

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 5 - 2021



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 5-2021



© Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Principia No. 5-2021 / Septiembre 2021

Envío de convocatoria 03 de febrero de 2021

Recepción de artículos 14 de mayo de 2021 al 15 de julio de 2021

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de disputas. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas perteneces exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de
Controversias de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA
LA RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Carieles Bolet

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo

Editorial

CONSEJO EDITORIAL

Diego Castagnino

Asesor de la Dirección Editorial

Mario Bariona Grassi

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Ramón Escovar Alvarado

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Desde el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) nos complace presentar la quinta edición de *Principia*.

En *Principia* continuamos con nuestra misión de difundir conocimiento académico de calidad sobre los medios alternativos de solución de controversias. Para lograrlo, invitamos a excelentes autores de diversas edades, nacionalidades y experiencias, lo cual le da al lector la posibilidad de acceder a una gran variedad de visiones y enfoques.

En esta entrega contamos con una espléndida entrevista a la profesora Catharine Titi, que nos da una visión única del Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil (UNCITRAL) y lo que significa para el arbitraje de inversión.

Veremos también un artículo del profesor Allan Brewer-Carías, el cual presenta una perspectiva histórica de la evolución de la visión que del Estado Venezolano sobre el arbitraje en el derecho público.

Luego, contamos con un artículo donde Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez hacen un interesante estudio y análisis de la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL.

También se explorará la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia norteamericana y de España con la contribución de Javier Íscar de Hoyos.

Veremos cómo recientes cambios legislativos en México pueden ponerlo en una situación similar a la de España en el contexto de reclamaciones en arbitraje de inversión de la mano de Carlos Molina Esteban.

Con un enfoque teórico, Alejandro Ramírez Padrón nos da una visión de distintas teorías que buscan dar explicación a la fuente de legitimidad y validez del arbitraje internacional.

Finalmente, profesor Claudio Salas, Maria Camila Hoyos, y Soledad Peña abordan las consecuencias jurídicas y prácticas de la denuncia y el retiro de Venezuela de la Convención CIADI.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás revisores que hacen que *Principia* sea posible.

¡Nos vemos en el No. 6!

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora Editorial de *Principia*

Contenido

Arbitraje de Inversión: perspectivas y reformas

Entrevista del Director del CIERC a la Profesora Catharine Titi

pág 11

De la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL

Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez

pág 19

La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público

Allan R. Brewer-Carías

pág 29

El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso Henry Schein v Archer & White

Javier Íscar de Hoyos

Pág 53

Renovables: ¿Sigue México los pasos de España?

Carlos Molina Esteban

pág 89

Aproximación a las teorías de legitimidad y validez que sustentan al arbitraje internacional

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón

pág 127

The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation

Claudio Salas, María Camila Hoyos and Soledad Peña

pág 139

Normas Editoriales de Principia

pág 161

El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso *Henry Schein v Archer & White*

Javier Íscar de Hoyos*

Principia No. 5–2021 pp 53-88

Resumen: Este artículo versará sobre (i) la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la Jurisprudencia Estadounidense de acuerdo con los argumentos esgrimidos en el caso *Henry Schein*, (ii) El criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 27 de junio de 2017 y (iii) un análisis comparativo del alcance adoptado por el Tribunal Supremo de EE.UU., y el Tribunal Supremo de España.

Abstract: This article will address (i) the application of the kompetenz-kompetenz principle in US jurisprudence following the arguments of the *Henry Schein* case, (ii) the criteria covered by the Spanish Supreme Court in its judgment of June 27, 2017, and (iii) comparative analysis of the approaches adopted by the USA and Spanish's Supreme Courts.

Palabras Claves: kompetenz-kompetenz, *Henry Schein*, jurisprudencia.

Keywords: kompetenz-kompetenz, *Henry Schein*, jurisprudence.

