, 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 (...). Perú: Decreto legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, de 27 junio de 2008: Art. 41. *Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral*. (...) 2. 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”. República Dominicana: Ley n° 489-08 sobre Arbitraje Comercial, publicada el 30 diciembre 2008: Art. 11. *Autonomía del convenio arbitral*. 1) Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. 2) En consecuencia, la inexistencia, nulidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. Los árbitros pueden decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que puede versar, inclusive, sobre los vicios que afecten el contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral. 3) Sin perjuicio de lo anterior, cuando la nulidad completa de un contrato procede de una sentencia judicial con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, el convenio arbitral no subsistirá”.

la confianza en la institución arbitral expandiendo la competencia de los árbitros y protegiendo la libertad de árbitros y partes en el Derecho aplicable al fondo de la controversia.

#### IV. Aplicación, contenido y alcance

##### 1. Extensión de la autonomía

13. Existe una necesidad práctica perentoria de desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. No es una novedad que los actos nulos en el comercio internacional pueden producir determinados efectos que deben ser regulados necesariamente<sup>53</sup>. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método de resolver esa concreta controversia es el arbitraje, al que no le afecta la causa de nulidad necesariamente.

El convenio arbitral no precisa aparecer en el mismo contrato al que puede verse aplicado, al menos en todos aquellos casos en que pueda inferirse que existió una voluntad común y relacionada de pactar diversos negocios jurídicos<sup>54</sup>. Es habitual que los árbitros procedan a una evaluación conjunta de las relaciones comerciales generadas entre las partes cuando éstas se encuentran vinculadas por medio de contratos relacionados entre sí, para comprobar, en cada supuesto concreto, si el convenio arbitral ha circulado por la posible cadena contractual<sup>55</sup>. Si tal vinculación tiene probabilidad de existir, el convenio arbitral debe considerarse aplicable, precisamente, a la determinación de la intensidad con que aparece el vínculo, a los fines de poder establecer las consecuencias exactas de su eventual nulidad; al fin y al cabo es una función que incumbe al tribunal arbitral sin que ello suponga la extensión de la competencia atribuida por las partes, pues está obligado a solucionar esta duda razonable, vistas las alegaciones efectuadas y practicada la prueba, por afectar sustancialmente a la cuestión de fondo suscitada. Dicho en otros términos, la necesidad de dar solución de

---

<sup>53</sup> Como determinó el árbitro B. Gomard en el laudo *ad hoc* de 14 enero 1982, *Elf Aquitaine / National Iranian Oil Co.*, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XI, 1986, pp. 97–105, procede al arbitraje aunque el contrato fuera nulo y sin efectos. Precisamente lo necesario en ese momento era determinar las responsabilidades y consecuencias de la referida nulidad.

<sup>54</sup> Nada ilustra con mayor claridad que el Laudo CCI n° 7626 de 1995 (*Technical know-how P, / Engineer / Seller A.*, J.A. Arnáez e Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1996–2000*, pp. 119–134) donde los árbitros se suscitaron, precisamente, el enjuiciamiento de varios pactos suscritos entre las partes con muy diferente finalidad, llegando a la conclusión de que debían enjuiciarlos individualmente en el afán de determinar la intención de las partes al acordar cada uno de ellos en relación con los demás para determinar sus vínculos y sus consecuencias.

<sup>55</sup> Laudo n° 60/1980 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Sofía, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XII, 1987, pp. 84.

fondo, de acuerdo con la previsión de las partes en el convenio arbitral, requiere que se respuesta definitiva a la relación entre los distintos negocios jurídicos establecidos entre ellas.

Teniendo muy en cuenta ciertas reservas, que se vinculan a la admisión del *depeçage* en la contratación internacional, no hay inconveniente en admitir que, *prima facie*, las controversias nacidas de un contrato extinguido, pero que tengan su origen en él, puedan ser sometidas al juicio de árbitros previsto en el acuerdo arbitral que contenía<sup>56</sup>.

14. Contra esta actitud, vez son más los que sostienen con mayor determinación la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal aunque existen determinadas inflexiones<sup>57</sup>. Con ello se evita, debemos insistir en este extremo, que uno de los litigantes por medio de maniobras inequívocamente dilatorias alegue con éxito la nulidad de la cláusula a partir de una acción de nulidad del contrato que la incluye.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en la determinación de las competencias de los árbitros para resolver una determinada controversia: si tal distinción no estuviera claramente establecida la impugnación del contrato entrañaría inexorablemente la impugnación del acuerdo arbitral en tanto los tribunales estatales entiendan de la primera de ellas impidiendo la acción de los árbitros. Ello podría favorecer a un litigante de mala fe pues, para impedir la puesta en marcha de la cláusula compromisoria podría, esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal. Si esto es así el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. De aquí se sigue que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que denota la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> M.P. García Rubio, "El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 diciembre 1988", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988–89, p. 76.

