

El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene
The arbitration agreement and its autonomy from the contract containing it

Roque J. Caivano*

Resumen.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado un capítulo sobre el “contrato de arbitraje”. Entre otras disposiciones, determina que el acuerdo arbitral contenido en un contrato como cláusula del mismo es autónomo o separable de éste, lo cual implica que las vicisitudes que afecten al contrato no se trasladan, necesariamente, al acuerdo arbitral, cuya existencia y validez deben juzgarse independientemente. Ello ha implicado recoger normativamente el principio de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral.

Palabras Clave: separabilidad- acuerdo arbitral- Código Civil

Abstract.

The Civil and Commercial Code of the Nation has incorporate a chapter about “arbitral agreement”. Among other dispositions, it determinates that the arbitral agreement contained in a contract as the same clause is autonomous or separable from this, implying that the vicissitudes affecting the contract is not necessarily transferred to the arbitration agreement, whose existence and validity must be judged independently. This has implicated involved normatively the principle to separability or autonomy to arbitral agreement.

Key words: separability- arbitral agreement- Civil Code

* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, árbitro independiente, Profesor regular de la Facultad de Derecho de la UBA, Profesor de posgrado en varias universidades de la Argentina y del exterior, autor de 6 libros y alrededor de 250 artículos, en la Argentina y en el exterior

El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene

Roque J. Caivano

1. Introducción

1.1 Antecedentes y delimitación del tema de este trabajo

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, ha incorporado, dentro del Título IV (“Contratos en particular”) del Libro Tercero (“Derechos Personales”), el Capítulo 29 dedicado al “Contrato de Arbitraje”, al cual destina los artículos 1649 a 1665.

Ello representa una novedad legislativa en nuestro país, dado que todo lo relativo al arbitraje ha estado regulado en los Códigos de procedimiento civil.

1.1.2 Antecedentes históricos

Conviene recordar que la competencia de la Justicia Nacional, creada por la Ley 27 de 1862 y luego reorganizada por Decreto-Ley 1285/1958, fue inicialmente regulada por la Ley 48, de 1963. Sin perjuicio de algunas normas procesales contenidas en la Ley 50, también de 1863, la primera regulación integral del procedimiento seguido ante los tribunales nacionales en materia civil y comercial fue el Código de Procedimientos que había sido sancionado en 1880 para la Provincia de Buenos Aires, que se adoptó como propio para la Capital Federal por Ley 1893 en 1886.

Este primer Código contenía dos títulos sobre arbitraje: el Título XXVII, que regulaba el “Juicio de árbitros” y el Título XXVIII, que regulaba el “Juicio de amigables compondores”. En lo atinente al acuerdo arbitral, el Código disponía que toda contestación entre partes, antes o después de deducida en juicio podía someterse a la decisión de jueces árbitros (artículo 767), estableciendo en los artículos siguientes aquellas materias que no podían comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad (artículo 768),¹ y la capacidad exigida para comprometer en árbitros, limitada a quienes tuviesen “aptitud legal para obligarse” (artículo 769). La modalidad que el Código contemplaba para convenir el sometimiento a arbitraje era el *compromiso arbitral*, un acuerdo por el cual las partes establecían el juicio de árbitros respecto de conflictos ya existentes (Marzorati, 1999). No existían referencias a la cláusula compromisoria ni se preveía la posibilidad de pactar el arbitraje en forma anticipada al surgimiento de las controversias.

¹ Entre ellas, se mencionaban las cuestiones que versen sobre el estado civil y capacidad de las personas, las referidas a bienes públicos o municipales, las que requieran la intervención fiscal, las que tengan por objeto la validez o nulidad de las disposiciones de última voluntad y, en general, aquellas respecto de las cuales exista una prohibición especial o en las que esté interesada la moral y buenas costumbres.

En las disposiciones siguientes, el Código Procesal regulaba los aspectos más salientes del compromiso arbitral. En cuanto a su forma, el mismo debía “formalizarse en escritura pública o, si hubiese juicio pendiente, en acta extendida ante el juez y secretario”, siendo “nulo en cualquier otra forma que se contraiga” (artículo 770). Respecto de su contenido, el Código establecía una serie de condiciones mínimas, al disponer que debía “contener precisamente: (1) Los nombres de los otorgantes; (2) Los nombres de los árbitros; (3) La cuestión o cuestiones que se someten al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias; (4) La estipulación de una multa que deberá pagar la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso; y (5) La fecha del otorgamiento” (artículo 771). El cumplimiento de estas formalidades era inexcusable, previéndose que sería nulo el compromiso en que faltase “cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior” (artículo 772). Sin embargo, las partes podían pactar en él algunas otras condiciones adicionales: el plazo para laudar, una multa que debería pagar quien se alzase contra el laudo para poder ser oído, la forma en que habrían de proceder los árbitros y el lugar en que debían conocer del caso y fallar, y la renuncia a los recursos (artículo 773). Finalmente, se preveía que una vez otorgado, el compromiso se presentaría ante los árbitros “para su aceptación bajo juramento” y que de la aceptación o negativa se extendería una diligencia que firmarían los árbitros y el secretario o escribano (artículo 776).

Este Código sufrió varias modificaciones puntuales y una reforma parcial en el año 1953 (Ley 14.237), pero ninguna de ellas alteró las normas relativas al arbitraje. De modo que estuvo vigente hasta la reforma integral del Código producida en 1967, por Ley 17.454.

En materia de arbitraje, las disposiciones introducidas por la Ley 17.454 se han mantenido prácticamente sin cambios hasta nuestros días,² con excepción de lo relativo a la prórroga de la competencia de los tribunales nacionales a favor de árbitros que actúan en el extranjero (Caivano, 2000)³ y a la pericia arbitral (Caivano, 2001)⁴.

² Las ulteriores reformas más importantes sufridas por el Código Procesal (según leyes 22.434 de 1981 y 25.488 de 2001) no afectaron las normas sobre arbitraje.

³ En este aspecto, el artículo 1° del CPCCN aprobado por la Ley 17.454 estableció la prohibición de prorrogar la jurisdicción en favor de árbitros o jueces extranjeros, dejando de lado las disposiciones permisivas contenidas en la legislación anterior. Esta disposición fue modificada, en 1976, por la ley 21.305, que admitió la prórroga bajo dos condiciones: que no se tratase de casos sometidos a la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos y que el acuerdo de voluntades que dispusiera la prórroga de jurisdicción fuese, en todos los casos, anterior a los hechos que motivaban la intervención de los jueces o árbitros. En 1981, la ley 22.434 dio a la norma la redacción actual: la prórroga no sólo puede ser acordada antes de los hechos que den origen a la controversia sino en cualquier tiempo, quedando solamente como excepciones los casos regidos por normas especiales de tratados internacionales, las prohibiciones legales y la jurisdicción argentina exclusiva.

⁴ Respecto de esta figura, el artículo 800 del Código –según el texto de la Ley 17.454– disponía que para someterse a esta modalidad de arbitraje no era necesario celebrar compromiso arbitral y se preveía expresamente que la decisión del perito árbitro tendría efectos de sentencia judicial. La reforma de 1981 (Ley 22.434) modificó estos dos aspectos, remitiéndose a las normas sobre arbitraje de amigables compondores.

El CPCCN hoy vigente regula el acuerdo arbitral a través de las dos modalidades clásicas: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. La cláusula compromisoria ha sido definida como “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros” (Martínez Vázquez de Castro, 1991)⁵. Aunque no es objeto de una detallada regulación en el Código, no cabe duda que las partes no necesitan esperar que existan controversias determinadas para pactar el arbitraje sino que pueden convenirlo anticipadamente para aquellas que pudieran surgir de una determinada relación jurídica. La legislación procesal admite de manera expresa que “la sujeción a juicio arbitral puede ser convenida *en el contrato* o en un acto posterior” (artículo 736 *in fine*) y luego se refiere a la cláusula compromisoria por su nombre en el artículo 751⁶.

El compromiso arbitral, en cambio, es extensamente reglado en el Código Procesal. Esta modalidad de acuerdo arbitral, que importa el sometimiento a juicio de árbitros de controversias ya existentes (Briseño Sierra, 1979), “deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento” (artículo 739). Respecto de su contenido, se establecen algunas estipulaciones necesarias, y otras facultativas. Entre las primeras, se dispone: “El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: (1) Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; (2) Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743; (3) Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias; (4) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso” (artículo 740). Pero las partes pueden incluir otras estipulaciones adicionales: “Se podrá convenir, asimismo, en el compromiso: (1) El procedimiento aplicable y el lugar en que los árbitros hayan de conocer y fallar. Si no se indicare el lugar, será el de otorgamiento del compromiso; (2) El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo; (3) La designación de un secretario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 749; (4) Una multa que deberá pagar la parte que recurra del laudo, a la que lo consienta, para poder ser oído, si no mediase la renuncia que se

⁵ Conforme esta disposición, “si en la cláusula compromisoria, en el compromiso, o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento, los árbitros observarán el del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa”

⁶ El compromiso arbitral “es un contrato en toda la extensión de precisiones, en que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el nombramiento de los árbitros, la facultad que se les otorga, etcétera, y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer en la cláusula, como son las leyes aplicables, las reglas de procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutive, es decir en equidad, como amigable composición o *ex aequo et bono*, etcétera”.

menciona en el inciso siguiente; (5) La renuncia del recurso de apelación y del de nulidad, salvo los casos determinados en el artículo 760” (artículo 741).