* Socio Director en Íscar Arbitraje. Árbitro

Sumario: I. Introducción, II. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Henry Schein Inc. et al v. Archer & White Sales, Inc., A. Antecedentes jurisprudenciales del caso Henry Schein, 1. La competencia para decidir sobre la existencia y validez del convenio arbitral: John Wiley & Sons Inc. v. Livingston y Prima Paint Corp. v. Flood & conklin mfg. Co., 2. Alcance del convenio de arbitraje: clear and unmistakable evidence test, 3. First options of Chicago v. Kaplan, 4. La jurisprudencia del wholly groundless test, B. Estado de la cuestión en la jurisprudencia estadounidense antes del dictado de Henry Schein v. White, 1. Clear and unmistakable evidence test, 2. Wholly groundless test, C. La nueva decisión del TS EE.UU., en Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc., 1. Hechos del caso y antecedentes procesales, 2. Posición expuesta por el profesor George. A. Bermann como *amicus curiae*, 3. Análisis de la decisión del TS EE.UU., en el caso Henry Schein, Inc. et al. v. archer & White Sales, Inc., III. Posición del Tribunal Supremo español en la sentencia de 27 de junio de 2017, A. Supuesto de hecho, B. Decisión, C. Valoración de la sentencia del tribunal supremo de 27 de junio de 2017, IV. Reflexiones sobre el enfoque adoptado por el TS EE.UU., en Henry Schein frente al criterio del Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, V. Conclusión

I. Introducción

El pasado 8 de enero de 2019, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (“TS EE.UU.”) dictó su decisión sobre el caso Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc. En esta resolución declaró que el denominado wholly groundless test aplicado por diversas Cortes de Apelación estadounidenses resulta contrario al Federal Arbitration Act de 1925 (“FAA”).

El wholly groundless test permitía a los órganos judiciales estadounidenses pronunciarse sobre la arbitralidad de la controversia incluso en aquellos casos en los que las partes habían remitido esta cuestión a los árbitros de forma clara e inequívoca. Así, si el tribunal competente consideraba que el objeto del pleito quedaba claramente fuera del alcance del convenio arbitral, el órgano judicial estaba facultado para declarar

que la controversia no era arbitrable (el “Wholly Groundless Test”).

Antes del dictado de la sentencia del caso Henry Schein, el Wholly Groundless Test convivía con otro control de arbitrabilidad de aplicación preferente, que, como se ha dicho, requería la existencia de una evidencia clara e inequívoca de que las partes habían sometido a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia (“Clear and Unmistakable Evidence Test”).

En Henry Schein, el TS EE.UU., ha declarado que el Wholly Groundless Test resulta contrario al FAA. Además, la decisión del TS EE.UU., ha arrojado luz sobre la forma en que ha de interpretarse el Clear and Unmistakable Evidence Test, el cual venía siendo objeto de profunda discusión desde hace años, como luego veremos.

Esta resolución contrasta con la posición adoptada por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, donde acogió la tesis «débil» del principio kompetenz-kompetenz. Resulta destacable que, a pesar de que el principio kompetenz-kompetenz no esté consagrado en la FAA, el TS EE.UU., haya decidido utilizar un enfoque mucho más respetuoso con este

principio que el empleado por el Alto Tribunal español.

El presente artículo abordará (i) la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense a raíz del dictado del caso Henry Schein, (ii) el criterio amparado por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, y (iii) el análisis comparado de los enfoques adoptados por el TS EE.UU., y el Tribunal Supremo español.

II. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Henry Schein Inc. et al v. Archer & White Sales, Inc.

Si bien el caso Henry Schein resuelve varias de las dudas más discutidas en los últimos años respecto de la aplicación del principio kompetenz-kompetenz, su estudio requiere un análisis sistemático de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia dictados por el TS EE.UU.,

Con esta finalidad, este epígrafe abordará (i) los antecedentes jurisprudenciales del caso Henry Schein, (ii) el estado de la cuestión en la doctrina científica estadounidense antes del dictado de la presente resolución, y (iii) el contenido de la

decisión del TS EE.UU., en el caso Henry Schein.

A. Antecedentes jurisprudenciales del caso Henry Schein

Antes de analizar la nueva decisión del TS EE.UU., debemos referirnos, como *prius lógico*, a un conjunto de resoluciones que han configurado tanto (i) el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, como el (ii) *Wholly Groundless Test*. El estudio de estas resoluciones también resulta necesario a los efectos de abordar las causas por las que la decisión del TS EE.UU., ha permitido aclarar el modo en el que debe enjuiciarse si los árbitros pueden o no decidir sobre supropia competencia.

1. La competencia para decidir sobre la existencia y validez del convenio arbitral: John Wiley & Sons Inc. v. Livingston y Prima Paint Corp. v. Flood & conklin mfg. Co.