<sup>57</sup> De conformidad con el Laudo CCI n° 1.526, es una regla admitida generalmente en el arbitraje comercial internacional la establecida por la *Cour de Cassation* francesa según la cual la cláusula compromisoria inserta en un contrato o establecida en un acuerdo por separado "tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica", descartándose que pueda verse afectada por una posible invalidez de dicho contrato (*Journ. dr. int.*, 1974, p. 915). Como vimos (*vid. supra* n° 7), la jurisprudencia de referencia arranca, en materia internacional de una Sentencia de 7 mayo 1963 (*Gosset*) (*Cour de Cassation 1<sup>ère</sup> civ, Rev. arb.*, 1963, p. 60 y nota de Ph. Francescakis; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615 y nota de H. Motulsky; *Journ. dr. int.*, 1964, p. 83 y nota de J.–D. Bredin). El problema planteado era si un árbitro designado en virtud de una cláusula compromisoria podía conocer del litigio a pesar de la eventual nulidad del contrato principal o si, a la inversa, el tema concernía de manera exclusiva a la jurisdicción estatal. La *Cour de cassation* optó por la primera hipótesis reafirmando el principio la autonomía de la cláusula compromisoria pese a la ineficacia del acto jurídico donde estaba inserta y, como es comprensible, entendió que la eventual nulidad del contrato principal no arrastraba a la cláusula compromisoria.

<sup>58</sup> Como pusiera de relieve el árbitro único P. Lalive, "resulta superfluo subrayar la naturaleza independiente de la cláusula arbitral y el hecho que la naturaleza de la convención arbitral no cambia por el hecho de que esté sea inserta en un contrato que tenga un objeto diverso (...), en vez de en un



15. La separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias. Si el contrato principal viola el orden público por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, éste sería nulo. Dicha separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado.

Los contenciosos derivados de los acuerdos para-sociales son especialmente proclives a estas cuestiones. Resulta evidente que la autonomía jurídica sustancial del convenio arbitral entraña que aunque se determine, por ejemplo, la caducidad de un pacto de sindicación, el convenio persiste, precisamente, para llegar a determinar el grado de exigibilidad y cumplimiento y, en su caso, fijar sus consecuencias para las partes en litigio. Las causas que pudieran afectar a la pervivencia del pacto de sindicación no son susceptibles de afectar al convenio arbitral, pues la valoración de si la referida caducidad por abandono mutuo y consciente ha concurrido es esencialmente la razón de ser de la previsión de arbitraje; no es dable pretender que la causa que motiva el arbitraje, esto es, cualquier irregularidad en la ejecución o interpretación del pacto, suponga la desaparición del convenio<sup>59</sup>. Tal razonamiento conduciría inexorablemente a la ineficacia de un sinnúmero de arbitrajes.

## 2. Límites: contratos concluidos bajo tráfico de influencias

16. Un postulado de contenido tan amplio, cuya consecuencia esencial es dotar de una suerte de inmunidad a la cláusula arbitral, debe estar sometido a ciertas limitaciones. Se alude con ello a ciertas circunstancias excepcionales como, por ejemplo, que la cláusula no respete el principio de igualdad o que se haya realizado con el empleo de violencia, lo que podría en marcha la acción del orden público<sup>60</sup>. Ciertamente el principio pretende impedir que las partes puedan plantear la nulidad del contrato principal con el único propósito de eludir u obstaculizar su sometimiento a un procedimiento arbitral, ahora bien, pese a su generalizada aceptación, no es infrecuente observar discrepancias en torno a su alcance y a su aplicación en casos concretos<sup>61</sup>. La

---

compromiso separado" (Laudo preliminar CCI n° 1512, de 17 diciembre 1967 (*Dalmia Dairy Industries Ltd. / National Bank of Pakistan*"), *Journ. dr. int.*, 1974, p. 905.

<sup>59</sup> Laudo CCI n° 6519/1991, *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 1065 ss; y arbitraje *ad hoc* *Elf Aquitaine Iran / National Iranian Oil Co* (1982), *Yearb. Comm. Arb'n*, 1986, pp. 97 ss y 102 ss

<sup>60</sup> S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, París, Economica, 2004, p. 302; H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de mondialisation*, París, LGDJ, 2005, p. 45.

<sup>61</sup> P. Mayer, "The Limits of Severability of the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (A.J. Van den Berg, ed.), Kluwer, 1999, pp. 261 ss.

separabilidad se extiende por lo general al acuerdo arbitral que incluido en el contrato, pero la nulidad que puede afectar al mismo no deja indemne en todos los casos a dicho acuerdo; debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad y esta operación ni es automática ni sencilla. Este planteamiento está siendo superado por aquellas posiciones que entienden que los razonamientos puramente formales son a veces engañosos y así se puede afirmar que un contrato nulo sí tiene efectos jurídicos, no sólo los de generar un pleito judicial, o un arbitraje, sino la restitución de las prestaciones, o los daños y perjuicios correspondientes por culpa *in contrahendo*, es decir, la culpa por la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo. Y a esto hay que oponer que la utilización del término "autonomía" podría hacer pensar que la cláusula compromisoria es siempre válida cualquiera que sea la causa de la nulidad que afecte al contrato en el que está inserto.