1.1.3 El “problema” del compromiso arbitral en la regulación del CPCCN

Siguiendo el modelo imperante en la época en que se sancionó, el Código Procesal concibe al compromiso arbitral como un acuerdo “inevitable”, haya o no existido una cláusula previa que le sirviera de antecedente. En este esquema, los efectos de la cláusula compromisoria son apenas relativos y, en el mejor de los casos, ella sólo sirve para obligar a las partes a celebrar el compromiso. Pero sin este último no se producen todos los efectos propios de un pacto arbitral.

Si bien la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato previendo el arbitraje para las controversias que pudieran derivarse de él importa una renuncia a la jurisdicción estatal y habilita al interesado que fuese demandado ante los tribunales judiciales a oponer la excepción de incompetencia con base en aquella estipulación,⁷ para poder iniciar el procedimiento arbitral es necesario que ella sea complementada o precisada luego de que los conflictos hayan surgido. A tal efecto, las partes deben suscribir el compromiso arbitral o, en su defecto, acudir a un tribunal judicial a fin de que éste, a través de una sentencia, dirima sus desinteligencias respecto del contenido del acuerdo, integre sus vacíos o delimite el elenco de cuestiones que los árbitros deberán resolver.⁸

A ello, precisamente, se dirige la acción judicial prevista en el artículo 742 del CPCCN.⁹ Si bien la norma se refiere a la “constitución del tribunal arbitral”, su objetivo es, en definitiva, obtener la celebración forzada del compromiso arbitral: en caso de discrepancia entre las partes no solamente deberá requerirse al juez la designación de los árbitros, sino

⁷ CC1ªCap. Fed. 15/05/1944, Cárpena, Fructuoso c. Antía, Benedicta Roselli de (suc.), Rev. JA, 1944-II-520; CNCiv., sala C, 6/04/1967, Rev. La Ley, 127-26; CNCiv., sala A, 13/06/1972, Vialco S.A. c. El Fletero S.R.L., Rev. ED, 50-463; CNCiv., sala A, 3/06/1976, Brave de Schauppe, Irma c. Garnier de Brave, Delfina, Rev. ED, 69-393; CNCiv., sala G, 14/08/1990, Rev. ED, 141-121, Rev. La Ley, 1990-E-148; C1°CyC La Plata, sala 2, 17/03/1960, Rev. La Ley, 102-860; CNCCom., sala E, 17/06/1994, Puleston, David R. c. Bazzano, Osvaldo V. (Del dictamen del Fiscal ante la Cámara que ésta hace suyo); CNCCom., sala B, 20/10/1997, Pines, Héctor c. Alpargatas S.A., AP *on line*, N° 11/1751; CNCiv, sala G, 14/08/1990, Vázquez Torrielli, E. N. c. Vázquez de Castro, Rev. La Ley, 1990-E-148; CCiv.Com. y Minas Villa Mercedes, 4/06/1999, Karttem Inmobiliaria c. Echevarría, Luis, Rev. La Ley Gran Cuyo, 2001-187.

⁸ Recuérdese que el compromiso debe contener, “bajo pena de nulidad” no solamente el nombre de los otorgantes y de los árbitros, sino también “las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias” (artículo 740 inc. 3).

⁹ “Podrá demandarse la constitución de tribunal arbitral, cuando una o más cuestiones deban ser decididas por árbitros. Presentada la demanda con los requisitos del artículo 330, en lo pertinente, ante el juez que hubiese sido competente para conocer en la causa, se conferirá traslado al demandado por diez días y se designará audiencia para que las partes concurran a formalizar el compromiso. Si hubiese resistencia infundada, el juez proveerá por la parte que incurriere en ella, en los términos del artículo 740. Si la oposición a la constitución del tribunal arbitral fuese fundada, el juez así lo declarará, con costas, previa sustanciación por el trámite de los incidentes, si fuere necesario. Si las partes concordaren en la celebración del compromiso, pero no sobre los puntos que ha de contener, el juez resolverá lo que corresponda”.

también la fijación de los puntos sobre los que habrá de pronunciarse el tribunal arbitral y todas las otras las cuestiones que, conforme el artículo 740, deben ser materia del compromiso.

Del juego de las disposiciones legales mencionadas surge, resumidamente, que la cláusula compromisoria es inhábil para producir la totalidad de los efectos deseados por las partes, no es autosuficiente y debe ser complementada luego por otro acuerdo, o por una sentencia judicial. Por un lado, el CPCCN exige que conste en el compromiso la mención expresa y concreta de la materia litigiosa (artículo 740 inc. 3), lo que no puede hacerse sino una vez que el conflicto ha surgido; y prevé una acción judicial para el supuesto en que el compromiso no pudiera celebrarse de manera voluntaria (artículo 742). Por el otro, si bien se atribuye a la cláusula compromisoria el efecto negativo consistente en hacer procedente la excepción de incompetencia para enervar una acción judicial, la dependencia de la celebración ulterior del compromiso, la necesidad de complementar el sometimiento a arbitraje mediante un nuevo pacto, convierte a aquella en un mero contrato preliminar o precontrato. (Caivano, T.181).

Aunque existen al menos dos circunstancias en que la celebración del compromiso no es requerida (Caivano, 2008),¹⁰ esta exigencia legal ha sido históricamente fuente de demoras y ha contribuido a que el arbitraje sea visto como un mecanismo ineficiente de resolución de disputas (Burghetto, 2004 y Caivano, 1997)¹¹¹².

1.1.4 La nueva regulación del contrato de arbitraje como acuerdo autosuficiente

Sin perjuicio de otros aspectos en que resulta cuestionable, algunas de las normas contenidas en el Código Civil y Comercial vienen a solucionar este problema.

Recogiendo lo que ya es moneda corriente en la enorme mayoría de las normas comparadas,¹³ el artículo 1649 define al contrato de arbitraje como aquel pacto en el cual las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias *que hayan surgido o puedan surgir entre ellas* respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

¹⁰ Hemos explicado que ello sucede, en arbitrajes institucionales, si las normas reglamentarias a las cuales se someten las partes contemplan una forma diferente de obtener el compromiso arbitral, y en arbitrajes internacionales, respecto de los cuales existen normas derivadas de tratados internacionales que contemplan la autosuficiencia de la cláusula compromisoria.

¹¹ A partir de su inclusión en la Convención de Nueva York de 1958, y especialmente desde su incorporación en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, la regla que consagra la autosuficiencia de la cláusula arbitral y la innecesariedad de celebrar un ulterior compromiso se ha ido generalizando como norma positiva en casi todas las legislaciones de arbitraje.

Ello significa, sencillamente, que ya no es necesario complementar las estipulaciones de una cláusula arbitral mediante un nuevo pacto, y que un acuerdo de arbitraje, aunque esté referido a controversias aún inexistentes y puramente eventuales, es perfectamente válido y autosuficiente, produciendo por sí solo todos los efectos de un acuerdo arbitral. Ese acuerdo acarrea los dos efectos que le son naturales: el efecto negativo, consistente en provocar la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje, y el efecto positivo, consistente en atribuir jurisdicción a los árbitros y permitir que el proceso arbitral se ponga en marcha. De este modo, la validez y eficacia del acuerdo arbitral no dependen de su inclusión o no en un contrato ni del momento en que se firma: será válido y operativo siempre que cumpla los requisitos formales y sustantivos que exija la ley aplicable.

1.2 Delimitación de este trabajo

Sin perjuicio del breve comentario que surge de los párrafos precedentes a lo que constituye una de las innovaciones más importantes de la nueva regulación legal del acuerdo arbitral, habremos de circunscribir nuestro comentario a un tema más específico, cual es la consagración legislativa del principio que se conoce como el de la autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral.

Ello fundamentalmente porque una exégesis de los 17 artículos que contiene el nuevo capítulo 29 del Código Civil y Comercial sería virtualmente imposible en el marco de esta revista. Las modificaciones que introducen estas normas son tantas y de tanta significación que exigirían una extensión incompatible con las naturales limitaciones de espacio que se imponen en estas circunstancias. Por esta razón hemos preferido comentar este aspecto de la normativa sobre el contrato de arbitraje, de gran importancia para la práctica del arbitraje en nuestro país.

2. El principio de la “separabilidad” o “autonomía” del acuerdo arbitral

El artículo 1653 del Código Civil y Comercial dispone, textualmente, lo que sigue: “El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

Este artículo recepta normativamente el principio de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, que postula, en esencia, que una cláusula arbitral contenida en un contrato es separable de éste y goza de una relativa autonomía o independencia, en virtud de la cual no

se ve necesariamente afectada por las vicisitudes que puedan perjudicar la existencia o validez del contrato que la contiene.

2.1. Origen histórico

Por tratarse de una disposición usualmente contenida en un contrato principal que le sirve de base, la cláusula compromisoria había sido históricamente tratada como un pacto accesorio de aquel y, consecuentemente, alcanzada por las vicisitudes que afecten al contrato en el que se incluye. A la luz de las concepciones tradicionales, la cláusula arbitral, en tanto pacto accesorio, quedaba atada a la existencia y eficacia de la convención principal, de tal forma que la inexistencia o la ineficacia de esta última traían aparejada la del acuerdo arbitral.