La primera decisión relevante en esta materia fue emitida por el TS EE.UU., en el caso *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston*¹. En el supuesto enjuiciado, John Wiley & Sons, Inc. (“Wiley”) absorbió la sociedad Interscience Publishers, Inc.

(“Interscience”). Antes de la absorción, el cincuenta por ciento de los empleados de Interscience estaban representados por un sindicato (el “Sindicato”) de acuerdo con un convenio colectivo que contenía una cláusula arbitral.

Así, de un lado, los empleados de Wiley –sociedad de mayor tamaño y número de trabajadores que Interscience – no contaba con ningún sindicato que los representara; de otro lado, el Sindicato sostuvo que el convenio colectivo suscrito con Interscience vinculaba a la sociedad absorbente, lo que fue rechazado por ésta. En consecuencia, el Sindicato inició un procedimiento arbitral contra Wiley con respecto a distintas disputas que estaban cubiertas por el convenio suscrito con Interscience. Por su parte, Wiley se opuso al procedimiento arbitral alegando que el tribunal arbitral no tenía competencia para resolver la disputa, dado que Wiley nunca había firmado el convenio colectivo y, en todo caso, la absorción había causado la extinción del referido convenio.

La cuestión fundamental que debía resolverse era (i) si existía un convenio arbitral válidamente suscrito

¹ *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964).

entre el Sindicato y Wiley, y (ii) si debían ser los órganos judiciales o los árbitros quienes decidieran esta cuestión².

El TS EE.UU., decidió que eran los órganos judiciales quienes, de forma imperativa, debían decidir si un tercero no signatario estaba vinculado por el convenio arbitral³.

En segundo lugar, debemos referirnos a otra resolución emitida por el TS EE.UU., tres años más tarde, estos es, en 1967: el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*⁴.

En esta resolución, *Prima Paint Corporation* (“Prima”) y *Flood & Conklin Manufacturing Company* (“Flood”) celebraron un contrato de consultoría que contenía una cláusula arbitral que estipulaba: «[a]ny controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or the breach there of, shall be set-

led by arbitration in the City of New York, in accordance with the rules then obtaining of the American Arbitration Association [...]». Prima incumplió su obligación de realizar uno de los pagos acordados y Flood inició un procedimiento arbitral en el que exigía que se le abonaran las cantidades debidas. Por su parte, Prima se personó ante los tribunales y solicitó que se declarara que el contrato de consultoría era nulo. Además, Prima solicitó que se emitiera una orden en la que se prohibiera a Flood la continuación del procedimiento arbitral.

Por su parte, el TS EE.UU., estableció que la cuestión que debía ser enjuiciada era «whether claim of fraud in the inducement of the entire contract is to be resolved by the federal court, or whether the matter is to be referred to the arbitrators⁵».

² *Vid.* nota al pie nº 1: «*The threshold question in this controversy is who shall decide whether the arbitration provisions of the collective bargaining agreement survived the Wiley-Interscience merger, so as to be operative against Wiley [...] [h]ere, the question is whether Wiley, which did not itself sign the collective bargaining agreement on which the Union’s claim to arbitration depends, is bound at all by the agreement’s arbitration provision*».

³ S. H. Reisinger, *The rules governing who decides jurisdictional issues: First Options v. Kaplan revisited*, 20 *American Review of International Arbitration* 159 (2009),

p. 3: «*Past cases leave no doubt that the threshold issue of whether a non-signatory is bound by an arbitration clause is for the courts, not the arbitrators. As the Court explained, this must be the case because the “duty to arbitrate being of contractual origin, a compulsory submission to arbitration cannot precede judicial determination that the collective bargaining agreement does in fact create such a duty.” [...] “Thus, just as an employer has no obligation to arbitrate issues which it has not agreed to arbitrate, so a fortiori, it cannot be compelled to arbitrate if an arbitration clause does not bind it at all.”*».

⁴ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

⁵ *Vid.* nota al pie nº 4.

El TS EE.UU., resolvió que los órganos judiciales deben permitir que la controversia sea remitida a arbitraje una vez que hayan podido comprobar que las partes celebraron válidamente el pacto arbitral, tal y como establece la Sección 4 de la FAA⁶.

En definitiva, de acuerdo con los casos John Wiley & Sons y Prima Paint Corporation, en aquellos supuestos en los que la existencia y validez del convenio de arbitraje sea puesta en tela de juicio, la arbitrabilidad de la controversia debe ser determinada por los órganos judiciales.