17. No se trata de negar las bondades de la separabilidad, pero de ahí a establecer el carácter inmutable de la autonomía hay un largo trecho<sup>62</sup>.

i) Dentro de las diversas incidencias del orden público en el arbitraje interesa en este caso apreciar que la formación adecuada del acuerdo de arbitraje no se formula solamente en relación del contrato principal sino también con respecto a la ley de la sede del arbitraje.

ii) Otro límite concreto es el de los efectos de la cláusula arbitral en caso de cesión de contratos<sup>63</sup> o de cesión de créditos. La nulidad del llamado contrato principal y la validez del convenio arbitral no plantea problema alguno cuando su objeto verse sobre relaciones jurídicas que no sean nulas, pero cuando su único objeto es la relación jurídica nula, según una posición muy extendida, la controversia a decidir por el árbitro no puede surgir de la nada, de la inexistencia de lo que carece de efectos jurídico.

iii) Sobre la conformación del postulado de separabilidad ha incidido de manera muy acusada un creciente número de casos de arbitraje internacional en los que se alegaban tráfico de influencias para alcanzar el contrato que más tarde será objeto de controversia. Insistiremos, aunque sea muy brevemente sobre este apartado.

18. La pregunta primaria se vincula en el presente a los denominados contratos de tráfico de influencias llamados, también contratos de corrupción, donde, por ejemplo, un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o de representación con un nacional del país donde se efectuará su operación comercial, aunque el auténtico compromiso de este "asesor-representante"

---

<sup>62</sup> P. Mayer, "Les limites de la séparabilité...", *loc. cit.*, pp. 359-368.

<sup>63</sup> R.J. Caivano, "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene", *loc. cit.*, pp. 3-52.

consiste en facilitarle el contacto con las autoridades internas y entregarles una cantidad de dinero a modo de cohecho<sup>64</sup>.

Un precedente importante fue el asunto *Premium Nafta Products Ltd. v. Fili Shipping Co. Ltd.* donde la Cámara de los Lores determinó ante una acusación de soborno a la hora de redactar el contrato principal, que ello no afectaba a la validez del acuerdo de arbitraje y que debía aplicarse la Sección 7 de la *Arbitration Act* de 1996<sup>65</sup>. No obstante, desde hace unos años se ha alzado una corriente que refuta la validez de la solución arbitral resultante de la impugnación de la validez de algunos contratos públicos detrás de los cuales hay sospechas de soborno o tráfico de influencias. Frente a la acción automática del posulado de la separabilidad, dicha corriente aboga por estudiar las circunstancias de cada caso particular.

Los términos de cuestión se concretan en la posibilidad de que tal actividad reproble sea susceptible de permitir la nulidad del contrato principal y que ello afecte a la cláusula arbitral. Semejante posibilidad puede provenir, por ejemplo, de aquellos supuestos en los que existiendo un contrato de comisión, éste contenga una cláusula de sumisión a arbitraje<sup>66</sup>, o de aquellas situaciones en las que se ha obtenido un contrato público con posterioridad a la existencia y ejecución de un contrato de comisión o de intermediario.

19. No existe una respuesta unánime para estos casos. Un sector aduce que la corrupción debe ser suprimida por contrariar el orden público inter-

---

<sup>64</sup> A ello se refiere el supuesto abordado por el Laudo CCI n° 1110 donde una empresa extranjera se negaba a remunerar a su 'representante' argentino, alegando el objeto ilícito del contrato y el árbitro, al descubrir que se trataba de un cohecho, se declaró incompetente en virtud de "los principios generales según los cuales los árbitros no pueden conocer de litigios de aquella naturaleza". Sostuvo que "los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales". Vid. J.G. Wetter, "Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", *Arb. Int'l.*, vol. 10, n° 3, 1994, p. 277.

<sup>65</sup> De acuerdo con la opinión de Lord Hoffmann, "*But section 7 in my opinion means that they must be treated as having been separately concluded and the arbitration agreement can be invalidated only on a ground which relates to the arbitration agreement and is not merely a consequence of the invalidity of the main agreement*" [2007] UKHL 40, 19.; <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/ship-1.htm>. Vid. M. McNeill y B. Juratowitch, "The Doctrine of Separability...", *loc. cit.*, pp. 475 ss; A. Samuel, "Separability and Construing Arbitration Clauses: The House of Lords Decision in Premium Nafta and the Fiona Trust", *Arb. Int'l.*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 489 ss.