Sin embargo, la práctica demostró la inconveniencia de este razonamiento. La consecuencia de adoptar este criterio era que los árbitros nunca podrían entender en una controversia en la que se discutiera, precisamente, la existencia, subsistencia o validez del contrato del cual surgía la controversia, ya que el solo cuestionamiento de alguna de las partes llevaba a los árbitros a resignar su jurisdicción a la espera de una decisión judicial sobre esas cuestiones. De esta forma, se facilitaba la sustracción de la jurisdicción arbitral en favor del Poder Judicial, favoreciendo la introducción de defensas dilatorias.

Los problemas que esta interpretación generaba fueron resueltos por el principio en análisis, que postula la autonomía, separabilidad o independencia de la cláusula arbitral respecto del contrato en que se encuentra incluida.

Aunque, de manera embrionaria, sus orígenes se remontan a la legislación inglesa de fines del siglo XVII (Samuel, 2000), este principio fue recogido principalmente por la jurisprudencia francesa y norteamericana de la segunda mitad del siglo XX (Svernlov y Carrol, 1991)¹³.

En Francia, desde la sentencia dictada por la Corte de Casación en el caso “Gosset”,¹⁴ los tribunales vienen sosteniendo de manera consistente que la cláusula compromisoria tiene, respecto del contrato principal en que está inserta, una autonomía jurídica que excluye la posibilidad de ser afectada por la ineficacia de éste último.¹⁴ Más aún, este fue considerado

¹³ Se cita, también, un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Suecia, de 1936, en el cual el tribunal confirmó la jurisdicción de los árbitros, no obstante la alegación de fraude en la celebración del contrato, al señalar que la cláusula arbitral debía juzgarse válida independientemente de la validez o ejecutabilidad del contrato (Swedish Supreme Court, 1936, AB Norrköpings Trikafabrik v. AB Per Persson, NJA 1936, 521). Más adelante, aun antes de ser recogido el principio de la separabilidad en la legislación sueca, el mismo tribunal independizó la cláusula arbitral de la existencia misma del contrato principal, al declarar la competencia de los árbitros aun cuando se alegue que el contrato no llegó a celebrarse (Swedish Supreme Court, 1976, Hermansson v. AB Asfaltsbeläggnings, NJA 1976, 125).

¹⁴ Cour de cassation, Sala Civil 1ª, 7/05/1963, Gosset c. Carapelli, *Revue de l'arbitrage*, 1963, p. 60.

¹⁴ Cour de cassation, Sala Civil 2ª, 4/04/2002, S.A. Barbot SM c. Société Bouygues Bâtiments et autres, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, N° 558, 2002, sumario 600.

como un principio general del arbitraje comercial internacional,¹⁵ y hace unos pocos años incorporado de manera expresa en la legislación francesa.¹⁶ Como derivaciones de este principio, se resolvió que la eventual nulidad del contrato en que la cláusula compromisoria está inserta carece de incidencia sobre la validez de ésta;¹⁷ que es contraria a derecho la sentencia que declara la competencia de los tribunales judiciales frente a la invocación de la nulidad del contrato, sin constatar que la cláusula arbitral es manifiestamente nula;¹⁸ que los tribunales judiciales deben prestar su auxilio para constituir el tribunal arbitral, a menos que adviertan que la cláusula compromisoria es manifiestamente nula o insuficiente para obligar a las partes a recurrir al arbitraje;¹⁹ que la expiración del contrato no afecta la cláusula arbitral, y las demandas que tengan origen en él son de competencia de los árbitros, cualquiera sea el fundamento jurídico que se invoque;²⁰ y que la justicia ordinaria es incompetente para conocer de una demanda por daños y perjuicios entre quienes suscribieron un contrato de compraventa de acciones que contenía una cláusula arbitral, aunque el contrato se haya dejado sin efecto por voluntad de todas las partes.²¹

En los EE.UU., hasta mediados del siglo XX, la tendencia jurisprudencial era considerar que cuando una de las partes planteaba alguna defensa basada en alguna legislación estatal de la que pudiera derivar la invalidez o la no-ejecutabilidad del contrato la cuestión debía ser resuelta judicialmente (Hirshman, 1985). Dejando de lado esa interpretación, en 1967 la Corte Suprema de Justicia norteamericana resolvió que un tribunal judicial debe hacer cumplir el acuerdo arbitral y remitir a las partes a arbitraje, siempre que verifique que la celebración de la cláusula arbitral no está en tela de juicio, sin importar las alegaciones de las partes sobre la existencia o validez del contrato que la contiene.²² En el caso, se había alegado que una de las partes había simulado fraudulentamente su solvencia para prestar el servicio contratado, cuando en realidad estaba planeando presentarse en

¹⁵ Cour d'appel de Paris, 23/11/2000, Duveau c. Inmo Inter, sumario en MOURRE, Alexis (dir.): *Les Cahiers de l'arbitrage*, ed. Gazette du Palais, París, julio de 2002, p. 194. En el mismo sentido, Cour d'appel de Paris, 7/06/2001, Hellafranca c. Natalys, *Revue de l'arbitrage*, 2001, N° 3, p. 616.

¹⁶ Artículo 1447 del Código Procesal Civil francés, según Decreto 2011-48 del 13 de enero de 2011.

¹⁷ Cour de cassation, Sala Civil 1ª, 9/04/2002, M. Toulousy c. SNC Philam, N° 98-16.829, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, N° 559, 2002, sumario 663; Cour d'appel de Paris, 19/01/1999, C.I.C. International c. Ministre de la Défense de la République d'Allemagne, *Revue de l'arbitrage*, 1999, N° 3, ps. 601 y ss.

¹⁸ Cour de cassation, Sala Civil 2ª, 14/05/1997, Promodès et Prodim c. Papin, *Revue de l'arbitrage*, 1998, N° 2, p. 408.

¹⁹ Cour de cassation, Sala Civil 2ª, 13/06/2002, Société Prodim c. Société Ocalenn, N° 00-19.458, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation*, N° 563, sumario 924.

²⁰ Cour d'appel de Paris, 24/05/2000, Cynosure c. Bernas Medical, *Revue de l'arbitrage*, 2001, N° 3, ps. 535 y ss.

²¹ Cour de cassation, Sala Civil 1ª, 11/07/2006, Société National Broadcasting c. Bernadaux et autres, *Revue de l'arbitrage*, 2006, N° 3, p. 870.

²² US Supreme Court, 12/06/1967, Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co., 388 U.S. 395 (1967).

quiebra. Iniciada una demanda judicial tendiente a obtener la rescisión del contrato por la fraudulenta inducción a celebrarlo, y resistida esta pretensión por considerar que la cuestión debía ser resuelta por los árbitros, la Corte de Distrito hizo lugar a esta última defensa y declaró su incompetencia en razón de la cláusula arbitral. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó esta decisión señalando que, salvo pacto en contrario, una cláusula arbitral es separable del contrato en que se encuentra y que, si el fraude no es invocado directamente contra la misma cláusula arbitral, debe mantenerse la jurisdicción arbitral para decidir sobre la validez del contrato. A su turno, la Corte Suprema Federal, por mayoría, confirmó la decisión de los tribunales inferiores, haciendo notar que si en la demanda se hubiera invocado la existencia de un fraude para inducir a la celebración del acuerdo de arbitraje, ello habría afectado la “celebración” de esa cláusula, pero tal afectación no se produce si el alegado fraude está invocado respecto de la celebración del contrato que la contiene; y que un tribunal federal sólo puede considerar cuestiones relativas a la celebración o cumplimiento de la cláusula arbitral en sí misma, toda vez que de ese modo no sólo se honra la letra sino también el espíritu de la ley, al mismo tiempo que la intención de las partes de resolver sus conflictos por arbitraje sin dilaciones ni obstrucciones judiciales.²³

La Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL consagró este principio de manera expresa, al disponer que “una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato” y que “la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria” (artículo 16.1). Con pequeños matices, esta regla es reproducida en centenares de legislaciones y reglamentos de arbitraje, de modo que puede afirmarse que hoy es ampliamente aceptado que la suerte de la cláusula compromisoria es independiente de las contingencias que puedan menoscabar la validez o los efectos del contrato que la contiene, de forma tal que la invalidez de la relación jurídica sometida a arbitraje no incide, necesariamente, sobre la vigencia de la cláusula arbitral (Redfern y Hunter, 2004).

²³ Años más tarde, y luego de sucesivos precedentes en que fue refinando el concepto, la misma Corte sentó tres reglas en relación con el principio que nos ocupa: (i) Que como cuestión regida por la legislación federal sobre arbitraje, la cláusula arbitral es separable del resto del contrato; (ii) Que a menos que el cuestionamiento sea dirigido específicamente a la validez de la cláusula, la validez del contrato debe ser juzgada por los árbitros en primera instancia; y (iii) Que esta legislación debe ser aplicada tanto por los tribunales federales como por los locales. Así, concluyó que las estipulaciones contractuales que establecen el arbitraje son aplicables al margen del resto del contrato y que las objeciones a la validez de este último deben ser juzgadas por los árbitros y no por los jueces (US Supreme Court, 21/02/2006, *Buckeye Check Cashing Inc. v. John Cardegnia et al.*, N° 04–1264, 546 U.S. (2006)). En este caso, haciéndose cargo de que la regla de la separabilidad podría importar una paradoja, en tanto de ella resultaría que un juez obligaría a ejecutar un acuerdo arbitral contenido en un contrato que luego el árbitro podría declarar nulo, señaló que con la interpretación contraria se llegaría a la misma paradoja, pues el juez negaría eficacia a un acuerdo arbitral contenido en un contrato que luego el mismo juez podría encontrar válido.