2. Alcance del convenio de arbitraje: clear and unmistakable evidence test

La siguiente resolución que debe traerse a colación es la correspondiente al caso *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*⁷, dictado en 1986.

En esta disputa, AT&T Technologies, Inc. (“AT&T”) y Communications Workers of America (“CWA”) celebraron un contrato que, según se describe en la resolución

del TS EE.UU., contenía las siguientes estipulaciones:

«[article 8]:

If the National and the Company fail to settle by negotiation any differences arising with respect to the interpretation of this contract or the performance of any obligation hereunder, such differences shall (provided that such dispute is not excluded from arbitration by other provisions of this contract, and provided that the grievance procedures as to such dispute have been exhausted) be referred upon written demand of either party to an impartial arbitrator mutually agreeable to both parties.

[article 9]:

The Union recognizes the right of the Company (subject to the limitations contained in the provisions of this contract, but otherwise not subject to the provisions of the arbitration clause) to exercise the functions of managing the business which involve, among other things, the hiring and placement of Employees, the termination of employment, the assignment of work, the determination of methods and equipment to be used, and the control of the conduct of work.

[article 20]:

[when lack of work necessitates Layoff, Employees shall be Laid-Off in accordance with Term of Employment and by Layoff groups as set forth in the following

⁶ Vid. nota al pie n° 4: «Accordingly, if the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself

⁷ *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U.S. 643 (1986).

[subparagraphs stating the order of layoff].»

En esta controversia, la cuestión sobre la que tuvo que pronunciarse el TS EE.UU., no se refería a la existencia y/o validez de la cláusula compromisoria, sino al *alcance* que debía atribuirse a dicha cláusula.

CWA interpuso una solicitud de arbitraje contra la decisión de AT&T de despedir a setenta y nueve empleados. AT&T procedió al despido de los trabajadores afirmando que la extinción de la relación laboral se amparaba en lo previsto en la cláusula 20 del convenio colectivo. CWA sostuvo que el despido colectivo infringía la reiterada cláusula 20 debido a que no se había producido una reducción de la producción que justificara la medida.

La Corte Federal del Distrito interpretó que la posición de CWA era, cuanto menos, *defendible*, y, en consecuencia, decidió que la disputa debía ser decidida por el árbitro. La Corte de Apelación del Séptimo Circuito confirmó la decisión de instancia.

Para resolver esta cuestión, el TS EE.UU., expuso los cuatro principios que conformaron el marco jurídico aplicable:

«The first principle gleaned from the Trilogy is that “arbitration is a matter of contract, and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit.” [...]

The second rule, which follows inexorably from the first, is that the question of arbitrability - whether a collective bargaining agreement creates a duty for the parties to arbitrate the particular grievance - is undeniably an issue for judicial determination. Unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise, the question of whether the parties agreed to arbitrate isto be decided by the court, not the arbitrator⁸. [...]

The third principle derived from our prior cases is that, in deciding whether the parties have agreed to submit a particular grievance to arbitration, a court is not to rule on the potential merits of the underlying claims. Whether “arguable” or not, indeed even if it appears to the court to be frivolous, the union’s claim that the employer has violated the collective bargaining agreement is to be decided not by the court asked to order arbitration, but, as the parties have agreed, by the arbitrator. [...]

⁸ *Operating Engineers v. Flair Builders, Inc.*, 406 U. S. 487, 406 U. S. 491 (1972); *Atkinson v. Sinclair Refining Co.*, 370 U. S. 238, 370 U. S. 241 (1962), *Boys Markets, Inc. v. Retail Clerks*, 398 U. S. 235 (1970); y *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U. S. 614, 473 U. S. 626 (1985) vía *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U.S.643 (1986).

Finally, it has been established that, where the contract contains an arbitration clause, there is a presumption of arbitrability in the sense that “[a]n order to arbitrate the particular grievance should not be denied unless it may be said with positive assurance that the arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute. Doubts should be resolved in favor of coverage.”»

Así, sobre la base de los principios expuestos, el TS EE.UU., concluyó que la Corte de Apelación del Séptimo Circuito había errado en su decisión, al no entrar a valorar si las partes habían decidido someter a arbitraje las controversias relativas a los despidos que pudieran realizarse de conformidad con la cláusula 20 del convenio.