<sup>66</sup> En este caso la posibilidad de existencia de corrupción puede ser investigada por el juez de oficio, como sucedió en el Laudo CCI n° 1110 (*vid. supra*, nota 64) por lo que el juez es quien plantea la cuestión de existencia de corrupción; o es investigada a instancia de parte, cuando una de las partes del proceso arbitral es quien la alega la existencia, en ambos supuestos la pregunta que se suscita es si la naturaleza corrupta del contrato constituye una situación bajo la cual el principio de separabilidad deja de desplegar sus efectos.

nacional<sup>67</sup>. Otro, sin embargo, considera que pese a la evidencia de corrupción ésta no es suficiente para establecer que dicho principio de separabilidad deje de funcionar, y que debe considerarse hasta qué punto la gravedad de la violación puede afectar al principio de separabilidad<sup>68</sup>. En este segundo caso la cuestión nos conduce a evaluar el grado de la ilicitud de tal violación, lo que permitirá la aplicación o no del principio pero partiendo de su mantenimiento, lo que en algunos sistemas supone la defensa a ultranza del mismo<sup>69</sup>.

La tesis de la evaluación de la gravedad del acto de soborno ni es exclusiva del asunto *Westacre* ni queda restringida a los tribunales británicos. A este fallo debe añadirse un asunto que también ha tenido una gran repercusión: el caso *Fiona Trust c. Privalov*. En él, pese a la alegación realizada por la parte demandada de que el contrato había obtenido por la demandante, Fiona Trust, mediante sobornos, el tribunal concluyó que entre el acuerdo de arbitraje y el contrato principal existía una relación en particular, pero dicha cláusula de sometimiento seguía siendo válida, por lo que el arbitraje debía de seguir adelante<sup>70</sup>. Esta misma línea jurisprudencial fue reafirmada, esta vez en Francia, en el asunto *Omenex c. Hugon*<sup>71</sup> donde la *Cour de cassation* francesa consideró que la validez de la cláusula arbitral no quedaba afectada por la nulidad o inexistencia del contrato principal. En definitiva, la cláusula de arbitraje sobrevive y la validez del contrato en su conjunto ha de ser determinado por un árbitro y no por un tribunal de la jurisdicción nacional<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Vid. B.M. Cremades y D. Cairns, "Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making (Money Laundering, Corruption and Fraud)", *Arbitration*, 2003, pp. 65–91; *id.*, "Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators", *Disp. Res. J.*, 2004, pp. 76–86."

<sup>68</sup> *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDRP Holding Company Ltd* [1999] APP.L.R. 05/12. En este asunto la *High Court*, al estudiar el fondo del asunto, dejó claro que el principio de separabilidad e independencia del acuerdo de arbitraje depende de la evaluación de dos aspectos o circunstancias A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2005, p. 47.

<sup>69</sup> Vid. A. Sheppard, "Case Comment: *Westacre Investments Inc v. Jugoimport-Spdr Holding Co. Ltd.* [1998] 3 W.L.R.", *Int'l Arb. L. Rev.*, 1998, pp. 54–55.

<sup>70</sup> *Fiona Trust Holding Corp and others c. Privalov and others* [2007] UKHL 40, [2007] All ER (D) 233 (Oct). En su argumentación la Cámara de los Lores explicó y sentó las bases de la doctrina de la separabilidad expresando el significado y alcance de ésta: "*The principle of separability... means that the invalidity or rescission of the main contract does not necessarily entail the invalidity or rescission of the arbitration agreement. The arbitration agreement must be treated as a –distinct agreement and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the arbitration agreement*".

<sup>71</sup> *Cour de cassation, 1<sup>re</sup> Ch. civ.* 25 octubre 2005 (*Société Omenex v M. Hugon*), *Rev. arb.*, 2006, pp.103 ss y nota de J.–B. Racine; *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 996 y nota F.–X. Train.

<sup>72</sup> Laudo CCI n° 3916, *Coll. ICC Arb. Awards*, 1982, pp. 507 ss; *Journ. dr. int.*, 1984, pp. 930 ss y observaciones de S. Jarvin. El tribunal subrayó la independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato del cual forma parte, por lo cual el tribunal arbitral pudo confirmar su competencia y proceder a anular el contrato de fondo por considerar que éste era un ataque directo al orden público, y a la moralidad de las relaciones internacionales.

### 3. Repercusiones en el plano de la ley aplicable

20. Por descontado, la autonomía del convenio arbitral implica que éste último y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes. Por eso, desde la perspectiva del Derecho aplicable, la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico aplicable respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a un otro ordenamiento jurídico. Pues bien, esta autonomía funcional llevó como consecuencia a la formulación del principio de autonomía conflictual, consistente en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral con independencia del contrato. Son reflejo de ella las normas de conflicto clásicas en la materia, que intentan conectar el convenio arbitral a un ordenamiento nacional. Es el caso del art. VI del Convenio de Ginebra de 1961 o del art. V.1º del Convenio de Nueva York de 1958. Pero aún así ambas normas de conflicto, que someten el convenio arbitral a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje, muy pronto empezaron a mostrar deficiencias, más que por su imperfección, por su general inaplicación<sup>73</sup>. Lo cierto es que la elección del Derecho aplicable al convenio no es en absoluto usual; pero además, la conexión con la sede del arbitraje tampoco es real. Puede que el procedimiento arbitral, por razones prácticas, entre en contacto con el Derecho de la sede del arbitraje, pero el convenio arbitral, que es previo e independiente, no guarda relación alguna con él. Pero estas razones, por sí solas, no justificaban los desarrollos posteriores y el abandono de la técnica conflictual. Para llegar a un pronunciamiento como el recaído en el asunto *Dalico* fue necesario algo más que una imperfecta técnica de localización<sup>74</sup>.