2.2 Propósito y fundamento

El propósito general que anima este principio es evitar que una de las partes, arrepintiéndose del arbitraje pactado por no convenir a su estrategia de defensa, pueda manipular la situación para entorpecer el arbitraje y llevar a sede judicial la determinación de las cuestiones controvertidas que había acordado someter a arbitraje, eludiendo la común intención de prescindir de la intervención de los tribunales estatales (Monesteir, 2001 – Holtzman y Neuhaus, 1996). Lo que el principio de la separabilidad busca evitar es que la sola invocación de invalidez del contrato “base” que contiene una cláusula arbitral conduzca a truncar el procedimiento arbitral, generando una forzosa intervención judicial que impida el normal desarrollo del arbitraje (Van Hof, 1991).²⁴

Ello ha sido explicado por la doctrina. El moderno punto de vista es considerar que la cláusula arbitral es separable del contrato principal y que la objeción de alguna de las partes a la validez de ese contrato debe ser resuelta por los árbitros y no por los tribunales judiciales; en otras palabras, la autoridad de los árbitros para decidir todas las disputas entre las partes nace de la cláusula arbitral en sí misma y no del contrato en el cual ella está contenida, por lo que la alegada invalidez del acuerdo arbitral está sujeta a decisión arbitral y no a la determinación judicial (Delaume, 1988). En el mismo sentido, se enseña que “las vicisitudes en cuanto a la validez del contrato no hacen mella en el acuerdo arbitral. En otras palabras, si alguna de las partes cuestiona la validez –o aun la existencia– del contrato o acto jurídico sujeto a arbitraje, ese cuestionamiento no alcanza a la cláusula arbitral (...) Este principio tiene repercusión inmediata en la jurisdicción de los árbitros para entender en el litigio. Si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia estatal, los árbitros no podrían estimarse con jurisdicción suficiente para entender en la controversia y el proceso arbitral quedaría interrumpido” (Grigera Naón, 1989).

A pesar de su generalizada aceptación (Rosen, 1994), la formulación del principio de la separabilidad no ha estado exenta de críticas, algunas de naturaleza lógica y otras de tipo práctico.

Entre las primeras, se ha dicho que el principio es una ficción legal contraria a la lógica, que ha generado confusión e incertidumbre (Reuben, 2003 – Davis, 1999); y que en muchos casos es virtualmente imposible separar las controversias sobre el acuerdo arbitral de aquellas que se refieren al contrato principal, ya que lo que lleva a las partes a la controversia

²⁴ Gráficamente se ha dicho que la doctrina de la separabilidad impide que a los árbitros les quiten la rama sobre la que están sentados.

es el incumplimiento de este último y no la existencia del acuerdo arbitral (Reuben, 1997). También se ha razonado que siempre que esté en tela de juicio la celebración del contrato principal también estará en discusión la celebración del acuerdo arbitral (Macneil y otros, 1994), y que, por aplicación de la locución latina *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada proviene), el mismo concepto de separabilidad exige la preexistencia de un contrato base, porque una cosa sólo puede separarse de otra que existe, mas no de algo que no existe.²⁵

Entre las consideraciones críticas basadas en razones prácticas, se ha puesto en duda la imparcialidad de los árbitros para decidir si la cuestión es arbitrable, con base en su interés económico en sostener su propia competencia para obtener la totalidad de los honorarios. Así se ha dicho que la deferencia judicial hacia el arbitraje ha ido, con este principio, más allá del sentido común, pues no es lógico que un tribunal judicial deje librado a la discreción de un árbitro la determinación acerca de la existencia de un acuerdo arbitral, siendo que esa facultad se le está confiriendo a la misma persona que se beneficiará decidiendo que existe o subsiste una obligación de arbitrar, al asegurar así sus propios honorarios. En este contexto, sería esperar demasiado, aun de los árbitros más probos, que sean imparciales al decidir la cuestión, de la que depende su remuneración.²⁶

Como contrapartida, también la defensa del principio se ha sustentado en argumentos lógicos y/o prácticos.

Su justificación lógica proviene de reconocer que la cláusula arbitral es un acuerdo distinto, que puede nacer –y sobrevivir– en forma independiente del contrato. Es separable porque es una convención que no recae, como las restantes cláusulas, sobre los derechos y obligaciones sustanciales del contrato sino sobre el derecho de acción: aunque el instrumento que las contiene es el mismo, su objetivo es diferente, ya que unas se dirigen a crear derechos de naturaleza sustancial, mientras que la cláusula arbitral tiene por objeto reglar el derecho de acción que corresponde a aquellos (Loquin, 2004). En otras palabras: aunque esté físicamente contenido en el contrato, debe ser juzgado en forma independiente, como si surgiera de un documento separado. Y es capaz de sobrevivir a la invalidez de aquel porque, en rigor de verdad, cuando las partes celebran un contrato que contiene una cláusula arbitral no celebran

²⁵ US Court of Appeal of the Southern District of New York, *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.*, 455 F. Supp. 211, 219, (SDNY, 1978).

²⁶ Disidencia del juez Lumbard, de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en el caso “Ottley”. US Court of Appeal of the Second Circuit, 26/08/1982, *Ottley, Peter v. Sheepshead Nursing Home*, 688 F.2d 883, 898 (2d Cir. 1982), N° 766, Docket 81-7802. En similar sentido, US Court of Appeal of the Second Circuit, 2/10/1968, *In the Matter of the Arbitration under Voyage Charter of January 13, 1961 between Trafalgar Shipping Co., Ltd., Owner of the SS Ionian Islander v. International Milling Company, Voyage Charterer of the SS Ionian Islander*, N° 487, Docket 31899, 401 F.2d 568, 573 (2d Cir. 1968).

uno sino dos contratos (Schwebel, 1987); otorgan un documento que contiene dos negocios jurídicos (Mayer, 1998).

Al acuerdo arbitral le son aplicables los principios que regirían las cláusulas de prórroga de la jurisdicción, supuesto en el cual no se discute la competencia del juez elegido por las partes para resolver todas las cuestiones que se planteen en relación con ese contrato, así se impugne la validez de éste (Martínez Vázquez de Castro, 1991). Aun cuando la cláusula arbitral forme parte de un contrato y esté contenida en un único documento, en realidad hay dos acuerdos perfectamente separables y diferenciables: el contrato general y el acuerdo de someter a arbitraje los conflictos que deriven de aquel.²⁷ Y su fundamento último radica en la voluntad –expresa o presunta– de las partes de otorgar dicha autonomía a la cláusula arbitral (Ancel, 1999 – Mayer, 1998),²⁸ o en su intención común (Schwebel, 1987 – Sanders, 1978 – Cárdenas Mejía, 2005), ya que de propagarse la nulidad del contrato a la cláusula compromisoria se estaría recortando la manifestación de voluntad de los contratantes en cuanto a la sumisión del conflicto a decisión de árbitros.

Finalmente, no faltan quienes lo justifican en razones prácticas (Chukwumerije, 1994), y hacen prevalecer la realidad y el interés general en evitar la privación prematura de la jurisdicción arbitral, antes que buscar la pureza lógica del razonamiento jurídico que le da soporte (Wetter, 1983 – Ring, 2002).²⁹

2.3 Precisiones sobre su alcance

Naturalmente, la condición de separable o autónoma que se atribuye a la cláusula arbitral no implica que sea inmune a cuestionamientos sobre su validez, eficacia o subsistencia. Tampoco implica que las causas que afectan la validez del contrato principal nunca puedan afectar la de la cláusula: la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieran a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral, pero también es posible que las causas de nulidad sean específicas y afecten a uno y no al otro (Diez Picazo, - Derains, 1995). Simplemente se trata de aislarla del resto del contrato, de modo que la invalidez de éste no necesariamente la afecte.

²⁷ House of Lords, 1981, *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik v. South India Shipping*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 253 at p. 259, Col. 2; [1981] A.C: 909, at p. 980 (votos de Lord Diplock y Lord Scarman).

²⁸ Cour d'appel de Paris, 8/10/1998, *Sam c. Perrin*, *Revue de l'arbitrage*, 1999, N° 2, ps. 350 y ss. – Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Justicia Federal, Alemania), 27/02/1970, publicada en *Arbitration International*, vol. 6, N° 1, 1990, ps. 79 y ss., con nota de Peter SCHLOSSER: "The Decision of 27 february 1970 of the Federal Supreme Court of the Federal Republic of Germany (*Bundesgerichtshof*)".