En el presente caso, la existencia y validez del convenio arbitral no constituían cuestiones litigiosas. Por el contrario, los principios sobre los que descansa la resolución del TS EE.UU., parten de la base de que lo que debía determinarse era el *alcance* del convenio arbitral⁹.

Además, en *AT&T v. CWA*, el TS EE.UU., declaró que la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia debía ser enjuiciada por los órganos

judiciales, *a menos que las partes hayan acordado de forma clara e inequívoca que la competencia del tribunal arbitral será decidida por los árbitros.*

3. First options of *Chicago v. Kaplan*

A partir de las tres resoluciones analizadas en los apartados anteriores, puede interpretarse que el TS EE.UU., ha distinguido entre dos tipos de situaciones en las que la competencia para enjuiciar la controversia debe ser determinada:

Primera, aquellas en las que la propia existencia y validez del convenio arbitral es cuestionada por los litigantes. En estos casos, de conformidad con la Sección 4 del FAA, esta disputa será decidida por los tribunales estadounidenses.

Segunda, aquellos otros casos en los que la existencia y validez de la cláusula compromisoria no resulta controvertida, pero donde el *alcance* del contrato de arbitraje no está fijado con claridad. Cuando se da este escenario, el TS EE.UU., determinó que la competencia para decidir la jurisdicción del tribunal arbitral

⁹ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 5.

corresponde también a los órganos judiciales, «*unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise*».

Fijado el criterio mantenido por el TS EE.UU., hasta 1995, conviene referirnos al último antecedente jurisprudencial cuyo estudio resulta necesario a los efectos de analizar el estado de la cuestión antes del dictado de la sentencia del caso *Henry Schein v. Archer & White Sales*, esto es, el caso *First Options of Chicago v. Kaplan*¹⁰.

En esta controversia, First Options of Chicago (“First Options”) suscribió un contrato de reestructuración de deudas con D. Manuel Kaplan, su esposa y la sociedad de la que era propietario el Sr. Kaplan: MK Investments, Inc. (“MKI”). El contrato de reestructuración de deudas estaba compuesto por cuatro documentos; a su vez, uno de ellos contenía una cláusula arbitral, la cual únicamente fue suscrita por la sociedad, MKI.

Tras la firma del contrato de reestructuración, la parte deudora no

pudo llevar a buen término el cumplimiento del acuerdo, por lo que First Options requirió el pago del total de la deuda y solicitó el inicio de un arbitraje ante la Philadelphia Stock Exchange.

MKI se mostró conforme con el inicio del arbitraje. Sin embargo, el Sr. y Sra. Kaplan rechazaron que se encontraran vinculados por la cláusula arbitral dado que no habían suscrito el referido compromiso, por lo que solicitaron a los tribunales nacionales que declararan que el arbitraje no podía tramitarse frente a ellos.

En esta controversia, el TS EE.UU., abordó el problema de *quién debe tener la facultad principal de decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia*¹¹. En efecto, se trata de un asunto de evidente importancia práctica, dado que el *estándar de revisión* con el que los órganos judiciales deben enjuiciar esta materia depende del entendimiento que se alcance sobre si las partes decidieron o no someter la controversia a arbitraje¹².

¹⁰ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

¹¹ *Vid.* nota al pie nº 10: «*who should have the primary power to decide [the arbitrability of the dispute]*».

¹² *Vid.* nota al pie nº 10: «*We believe the answer to the “who” question (i. e., the standard-of-review question) is fairly simple. Just as the arbitrability of the merits of a dispute depends upon whether the parties agreed to arbitrate that dispute, see, e. g., Mastrobueno v. Shearson Lehman Hutton, Inc., ante, at 57; Mitsubishi*

En este nuevo pronunciamiento, el TS EE.UU., fundó su decisión en el criterio ya expuesto en el caso *AT&T v. CWA*, al resolver:

«This Court, however, has (as we just said) added an important qualification, applicable when courts decide whether a party has agreed that arbitrators should decide arbitrability: Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is “clear and unmistakable” evidence that they did so. *AT&T Technologies*, supra, at 649; see *Warrior & Gulf*, supra, at 583, n. 7. **In this manner the law treats silence or ambiguity about the question “who (primarily) should decide arbitrability” differently from the way it treats silence or ambiguity about the question “whether a particular merits-related dispute is arbitrable because it is within the scope of a valid arbitration agreement”**—for in respect to this latter question **the law reverses the presumption**»