El control de los aspectos sustanciales del convenio arbitral se incluyen en el art. V.1º a) CNY, no existiendo obstáculo a partir de tal precepto para que el contrato principal y el referido convenio se sometan a leyes distintas y, en caso de nulidad del primero, sus efectos no se extienden al segundo<sup>75</sup>.

## IV. El asunto *Ministerio de la Presidencia (Panamá) / Selex Es S.P.A* como test de verificación

21. Todos los razonamientos vertidos hasta este momento encuentran reflejo directo en el asunto *Ministerio de la Presidencia (Panamá) / Selex ES S.P.A* iniciado el 31 julio 2015 ante la jurisdicción panameña. En función de

---

<sup>73</sup> J. Robert, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6ª ed., París, Dalloz, 1993., pp. 267 y ss.

<sup>74</sup> *Cour de cassation* francesa, 20 diciembre 1993 (*Municipalité de Khoms El Mergeb / société Dalico*), *Rev. arb.*, 1994, pp. 118 ss y nota de H. Gaudemet-Tallon, *Rev. arb.*, 1994, p.118; *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 432 ss y nota de G. Gaillard.

<sup>75</sup> El argumento ha sido polémico en la doctrina pero la práctica arbitral ha dado una respuesta contundente a este tema. Resulta ilustrativa al respecto el Laudo CCI nº 5485, de 18 agosto 1987. *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XIV, 1989, pp. 156–176.

los datos utilizados resultaría pretencioso realizar cualquier valoración del asunto. Tanto más cuanto que en febrero de 2016 el presidente de la República, Juan Carlos Varela Rodríguez realizó el anuncio oficial, luego de ser aprobado por el Consejo de Gabinete. El Gobierno de la República de Panamá y Finmeccanica S.p.A. (con sus filiales Selex ES S.p.A, Augusta Westland S.p.A. y Telespazio, S.p.A.), anunciaron haber alcanzado un acuerdo tendiente a superar los conflictos surgidos por razón de los contratos firmados en 2010. Ambas partes consideran que, a pesar de sus diferencias, existe el interés superior de evitar prolongados y costosos procesos judiciales, así como el subsecuente desgaste de recursos humanos y financieros

Solventado afortunadamente el caso<sup>76</sup>, nuestra pretensión es utilizar los hechos para verificar que el tema objeto de consideración no es un mero ejercicio retórico y que el caso puede convertirse en un excelente test para comprobar cuál es el estado del principio de separabilidad en el sistema panameño.

Consecuentemente, nos limitaremos a describir, muy sucintamente, los hechos de los que disponemos, en un segundo momento, suscitar el cuestionario de un hipotético test del estado de la cuestión de la separabilidad en el sistema panameño.

22. El 6 agosto 2010, el Ministerio de Seguridad Pública de Panamá y la entidad Italiana Selex ES S.P.A (originalmente Selex Sistemi Integrati S.P.A), integrada en el grupo de empresas Finmeccanica, el más importante de Italia en materia de seguridad, celebraron un contrato en el marco de un Memorandum de entendimiento de cooperación técnica entre el Gobierno de la Republica italiana y el Gobierno de la Republica de Panama de 30 junio 2010, cuyo objeto era el fortalecimiento de la seguridad en la República de Panamá, el Canal de Panamá por un precio de 90,521,967. Euros. Dicho contrato tenía el carácter de "llave en mano" y su objeto era el suministro de un Sistema de Vigilancia Costera para el Servicio Nacional Aeronaval de Panamá. De acuerdo con la cláusula Decimonovena del contrato (ley aplicable y jurisdicción).

"El presente Contrato se rige por y será interpretado de conformidad con las leyes de la República de Panamá. Las partes contratantes se obligan a acatar, cumplir y someterse a dichas leyes".

Las partes emplearán sus mejores esfuerzos para resolver amigablemente por medio de negociaciones cualquier disputa, controversia o reclamo que resulte de, o esté relacionada con, este contrato. En caso de existir conflicto o controversias entre las partes, sobre interpretación unilateral, terminación unilateral, modificación del contrato, ejecución del Contrato, equilibrio económico del contrato, imprevisión sobreviniente que afecte la ecuación económica de las prestaciones originalmente pactadas por las partes, serán re-

---

<sup>76</sup> Comunicado Gobierno de la República de Panamá y Finmeccanica S.p.A, 23 febrero 2016. <https://www.presidencia.gob.pa/Noticias/Gobierno-de-la-Republica-de-Panama-y-Finmeccanica-S-p-A->.

sueltas mediante proceso de arbitraje que se llevará a cabo en el Centro de Conciliación y Mediación de la Cámara de Comercio Industria y Agricultura de Panamá. Las normas y procedimientos a seguir para su conformación y funcionamiento se regirán por las reglas del respectivo Centro.