²⁹ High Court of Hong Kong, 29/10/1991, *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sung See Products and Food Co. Ltd.*

Ello no se contradice con la necesidad de que exista un acuerdo para someterse a arbitraje, lo cual supone que ese acuerdo exista y sea válido. Aun en aquellos ordenamientos que recogen el principio del *favor arbitrandi*, la intención del legislador de favorecerlo no puede extenderse a casos en que las partes no quisieron someterse a arbitraje.³⁰ Dado su origen convencional, el consentimiento de las partes respecto del sometimiento a juicio de árbitros es esencial (Redfern y Hunter, 2004). Fuera de los casos en que es impuesto por la ley, debe existir una manifestación de voluntad de las partes en tal sentido, tal que permita acreditar que aceptaron ser juzgadas por árbitros.³¹ Lo que propicia el principio de la separabilidad es que la existencia y validez del acuerdo arbitral no constituye un automático reflejo de la suerte que corra el contrato que lo contiene.

Una situación dudosa se presenta cuando lo que está en juego no es la validez, sino la existencia misma del contrato. Por un lado, se ha dicho que si el contrato que contiene la cláusula directamente no existe (Mustill y Boyd, 1989 –Mayer, 1998 – Sanders, 1978 – Grigera Naón, 1989 – Redfern y Hunter, 2004), la firma es falsa,³² fue obtenida mediante el uso de una fuerza física irresistible o pertenece a un incapaz absoluto, debe considerarse que no existe contrato ni consentimiento a ningún efecto (Rau 1996). Por el otro, se ha señalado que, en tal caso, no debe atenderse a la existencia o inexistencia del contrato, sino a la existencia o inexistencia de la cláusula arbitral en sí misma considerada (Fouchard y otros, 1996).

Otro aspecto en el que se pone de manifiesto el difuso límite entre la necesidad de un acuerdo para someterse a arbitraje y la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral se presenta cuando el cuestionamiento al arbitraje se funda en que el contrato ha sido inducido por fraude. A diferencia de la defensa de incapacidad mental, que puede razonablemente considerarse invalidante del contrato y de la cláusula arbitral, la defensa de fraude no ataca el *status* interno sino la conducta de las partes. Aunque puede ser raro en la práctica (Stempel, 1991), es ciertamente posible que el fraude haya sido utilizado para inducir a incluir ciertas estipulaciones sin afectar la totalidad del contrato, por lo que la jurisdicción de los árbitros

³⁰ US Court of Appeal for the Seventh Circuit, 12/02/2003, American United Logistics, Inc. v. Catellus Dev. Corp., 319 F.3d, 921, 929, 2003.

³¹ Cour de cassation, Sala Civil 1ª, 22/11/2005, SELAFA Fidal c. de Bourgerel, *Revue de l'arbitrage*, 2005, N° 4, ps. 1103 y ss.

³² La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito sostuvo que una persona cuya firma fue falsificada no expresó su consentimiento a nada. US Court of Appeal for the Seventh Circuit, 31/07/2001, Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co. 31 (256 F.3d 587, 590, 7th Cir., 2001).

para conocer de la controversia se mantiene, a menos que se alegue que el propio acuerdo arbitral fue fraudulentamente inducido.³³

En el otro extremo, una de las más claras –y útiles– aplicaciones del principio se presenta cuando una parte invoca que el contrato base, en el que se había incluido la cláusula arbitral, fue rescindido o se extinguió por haber expirado el plazo convenido y, por lo tanto, “ya no existe”. Tal razonamiento no puede conducir a la inexistencia del acuerdo arbitral. Entre otras consideraciones, porque la rescisión de un contrato o el vencimiento del plazo de su vigencia no implican que nunca haya existido. Y, al haber existido, proyectó consecuencias más allá de su actual inexistencia (Rivera, 2005).³⁴ De aplicar estrictamente la doctrina de la accesoriedad, jamás podría exigirse una cláusula arbitral contenida en un contrato que ha sido declarado rescindido, situación inimaginable por absurda, ya que la cláusula arbitral está, precisamente, pensada para “sobrevivir” al contrato. En este sentido, la situación de la cláusula arbitral es asimilable a la de una cláusula de prórroga de jurisdicción, que permanece indemne a pesar de los cuestionamientos que se hagan a la existencia o validez del contrato (Dimolitsa, 1998).³⁵

Del mismo modo que la resolución no impide que la cláusula arbitral sobreviva a la extinción del contrato base, el incumplimiento de una de las partes a sus obligaciones, que conforme principios contractuales aplicables a contratos con prestaciones recíprocas le impediría exigir el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte (Caivano, 1995), no le impide sin embargo hacer valer la cláusula arbitral ni la priva de efectos.³⁶

El principio de la separabilidad es de aplicación, asimismo, en casos relativos a la extensión de los poderes de un representante para obligar a su representado. El solo cuestionamiento a la autoridad del agente para firmar el contrato no provoca la invalidez del arbitraje pactado en ese mismo contrato. Es difícil que tal solución pueda aplicarse en casos extremos en que el firmante carezca por completo de facultades para representar a otro o para celebrar en su nombre cualquier clase de contrato, pues en tal caso no habría tenido tampoco atribuciones para firmar en su nombre un acuerdo arbitral y la validez de la cláusula estará igualmente cuestionada (Mayer, 1998). Sin embargo, fuera de casos extremos, la doctrina en

³³ Así lo decidió la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el caso “Prima Paint”, ya comentado, argumentando que si la objeción se basa en la inducción fraudulenta a celebrar el contrato base, los árbitros conservan su jurisdicción para decidir y ésta sólo cede en favor de los tribunales judiciales cuando el ataque sea específicamente dirigido a la cláusula arbitral.

³⁴ CNCom., sala D, 22/02/2002, Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V., Rev. ED, 197-554.

³⁵ De hecho, el principio *kompetenz-kompetenz* no es sino la transposición al arbitraje del principio procesal común que le permite al juez ordinario juzgar, al menos inicialmente, sobre su propia competencia.

³⁶ US Court of Appeal for the First Circuit, 14/07/2003, Rankin v. Allstate Ins. Co., 336 F.3d 8, 1st Cir., 2003, N° 02-2572.

análisis se presenta como un remedio útil en ciertas situaciones intermedias: en principio, una parte no podría oponer con éxito la invalidez de la cláusula arbitral sólo porque los poderes del firmante eran insuficientes para representarlo en el otorgamiento del contrato. Así, por ejemplo, en un caso en que se pretendía la nulidad de la cláusula arbitral contenida en un contrato porque la legislación aplicable a él exigía que fuese firmado conjuntamente por dos representantes, se decidió que este requisito no podía extenderse a la cláusula arbitral, en tanto contrato diferente y separable de aquel.³⁷

En suma: más allá de algunas dudas que todavía persisten y de algunas situaciones que se revelan problemáticas, la opinión prevaleciente es que para lograr suspender o evitar el arbitraje *ab initio*, el cuestionamiento no debe dirigirse al contrato en general, sino específicamente a la cláusula arbitral contenida en él (Egle, 2002-2004). Sin embargo, aun en este caso, como se verá en el punto siguiente, los árbitros conservan atribuciones para decidir sobre su propia competencia.

2.4 El principio de la separabilidad y el principio *kompetenz-kompetenz*

El principio de la separabilidad, pensado para que los vicios que afecten el contrato no se trasladen a la cláusula arbitral, se complementa con el principio *kompetenz-kompetenz*, cuyo propósito es evitar la sustracción prematura de la jurisdicción de los árbitros. La relación entre ambos principios, a menudo confundida, merece algunas breves líneas.

El principio *kompetenz-kompetenz*, en pocas palabras, permite a los árbitros decidir los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (y, por supuesto, con más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene). El mismo Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo siguiente al que comentamos, consagra el principio *kompetenz-kompetenz*, en los siguientes términos: “Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia” (artículo 1654).³⁸

Por aplicación de este principio, son los árbitros quienes deben pronunciarse inicialmente sobre la existencia o validez de la cláusula arbitral. Y si encuentran que la

³⁷ Court of Appeal of Bermuda, 7/07/1989, *Sojuznefteexport v. Joc Oil Ltd.*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XV, 1990, ps. 384 y ss.

³⁸ La fuente de esta disposición es el artículo 16.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL, que dispone: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

cláusula es válida, podrán resolver sobre el fondo de la controversia, así esta decisión implique declarar la nulidad del contrato base (Lew y otros, 2003).³⁹ En su correcta formulación, el principio *kompetenz-kompetenz* manda que los árbitros sean quienes juzguen inicialmente sobre su competencia, cualquiera sea el argumento en que se base el cuestionamiento (la inexistencia o invalidez general del contrato o aun de la misma cláusula arbitral en particular). El principio de la separabilidad sirve para que, al adoptar esa decisión, no tengan que inferir, necesariamente, que la cláusula es inexistente o nula porque el contrato sea inexistente o nulo.

En otras palabras: con el principio *kompetenz-kompetenz* se asume, como cuestión de principio, que existe una cláusula arbitral válida que permite a los árbitros decidir sobre su competencia, ciertamente de manera inicial y ordinariamente sujeto a control judicial. Pero, obviamente, no significa que siempre deban declararse competentes: sólo asegura que puedan resolver la objeción jurisdiccional, lo que podrán hacer en uno u otro sentido. Es en esta instancia –al analizar si son o no competentes– cuando cobra virtualidad el principio de la separabilidad, pues para adoptar esa determinación, los árbitros deberán tomar en cuenta si existe un acuerdo arbitral válido, lo que implica examinar la causal que se invoca, sea ésta referida en general al contrato o específicamente a la cláusula arbitral.

Dos son las hipótesis que se presentan. Y los dos principios que analizamos operan de manera diferente en una u otra.

Si la causal de inexistencia, invalidez o ineficacia que se invoca para enervar los efectos del acuerdo arbitral está referida al contrato general, el principio de la separabilidad hará posible que los árbitros analicen la alegada inexistencia o invalidez de la cláusula con independencia de la eventual inexistencia o invalidez del contrato. Habrán de discernir si la causal que se invoca para pretender la inexistencia, ineficacia o nulidad del contrato es también susceptible de afectar al “contrato dentro del contrato” que es la cláusula arbitral. En este supuesto, dos sub-hipótesis son posibles: (a) Si se trata de una causal que es idónea para afectar igualmente la cláusula arbitral, comprobado ese extremo, los árbitros deberán declararse incompetentes, por faltar el elemento esencial del que deriva su jurisdicción (el consentimiento a someterse a arbitraje). Pero podrán hacerlo por el principio *kompetenz-kompetenz*, que permite quebrar la lógica de las cosas: los mismos árbitros, que derivan su autoridad únicamente de la cláusula arbitral, podrán decir que la cláusula es nula (y esa decisión será válida); (b) Si lo que se invoca es una causal que pueda afectar el contrato pero

³⁹ Así se ha dicho que los principios *kompetenz-kompetenz* y de la separabilidad protegen la jurisdicción de los árbitros: el primero permite que los árbitros decidan sobre su jurisdicción; el segundo les asegura que puedan decidir sobre los méritos.

no la cláusula, entra a jugar el principio de la separabilidad, para permitir a los árbitros decidir que sí tienen jurisdicción porque hay una cláusula arbitral válida y exigible, aunque luego, en el laudo final, puedan decretar que no hubo contrato, o que éste no era válido.

Si la causal que se invoca está únicamente referida a la cláusula arbitral, el principio de la separabilidad no juega ningún papel. Será el principio *kompetenz-kompetenz* el que sustentará la atribución de los árbitros para juzgar la cuestión, de la que depende su propia competencia. Naturalmente, si la causal invocada se demuestra, y es idónea para privar de validez al acuerdo arbitral, los árbitros deberán declararse incompetentes. En caso contrario, retendrán su competencia. En uno o en ambos casos, según lo que cada legislación prevea, será posible provocar un control judicial de esa decisión.⁴⁰

En síntesis, sea que se alegue la inexistencia o invalidez del contrato principal, sea que se alegue la inexistencia o invalidez misma de la cláusula arbitral, el principio *kompetenz-kompetenz* opera para permitir a los árbitros decidir las objeciones jurisdiccionales que se les formulen. El hecho de que, en ocasiones, la misma inexistencia o invalidez se proyecta a los dos acuerdos (al contrato y a la cláusula arbitral) no inhibe este efecto, ya que los árbitros – cualquiera sea la causal que se invoque– pueden “retener” el caso para adoptar una decisión inicial sobre su jurisdicción. Decisión que –de todas maneras– generalmente estará sujeta a control judicial. Conforme este principio, pues, los árbitros tienen la primera (no la última) palabra en materia de jurisdicción. El principio de la separabilidad servirá para que, al decidir sobre el cuestionamiento a la existencia o validez de la cláusula, puedan abstraerla de las vicisitudes que afecten al contrato que la contiene, y declarar que ella puede ser existente y válida, aunque aquel no lo sea.

3. El principio de la separabilidad en algunos antecedentes judiciales

Como se dijo, hasta su incorporación en el Código Civil y Comercial, la legislación nacional argentina sobre arbitraje no recogía este principio.⁴¹ Ello, sin embargo, no fue obstáculo para que algunos fallos lo admitieran.

Uno de los primeros casos que se registran en la jurisprudencia es el caso “Otto Franke”.⁴² El caso tuvo su origen en un contrato celebrado entre la Provincia de Buenos y una contratista, para la construcción y explotación de un ferrocarril eléctrico de gran velocidad. El

⁴⁰ Conforme la Ley Modelo de UNCITRAL, y las normas que han adoptado sus disposiciones, este recurso existe únicamente si el tribunal arbitral se declara competente, y se interpone, sustancia y resuelve con carácter previo (artículo 16.3). En la nueva legislación española, cualquiera de las dos decisiones (declararse los árbitros competentes o incompetentes) es revisable mediante acción de nulidad (artículo 22.3).

⁴¹ Sí lo está en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Río Negro (artículo 739) y en el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, aprobado por Decisión 3/1998 del Consejo del Mercado Común del 23 de julio de 1998 y ratificado por la República Argentina mediante ley 25.223 (artículo 5).

⁴² CSJN, 19/12/1918, Otto Franke y Cía. c. Provincia de Buenos Aires, Fallos, 128: 402.

contrato establecía plazos para la presentación de los estudios definitivos a la provincia para su aprobación, para el inicio y para la finalización de la obra, previéndose la caducidad del contrato en caso de incumplimiento. Presentados los planos por triplicado, tal como se había pactado, el concesionario requirió del gobierno provincial la restitución de una copia debidamente autenticada, sin la cual –a su juicio– no podía comenzar los trabajos. Ante la negativa de la provincia, el concesionario formalizó el pedido de someter la controversia a arbitraje, en los términos del contrato. La provincia respondió dictando un decreto mediante el cual aplicó una multa por la demora en la iniciación de las obras y luego, ante la insistencia del concesionario, dictó un nuevo decreto declarando la caducidad de la concesión. El contratista, en consecuencia, promovió demanda judicial contra la Provincia de Buenos Aires para que se ordenara la constitución del tribunal arbitral. La provincia objetó la jurisdicción arbitral pretendida por el concesionario y dedujo reconvención para que se declarase la caducidad de la concesión. Al resolver, la Corte puso de manifiesto que la cláusula contenida en el contrato de concesión dejaba librados a la decisión arbitral “todas las cuestiones que puedan surgir entre el gobierno y los concesionarios” sin limitarlas en forma alguna, por lo que “no es posible admitir que la caducidad del contrato esté excluida de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores, si esa caducidad tuviera por origen una divergencia como la que ha surgido, originada por el reclamo de planos que los actores juzgan indispensables para comenzar las construcciones, es decir, para cumplir el contrato en los plazos o términos estipulados”. Destacó que la controversia debía resolverse en el juicio arbitral “pues pactada la jurisdicción arbitral con la amplitud que lo ha sido en el caso de autos, no es admisible que la Provincia se atribuya la facultad de declarar por sí lo que tiene que ser materia de un pronunciamiento de los árbitros arbitradores que las mismas partes se obligaron a designar a efecto de dirimir ‘todas las cuestiones’ que pudieran surgir entre ellas y porque, tratándose de una convención bilateral, no es ella revocable por la sola voluntad de una de las partes”. Por esas consideraciones, la Corte rechazó la reconvención y condenó a la Provincia demandada a concurrir a la formación del tribunal arbitral, quien debería resolver el fondo de las cuestiones debatidas por las partes.

También la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital aplicó este principio, al resolver el caso “Corporación Cementera Argentina”.⁴³ La Corporación Cementera Argentina S.A. y la firma Cía. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S.A. habían celebrado, en 1937, un contrato de compraventa de varios grupos electrógenos que la segunda

⁴³ C.Com.Cap., 31/07/1948, Corporación Cementera Argentina S.A. c. Cía. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S.A., Rev. La Ley, 52-23.

entregaría a la primera, para la construcción de su fábrica de cemento. Los equipos entregados no reunían, a juicio de la actora, las condiciones pactadas, por lo que la Corporación demandó la constitución del tribunal arbitral que habían convenido, al cual le sometería pretensiones relativas al cumplimiento del contrato y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento. Al contestar la demanda, la vendedora alegó que el contrato en cuestión había quedado extinguido, no sólo por su cumplimiento sino por transacción que las partes habían celebrado; y que, extinguido el contrato principal, también se había extinguido la cláusula compromisoria incluida en él. El tribunal interpretó que la transacción a que habían arribado las partes con posterioridad al contrato de compraventa, lejos de extinguir el acuerdo arbitral, ratificaba su verdadero sentido, pues en esa transacción la demandada había reconocido la falta de cumplimiento de los equipos a las condiciones pactadas y la imposibilidad de entregar otros (debido a la guerra mundial), y había aceptado que la actora continuaría utilizándolos hasta que, finalizada la guerra, la demandada estuviera en condiciones de reemplazarlos. En el voto mayoritario se señaló que “ningún tribunal de justicia está habilitado para declarar la caducidad o vigencia, total o parcial del contrato [de compraventa], frente a una estipulación del mismo por la que se establece que toda diferencia que pudiera suscitarse sobre la interpretación de sus cláusulas y que no pudiera dilucidarse entre los compradores y los vendedores, sería sometida a resolución de árbitros arbitradores el punto de eventual discusión, y tanto más cuanto ha sido pactado con expresa u categórica prohibición de recurrir a tribunales de justicia (...) Va de suyo que una declaración en el sentido planteado [por la demandada] sería un pronunciamiento sobre una diferencia de interpretación entre sus cláusulas desde que éstas constituyen el contrato”. Con cita de un fallo previo de la misma Cámara, se señaló que “conseguir por vía de la justicia ordinaria restringir las cuestiones que deben someterse a los arbitradores, cuando ellas de un modo u otro se encuentran vinculadas al proceso, explícita o implícitamente y por lo menos *prima facie*, puede comportar invadir por ese órgano la jurisdicción de los jueces arbitradores amigables componedores, a quienes está sometido el litigio y a quienes en principio corresponde decidir sobre la procedencia de las cuestiones propuestas y pronunciarse sobre ellas, siempre que no comprendan puntos sin conexión con la causa ni en carácter accesorio admisible, o no comprometidos, que aparejen la nulidad parcial o total del fallo. En aplicación de lo expuesto, al tribunal [judicial] sólo compete decidir, dentro de la mayor amplitud de defensa, sobre las impugnaciones de las partes a los puntos propuestos para someterse a los arbitradores, pero su pertinencia o impertinencia con relación a lo cuestionado es de incumbencia de estos últimos, porque de otro modo podría caerse en prejuzgamiento”. Más