Al parecer, con anterioridad a la firma del contrato las sociedades de Finmeccanica, entre los que figuraba Selex, firmaron un contrato con la Agencia Panameña Agafia Corp., por un monto equivalente al 10 % del precio de venta bruta de cada uno de los contratos. Dicho contrato salió a la luz pública tras una serie de investigaciones realizadas por fiscales italianos. Considerando que la referida situación el vulneraba el art. 162 de la Ley N° 38, de 31 julio 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, en concepto de violación directa, por omisión, el Ministro de la Presidencia solicitó el 31 julio 2015 ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se declarase nulo, por ilegal el contrato llave en mano antes referido.

23. La Corte realizó al efecto una "Explicación previa sobre la competencia privativa de la Sala Tercera" del siguiente tenor:

"Antes de proceder a cumplir con las otras formalidades de este Recurso de Nulidad es importante anotar que el contrato impugnado contiene una cláusula arbitral (cláusula Décimo Novena), pero esto no afecta en lo absoluto la competencia privativa de la Sala Tercera para conocer y decidir sobre la nulidad de este contrato ya que: a) Así se establece en el numeral 2 del art. 206 de la Constitución Nacional, y en el numeral 5 del art. 97 del Código Judicial, así como el art. 32 de la Constitución Nacional que garantiza la tutela judicial; b) La cláusula arbitral aludida solo se refiere a conflictos entre las partes sobre '...interpretación unilateral, terminación unilateral, modificación del contrato, ejecución del contrato, equilibrio económico del contrato, imprevisión sobreviniente...'. No contempla la nulidad del contrato dentro de su competencia; c) Las violaciones que le imputamos a este contrato administrativo son graves y de orden público y tienen que ver con conductas reprochables y posiblemente delictivas de funcionarios públicos que originan la nulidad del contrato impugnado y de sus adendas; d) Tales conductas que dieron lugar al contrato administrativo impugnado se dieron con la connivencia de la parte demandada, es decir Selex Es S.p.A. y Finmeccanica, S.p.A.; e) La Corte Suprema de Justicia ha reafirmado, una y otra vez por medio de sus sentencias, la competencia privativa de su Sala Tercera, sobre la ilegalidad o nulidad de los contratos administrativos, tal como como consta en sentencia de 4 marzo 1998 y sentencia de 2 septiembre 2009, ambas de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia".

Como se desprende del texto transcrito, entre las formalidades del recurso de nulidad para justificar la competencia de la Corte Suprema de Justicia, se hace referencia a dos, esencialmente. En primer lugar, que la cláusula arbitral solo se refiere a conflictos entre las partes sobre "... interpretación unilateral, terminación unilateral, modificación del contrato, ejecución del contrato, equilibrio económico del contrato, imprevisión sobreviniente..." y que "no contempla la nulidad del contrato dentro de su competencia". En segundo lugar, las violaciones que se imputan a este contrato administrativo son graves y de orden público y tienen que ver con conductas reprochables y posiblemente delictivas de funcionarios públicos que originan la nulidad del contrato impugnado.

23. El asunto en cuestión incidía en dos de los principales interrogantes que se han suscitado a lo largo de las páginas anteriores.

i) Obligaba a determinar el alcance del principio de separabilidad en un ordenamiento como el panameño que contaba con una disposición expresa en el momento en que se produjeron los hechos controvertidos estaba en vigor el art. art. 11.7° del Decreto–Ley n° 5 de 8 julio 1999. Sin embargo, el art. 75.1° de la Ley de Arbitraje de 2013 incluye una norma de Derecho transitorio, bastante inusual en materia contractual, cual es establecer la aplicación “a los acuerdos arbitrales anteriores” a la fecha de su entrada en vigor. Y, como se ha señalado<sup>77</sup>, la nueva Ley guarda silencio sobre esta cuestión. Ello obliga a considerar lo dispuesto en su art. 7 que contempla la integración en el acuerdo de arbitraje del Reglamento de la institución administradora, en este caso, el Reglamento de Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. Dicho Reglamento contempla la figura que estamos estudiando en su art. 29.3°, y aunque su aplicación está determinada por los procesos arbitrales cuya demanda sea presentada con anterioridad al 1 agosto 2015 (art. 56) nada dice en relación con la vigencia de los acuerdos de arbitraje suscritos con anterioridad a esta fecha. Por consiguiente, uno de los primeros elementos del test de la separabilidad obliga a resolver un complejo problema de Derecho transitorio, cuyos elementos nos hemos limitado a apuntar.