adelante, el tribunal puntualizó que corresponde “a las partes resolver qué puntos integran el compromiso y, cuando no están de acuerdo, la decisión corresponde al tribunal arbitral, tribunal que tiene facultad de conocer por sí sobre su propia jurisdicción, cesando la intervención del juez ante el que se constituye el tribunal arbitral con el otorgamiento del compromiso”; y que “la misión del tribunal de justicia en esta etapa de litigio se reduce a comprobar la existencia de la cláusula compromisoria y la oportunidad de su aplicación en las discrepancias tenidas en cuenta para el conocimiento del tribunal de arbitadores. Dicho de otro modo, el tribunal de justicia únicamente controla la existencia de la cláusula compromisoria y la realidad de desinteligencias que la pongan en movimiento”.⁴⁴ También explicó que cuando, sin desconocerse el contrato principal en sí, lo que se impugna es la vigencia de su cláusula compromisoria por haberse extinguido aquel, es de particular incumbencia de los arbitadores, y aun la misma nulidad puede ser decidida por ellos, si la discrepancia no llega al desconocimiento del contrato; y que son los arbitadores los que con prioridad son llamados en la especie a establecer si una cláusula susceptible de dos sentidos, de uno de los cuales resulte la validez y del otro la nulidad del acto, según la amplitud o restricción que se le atribuye por las partes, debe en el caso entenderse en uno u otro sentido. Finalmente, se resolvió que “corresponde en el *sub-júdice* la jurisdicción arbitral, atendiendo a que pactada la cláusula compromisoria en el contrato originario que vinculó a las partes en la negociación no finiquitada de que se trata, no es de la competencia de la justicia en lo ordinario”.

En el caso “Welbers” (Boggiano, 1989)⁴⁵ la Cámara de Apelaciones en lo Comercial fue aún más explícita, al resolver la excepción de incompetencia deducida en el marco de una demanda judicial para la constitución de tribunal arbitral. Tratábase de un contrato de compraventa de mercaderías con entrega FOB en el puerto de Hamburgo (Alemania), en el que se había incluido una cláusula arbitral. Iniciada la acción contemplada en el Código Procesal para obtener forzosamente el compromiso arbitral, la demandada dedujo excepción de incompetencia de los tribunales argentinos, fundada en que dicha acción debía tramitar “ante el juez que hubiese sido competente para conocer la causa”, juez que, en el caso, era el tribunal competente de la ciudad de Hamburgo. El Juez de Primera Instancia rechazó la excepción de incompetencia, decisión que la Cámara de Apelaciones confirmó, señalando que “la cláusula arbitral importa una prórroga de la jurisdicción de los órganos del Estado, pactada

⁴⁴ CNCom., sala A, 28/07/1954, Peruzzotti, Arturo c. Asociación Argentina de Criadores de Aves, Conejos y Abejas, Rev. La Ley, 76-324.

⁴⁵ CNCom., sala E, 26/09/1988, Enrique C. Welbers S.A.I.C.A.S. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Für Anlasenbav M.B.V., Rev.

por acuerdo de voluntades, que puede ser instrumentada separadamente del contrato principal, si bien lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato”. Añadió que la forma en que se instrumenta –que puede ser una cláusula incorporada a contratos negociados o incluida en condiciones generales predispuestas por una de las partes– “no altera su naturaleza de convención autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia”. Luego de señalar la insuficiencia del Derecho argentino en materia de arbitraje internacional, dijo el tribunal que “el principio referido de la autonomía de la cláusula compromisoria es internacionalmente admitido y como tal incorporado a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985”, y si bien este principio no ha sido receptado en el Derecho positivo argentino, “habida cuenta de que refleja los principios generalmente admitidos en la materia, puede ser tenida en cuenta a efectos de integrar la carencia de una norma nacional específica”. También hizo notar que esta solución no puede ser ignorada por la demandada, puesto que sus condiciones generales predispuestas contienen una cláusula de sumisión a arbitraje según el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que contiene la aplicación del principio de la autonomía de la cláusula compromisoria.

Este criterio fue ratificado en el caso “Camuzzi”.⁴⁶ Camuzzi Argentina S.A., en su carácter de socio de Sodigas Sur S.A., había iniciado una acción judicial tendiente a obtener una declaración de nulidad de ciertas decisiones de la Asamblea General de la sociedad y de una modificación que se había introducido al Convenio de Accionistas que lo unía con algunos de sus consocios. En el Convenio de Accionistas se había incluido una cláusula arbitral, razón por la que varias de las demandadas opusieron excepción de incompetencia, entendiéndolo que esa petición era materia que había sido sometida a arbitraje. En primera instancia se acogieron las excepciones de incompetencia (circunscriptas a la incompetencia judicial para entender en la nulidad del Convenio) haciendo mérito a que “asumir competencia en cuestiones de materia disponible por las partes sometidas al arbitraje implicaría un abuso jurisdiccional violatorio del derecho de propiedad” y que “subestimar la capacidad de decisión de los tribunales arbitrales es una conclusión que contraviene los orígenes mismos del Derecho comercial”.⁴⁷ La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión. En lo que aquí interesa, sostuvo: “El punto central de la cuestión a dilucidar radica

⁴⁶ CNCom., sala A, 27/8/1999, Camuzzi Argentina S.A. c. Sodigas Sur S.A., Rev. ED, 185-125.

⁴⁷ Al haberse planteado la incompetencia sólo respecto de la pretensión de anular el Convenio de Accionistas, el juez retuvo competencia para entender en la acción por nulidad de la decisión adoptada por la Asamblea.

en establecer si ante la sola pretensión de invalidez aquí esgrimida, ha quedado sin efecto la cláusula compromisoria estipulada por las partes en el Convenio de Accionistas del 25/11/1997, o si es posible que la misma se mantenga vigente para decidir la cuestión, aun cuando la controversia sea precisamente dicha competencia. Atendiendo además que la causa determinante de ambos reclamos –fundantes de la acción instaurada– resultaría ser la modificación del Convenio de Accionistas, que habría sido ejecutado en la asamblea cuya decisión se impugna. Luego, no puede soslayarse que receptor la posición de la recurrente implicaría exceder, conforme *infra* se verá, el marco de continencia brindado. Ya que si el desplazamiento de la jurisdicción arbitral es permitido ante un planteo como el aquí efectivizado, se podría impedir con facilidad la intervención de aquella, apartándose así de la originaria intención común de las partes. Luego, debe adoptarse en el *sub lite* una interpretación amplia que mantenga aquella vía elegida, en tanto no surge de autos que la misma haya sido dejada sin efecto, siendo que la cuestión no resulta de orden público.” Añadió el tribunal que “el acuerdo arbitral pactado aparecería dotado en la especie de la suficiente autonomía necesaria” y que “no puede desconocerse que la intención de las partes ha sido atribuir jurisdicción a quienes habrán de resolver los diferendos que se originen”. Por lo que concluyó: “De allí entonces que no parece admisible que la autoridad judicial se atribuya la facultad de declarar por sí lo que tiene que ser materia de un pronunciamiento de los árbitros. Es decir, no le corresponde a este tribunal apreciar en esta oportunidad la cuestión que ha motivado la incidencia. Ya que una decisión sobre el punto importaría invadir la competencia arbitral que en su plenitud comprende la facultad de conocer por sí misma sobre su propia jurisdicción. En síntesis, sólo se debe controlar aquí la existencia de la antes mentada cláusula, correspondiendo al tribunal arbitral establecer su interpretación. Y es así que haciendo hincapié en que el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria es admitido internacionalmente, este tribunal ha decidido que no altera la naturaleza de convención autónoma de la cláusula arbitral la forma en que se instrumenta, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción para resolver una eventual controversia. Es decir, entonces, que la misión del tribunal de justicia en esta etapa se reduce a comprobar la existencia de la cláusula compromisoria y la realidad de las desinteligencias que la han puesto en movimiento. Por lo demás la autonomía antes expuesta ha sido establecida a través de reglas precisas en la Convención de Viena del 11/04/1980, ratificada por la República Argentina por ley 22.765 del 24/03/1983 que en su artículo 81.1 dispone que la resolución del contrato no afectará las estipulaciones relativas a la solución de controversias,

habiéndose entendido que se refiere a las cláusulas de selección del foro, entre las que se encuentra, sin dudas, el acuerdo arbitral. También el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional establece en el artículo 21 que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia. Idéntica previsión se encuentra en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial del 21/06/1985”.