ii) No menor dificultad a los efectos del apuntado test ofrecía la aplicación del art. 6 de la Ley de Arbitraje de 2013. Los tribunales panameños no pueden ser insensibles en la interpretación de dicha Ley, en particular: a) el “origen internacional” del principio de la separabilidad, vinculándolo a las posibilidades interpretativas de la Convención de Nueva York de 1958; b) “los principios generales del arbitraje”, que muestran con carácter inequívoco la admisión del postulado; c) la presencia del principio en el sistema panameño y su aceptación por la jurisprudencia; d) el reconocimiento constitucional del principio competencia–competencia, estrechamente vinculado al principio de separabilidad. En este último punto debe recordarse que el art. 202 *in fine* de la Constitución panameña dispone que: “Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”. Cualquier decisión que se adoptese al respecto tendría una enorme repercusión tanto a escala interna con internacional. Una repercusión al menos similar a la que suscitó en su día la Sentencia CSJ 13 diciembre 2001 (*Pycsa Panamá, S.A.*), al declarar inconstitucionales los párrafos primero y tercero del art. 17 del Decreto Ley n° 5 1999<sup>78</sup>. Recuérdese que tras las críticas suscitadas el legislador panameño se vio obligado a elevar a rango constitucional el tema controvertido incorporando en el art. 202, *in fine*, de la

---

<sup>77</sup> *Vid. supra*, n° 11.

<sup>78</sup> Resulta significativo que dicho fallo contase con el salvamento de voto por parte cuatro Magistrados. *Vid.* sobre este asunto J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América latina*, Madrid. Iustel, 2008., n° 233 y las extensas consideraciones de J.C. Araúz Ramos, *op. cit.*, en el Capítulo IV dedicado al “control de constitucionalidad de la actividad arbitral”.



Constitución y recuérdese también que el tema no está completamente cerrado, como evidencia la Sentencia CSJ de 27 de agosto de 2009<sup>79</sup>.

iii) También de carácter interpretativo es otro elemento del test vinculado al alcance de la cláusula de arbitraje en el asunto controvertido. La cláusula decimonovena del contrato no es un modelo de ortodoxia arbitral y apunta evidentes síntomas de patología. Cabe plantearse aquí por qué no se suscribió la cláusula tipo del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (“Cualquier litigio o controversia provenientes de, o relacionados con este contrato, así como la interpretación, aplicación, ejecución y terminación del mismo, deberán resolverse por medio de Arbitraje, previo intento de Conciliación, por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, conforme a sus reglas de procedimiento”), que hubiera simplificado mucho la cuestión. Pero, en todo caso, la cláusula se refiere inequívocamente a relaciones derivadas del contrato (“interpretación unilateral, terminación unilateral, modificación del contrato, ejecución del contrato, equilibrio económico del contrato, imprevisión sobreviniente que afecte la ecuación económica de las prestaciones originalmente pactadas por las partes”) que quedarían excluidas de un eventual procedimiento arbitral de declararse la nulidad del contrato por el órgano jurisdiccional, en contradicción lo dispuesto en el art. 11 de la Ley de Arbitraje de 2013.

iii) Por último, el test se cierra con la verificación de la incidencia de un eventual supuesto de corrupción en el contrato caso de que se determine su existencia. En concreto: a) si la competencia para determinar esta cuestión corresponde al tribunal que en su día se designe, por la subsistencia del acuerdo arbitral, o a la jurisdicción estatal y, a su lado la determinación del alcance del orden público; y b) si la evidencia de corrupción debe considerarse hasta el punto de que la gravedad de la violación pueda afectar al principio de separabilidad.

En todo caso en la respuesta al referido cuestionario deben de suministrarse, además, argumentos derivados del propio sentido común. Los operadores jurídicos que a la hora de redactar un contrato acuerdan en el mismo que sus eventuales controversias sean resueltas en un país determinado y por un procedimiento arbitral administrado por un prestigioso concreto centro de arbitraje aspiran, con buen criterio, a ahorrar los costes económicos y el tiempo inherentes a discutir si los fundamentos de una acción derivada de una frase particular utilizada en la cláusula arbitral pueden ser sustraída del tribunal arbitral y de lugar a un complejo procedimiento ante la jurisdicción ordinaria. En concreto, si las partes eran unánimes en excluir las controversias relativas a la validez de un contrato, debían haberlo hecho expresamente en su momento<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Es precisamente el razonamiento que se encuentra en la jurisprudencia británica en el asunto *Fiona Trust & Holding Corporation & Others v Yuri Privalov & Others* [2007] EWCA Civ 20.