Más recientemente, en el caso “Smit”,⁴⁸ la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió que, “como principio, la cláusula compromisoria constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato y que la suerte de este último –así se invoque su nulidad, su inexistencia o su rescisión– no acarrea necesariamente la invalidez del pacto arbitral, en tanto no se pruebe que el consentimiento al arbitraje está viciado de invalidez, cuestión esta última ajena a este conflicto”. Hizo notar también que “la nulidad o rescisión del contrato no afecta la validez y vigencia de la cláusula compromisoria –formalmente inserta en un cuerpo contractual pero que constituye una manifestación autónoma de voluntad contractual– que recibe su vigor por la fuerza del artículo 1197 del Código Civil”.⁴⁹

4. Conclusión

El artículo 1653 del Código Civil y Comercial, al recoger legislativamente el principio de la separabilidad del acuerdo arbitral, ha venido a subsanar un notorio vacío legal que, aunque en ocasiones no ha impedido el reconocimiento legal del principio de la separabilidad, era ostensible.

Lo que, de todas maneras, era posible argumentar por aplicación de los principios y normas generales en materia de contratos,⁵⁰ es ahora derecho positivo. Ya no será necesario recurrir a construcciones doctrinarias ni referencias al derecho comparado para sostener que la cláusula compromisoria constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato y que la suerte de este último –así se invoque su nulidad, inexistencia, resolución o rescisión– no acarrea necesariamente la invalidez del pacto arbitral, en tanto no se pruebe que el consentimiento al arbitraje está viciado. Y ya no será posible discutir que la cláusula compromisoria, aunque formalmente inserta en un cuerpo contractual, constituye una

⁴⁸ CNCyCF, sala 1, 1/03/2011, Smit International Argentina S.A. c. Puerto Mariel S.A., publicada con nuestro comentario en Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa (ed. La Ley), año II, N° 5, octubre de 2011, ps. 285 a 314.

⁴⁹ En el caso, las partes estaban vinculadas por contratos de charteo de remolcadores, que contenían una cláusula arbitral. Iniciada por una de las partes una acción judicial, con base en el artículo 742 del CPCCN, tendiente a obtener forzosamente el compromiso arbitral para poder dar inicio al arbitraje, la demandada resistió la pretensión alegando que el contrato base había sido declarado rescindido y que con ello se había extinguido el acuerdo arbitral.

⁵⁰ Ver nuestro comentario al fallo Smit International Argentina S.A. c. Puerto Mariel S.A., citado.

manifestación autónoma de voluntad que tiene fuerza obligatoria por sí misma, con independencia de la suerte que corra el resto de las estipulaciones del contrato.

Bibliografía.

Ancel, Pascal y Gout, Olivier (1999) *Revue de l'arbitrage*, N° 2, ps. 354 y ss.

Boggiano, Antonio (1989) “Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el Derecho internacional de las privatizaciones” *Rev. La Ley* - 1989-E-304.

Briseño Sierra, Humberto (1979) *El arbitraje comercial*- Cámara de Comercio – México, p. 27

Burghetto, María Beatriz (2004) “Current status of arbitration legislation in Argentina” - *Journal of International Arbitration* - Vol. 21 - N° 6, ps. 479 y ss.

Caivano, Roque J. (2008) *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada* - Universidad del Rosario – Bogotá, p. 69 y ss.

Caivano, Roque J. “La eficacia jurídica de la cláusula compromisoria”- *El Derecho* – Tomo 181-155.

Caivano, Roque J. (2001) “La pericia arbitral y una nueva muestra de la falta de cultura arbitral” - *Rev. JA* -I-134.

Caivano, Roque J. (2000) *Arbitraje*- Ad Hoc - 2ª edición - Buenos Aires, ps. 319 y 320.

Caivano, Roque J. (1997) “El compromiso arbitral: una institución inconveniente” - *Rev. La Ley* - F-1177.

Caivano, Roque J. (1995) “La excepción de incumplimiento contractual” - *Rev. La Ley* -D-667.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2005) “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”, en Silva Romero, Eduardo (dir.) *El contrato de arbitraje* Legis y Universidad del Rosario – Bogotá, ps. 779 y ss.

Chukwumerije, Okezie (1994) *Choice of law in international commercial arbitration*- Quorum Books - Westport

Davis, Kenneth R. (1999) “A model for arbitration law: Autonomy, cooperation and curtailment of State power” - *The Fordham Urban Law Journal* - Vol.26, ps. 167 y ss.

Delaume, Georges (1988) *Law and practice of transnational contracts* - Oceana - Nueva York.

Derains, Yves (1995) “Le processus arbitral CCI, VIIIème partie. Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international”- *ICC Bulletin* - Vol.6 - N° 1, ps. 10 y ss.

Dimolitsa, Antonias (1998) “Autonomie et kompetenz-kompetenz”- *Revue de l'arbitrage* - N° 2. ps. 305 y ss.

Egle, Andre V. (2002/2004) “Back to Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.: To challenge an arbitration agreement you must challenge the arbitration agreement” - *Washington Law Review* - Vol. 78 - N° 1, ps. 119 y ss.

Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel y Goldman, Berthold (1996) *Traité de l'arbitrage commercial international* - Litec. – París, p. 216

Grigera Naón, Horacio A. (1989) “La autonomía del acuerdo arbitral”- *Rev. La Ley* - D-1107.

Hirshman, Linda R. (1985) “The second arbitration trilogy: The federalization of Arbitration Law”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 71, ps. 1330 y ss.

Holtzman, Howard M. y Neuhaus, Joseph E. (1996) *A guide to the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration: legislative history and commentary* - Kluwer Law International, p. 479.

Lew, Julian D.M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Stefan M. (2003) *Comparative international commercial arbitration* - Ed. Kluwer Law International.

Loquin, Eric (2004) “Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises” - en Mourre, Alexis (dir.) *Les Cahiers de l'arbitrage, ed. Gazette du Palais* – Vol. II, París, ps.49 y ss.

Macneil, Ian R., Speidel, Richard E y Stipanowich, Thomas J. (1994) *Federal Arbitration Law: Agreements, awards, and remedies under the Federal Arbitration Act* - Little, Brown & Co. - Boston –N° 15.2.

Martínez Vázquez de Castro, Luis (1991) *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*- Civitas ,Madrid

Marzorati, Osvaldo J. (1999) “Enforcement of arbitration agreement in Latin America: Argentina”, en Cremades, Bernardo M. (ed.): *Enforcement of arbitration agreements in Latin America. Papers presented at the 1998 Vancouver IBA Conference* Kluwer Law International, p. 9 y ss.

Mayer, Pierre (1998) “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire” - *Revue de l'arbitrage* - N° 2, ps.159 y ss.

Monestier, Tanya J. (2001) “Nothing comes from nothing... or does it? A critical reexamination of the doctrine of the separability in american arbitration” - *The American Review of International Arbitration* - Vol. 12, ps. 223 y ss.

Mustill, Michael J. y Boyd, Stewart C. (1989) *Commercial arbitration* - Butterworths – Londres.

Rau, Alan Scott (1996) “The New York Convention in American Courts”- *The American Review of International Arbitration* - N° 7, ps. 213 y ss.

Redfern, Alan y Hunter, Martin (2004) *Law and practice of international commercial arbitration* - Sweet & Maxwell - 4ª edición – Londres.

Reuben, Richard C. (2003) “First Options, consent to arbitration, and the demise of separability: restoring access to Justice for contracts with arbitration provisions”-*University of Missouri School of Law Review* - N° 56, ps. 819 y ss.

Reuben, Richard C. (1997) “Public Justice: Toward a state action theory of Alternative Dispute Resolution” - *California Law Review* - N° 85, ps. 577 y ss.

Ring, Ben (2002) “Separability. A tale of two agreements”, *Society of Construction Law*, Londres.

Rivera, Julio César (2005) “Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia” - *Rev. La Ley -D-156*.

Rosen, Janet A. (1994) “Arbitration under Private International Law: The doctrines of separability and competence de la competence” - *Fordham International Law Journal* - Vol. 17, ps. 599 y ss.

Samuel, Adam (2000) “Separability of arbitration clauses. Some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the Administration of Justice” - *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* - Vol. 9, ps. 36 y ss.

Sanders, Pieter (1987) “L’autonomie de la clause compromissoire” - *en Hommage à Frédéric Eisemann* - ICC Publishing – París, ps. 31 y ss.

Schwebel, Stephen M. (1987) *International arbitration: three salient problems* - Ed. Grotius Publications - Cambridge, UK, ps. 5, 3 y 4.

Stempel, Jeffrey W. (1991) “A better approach to arbitrability” - *Tulane Law Review* - Vol. 65, ps. 1377 y ss.

Svernlöv, Carl; Carroll Lewis “What isn't, ain't. The current status of the doctrine of separability” - *Journal of International Arbitration* - Vol. 8, N° 4, ps. 37 y ss.

Van Hof, Jacomijn J. (1991) “Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules” - ed. Kluwer Law International, p. 143.

Wetter, J. Gillis (1983) “Salient features of Swedish arbitration clauses” - *Yearbook of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* - ps. 33 y ss.