### Bibliografía

- ANCEL, J.-P.: "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire", *Travaux Com. Fr. dr. int. pr. 1991-1992*, París, Pedone, 1994, pp. 75 ss.
- ARAÚZ RAMOS, J.C.: *Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño*, Panamá, M. & P., 2015.
- ARFAZADEH, H.: *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de mondialisation*, París, LGDJ, 2005.
- ATTERITANO, A.: "La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale". *Riv. arb.*, vol. XVI, 2006, pp. 522-529.
- BLANCHIN, C.: *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995.
- BOISSESON, M. de: *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, París, GNL édcs., 1990.
- BOLLÉE, S.: *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, París, Economica, 2004.
- CAIVANO, R.J.: "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene", *Revista de Derecho Privado* (IIJ-UNAM), 2012, pp. 3-52.
- CAIVANO, R.J.: "La separabilidad de la cláusula arbitral", *La Ley*; Uruguay, n° 12, 2011, pp. 1643-1672.
- COULSON, R.: "Prima Paint: an Arbitration Milestone", *Business Lawyer*, vol. 23, n° 1, 1967, pp. 241-248.
- CREMADES, B.M. y CAIRNS, D.: "Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators", *Disp. Res. J.*, 2004, pp. 76-86.
- CREMADES, B.M. y CAIRNS, D.: "Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making (Money Laundering, Corruption and Fraud)", *Arbitration*, 2003, pp. 65-91.
- FALLON, M.: "La soixante-quatrième session de l'Institut de Droit International", *Rev. belge dr. int.*, 1989, pp. 363-376.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y CONCEPCIÓN, N.: *Sistema de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Ed. Funglode, 2013.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pp. 697-725.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Tratado de arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- FOUCHARD, F.: "L'arbitrage ELF Aquitaine Iran c/ National Iranian Oil Company: une nouvelle contribution au droit internationale de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1984, pp. 333-359.
- FRANCESCAKIS, P.: "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire, après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation", *Rev. arb.*, 1974, pp. 67 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.P.: "El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 diciembre 1988", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, 1988-89, p. 76.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: "Sobre el convenio de arbitraje en el DIPr español", *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 10 ss.

- GROSS, P.: "Separability Comes of Age in England: Harbour v. Kansa and Clause 3 of the Draft Bill", *Arb. Int'l*, vol. 11, 1995, pp. 85 ss.
- JACQUET, J.-M.: *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983.
- JALILI, M.: "Kompetenz-Kompetenz. Recent US and UK Developments", *J. Int'l Arb.*, vol. 13, n° 4, 1996, pp. 169 ss.
- KASSIS, A.: *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- KLEIN, F.E.: "Du caractère autonome de la clause compromissoire, netamment en matière d'arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449-552.
- KLEINHEISTERAMP, J.: *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005.
- LANDOLT, P.: "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *J. Int'l Arb.*, vol. 30, n° 5, 2013, pp. 511-530.
- MAYER, P.: "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1998, pp. 359-368.
- MAYER, P.: "The Limits of Severability of the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, (A.J. Van den Berg, ed.), Kluwer, 1999, pp. 261 ss.
- NUSSBAUM, A.: "The Arbitration Between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government", *Cornell L. Q.*, vol. 36, 1950, pp. 31-53.
- ONYEMA, E.: *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contracts*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2010.
- RACINE, J.-B.: "Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 2005, pp. 305 ss, esp. p. 313; P. Leboulanger, "The Arbitration Agreement: Still Autonomous?", *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (A.J. Van den Berg ed.), ICCA Congress Series 2006, Montreal, (Kluwer Law International, 2007, pp. 3-31.
- REDFERN, A. & HUNTER, M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p.26.
- ROBERT, J.: *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1993.
- ROSEN, J.A.: "Arbitration under Private International Law: the Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence", *Fordham Int. L. J.*, vol. 17, 1994, n° 3, pp. 599-665.
- SAMUEL, A.: "Separability of Arbitration Clauses. Some Awkward Questions About the Law on Contracts, Conflict of Laws and the Administration of Justice", *Arb'n & Disp. Res. L. J.*, vol. 9, 2000, pp. 36 ss.
- SAMUEL, A.: "Separability and Construing Arbitration Clauses: The House of Lords Decision in Premium Nafta and the Fiona Trust", *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 489 ss.
- SAYED, A.: *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2005.
- SCHLOSSER, P.F.: "The Separability of Arbitration Agreements: a Model for Jurisdiction and Venue Agreements?", *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2004, pp. 305-324.
- SCHWEBEL, S.: *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publication Ltd., 1987.
- SERAGLINI, C.: *en Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.) Paris, 2005.

- SHEPPARD, A.: "Case Comment: Westacre Investments Inc v. Jugoinport–Spdr Holding Co. Ltd. [1998] 3 W.L.R.", *Int'l Arb. L. Rev.*, 1998, pp. 54 ss.
- SMITH, R.H.: "Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?", *Am. Rev. Int'l Arb.*, 19, 2002, pp.13 ss
- SOLIMENE, F.: "The Doctrines of 'Kompetenz-Kompetenz' and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration", *Arbitration*, vol. 80, n° 3, 2014, pp. 249-255.
- VEEDER, V.V.: "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 47, n° 4, 1989, pp. 747-792.
- VERDERA, E., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., BENEYTO, J.M. y STAMPA, G.: *Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson–Reuters, 2013.
- VIRGÓS SORIANO, M.: "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría–Menéndez*, N° 14, 2006, pp. 13–28.
- WARE, S.: "Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna", *Nevada L.J.*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 107-134
- WETTER, J.G.: "Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", *Arb. Int'l.*, vol. 10, n° 3, 1994, pp. 277 ss.