Si bien en *AT&T v. CWA*, resulta claro que el *Clear and Unmistakable*

Evidence Test se aplica, exclusivamente, a aquellas controversias en las que se discuta el alcance del convenio arbitral, en *First Options v. Kaplan* no parece existir esta limitación. En efecto, el Sr. y la Sra. Kaplan negaban haber suscrito convenio arbitral alguno con *First Options*. Por tanto, el TS EE.UU., parece sugerir que esta regla puede/debe extenderse a todo supuesto relativo a la determinación de la arbitrabilidad de la disputa.

Por otro lado, el TS EE.UU., afirma que en los supuestos en los que el alcance del convenio arbitral resulte incierto, operará la presunción en favor del arbitraje mencionada¹³. Sin embargo, el TS EE.UU., también señala que la competencia para analizar la jurisdicción del tribunal arbitral constituye una materia que requiere un tratamiento especial, de forma que, cuando se discuta si los árbitros pueden decidir sobre la arbitrabili-

Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U. S. 614, 626 (1985), so the question “who has the primary power to decide arbitrability” turns upon what the parties agreed about that matter. Did the parties agree to submit the arbitrability question itself to arbitration? If so, then the court’s standard for reviewing the arbitrator’s decision about that matter should not differ from the standard courts apply when they review any other matter that parties have agreed to arbitrate. See *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U. S. 643, 649 (1986) (parties may agree to arbitrate arbitrability); *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U. S. 574, 583, n. 7 (1960) (same). That is to say, the court should give considerable leeway to the arbitrator, setting aside his or her decision only in certain narrow circumstances. See, e. g., 9 U. S. C. § 10. If, on the other hand, the parties did not agree to submit the arbitrability question itself to arbitration, then the court should decide that question just as it would decide any other question that the parties did not submit to arbitration, namely, independently. These two answers flow inexorably from the fact that arbitration is simply a matter of contract between the parties».

¹³ *Id.* nota al pie nº 7.

dad de la controversia, la citada presunción se invierte en favor de la vía jurisdiccional¹⁴.

Sobre la base de los criterios expuestos, el TS EE.UU., concluyó que la arbitrabilidad de la disputa debía ser plenamente revisada por los tribunales estadounidenses, dado que los Kaplan no habían referido a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia de forma *clara e inequívoca*.

4. La jurisprudencia del *wholly groundless test*

De forma paralela, debemos referirnos al desarrollo del *Clear and Unmistakable Evidence Test* realizado por las Cortes de Apelación estadounidenses con posterioridad al dictado de los casos *AT&T v. CWA* y *First Options v. Kaplan*.

Las Cortes de Apelación enjuiciaron distintos casos en los que las partes

habían remitido a los árbitros la arbitrabilidad de la controversia de forma *clara e inequívoca*. A pesar de ello, algunas Cortes de Apelación decidieron introducir un segundo test: el *Wholly Groundless Test*. Así, diversos tribunales estadounidenses han venido realizando un segundo control dirigido a comprobar si la arbitrabilidad de la disputa resultaba *totalmente infundada*. Si así era, el órgano judicial debía declarar la falta de competencia del tribunal arbitral¹⁵.

B. Estado de la cuestión en la jurisprudencia estadounidense antes del dictado de *Henry Schein v. White*

Después de *First Options v. Kaplan* y antes del dictado de la sentencia del caso *Henry Schein v. White*, existía cierta discusión en la doctrina científica y la jurisprudencia estadounidense en relación con (i) la

¹⁴ Vid. nota al pie nº 10: «[...] *this difference in treatment is understandable. The latter question arises when the parties have a contract that provides for arbitration of some issues. In such circumstances, the parties likely gave at least some thought to the scope of arbitration. And, given the law's permissive policies in respect to arbitration, see, e. g., Mitsubishi Motors, supra, at 626, one can understand why the law would insist upon clarity before concluding that the parties did not want to arbitrate a related matter. See Domke § 12.02, p. 156 (issues will be deemed arbitrable unless "it is clear that the arbitration clause has not included" them). On the other hand, the former question—the "who (primarily) should decide arbitrability" question—is rather arcane. A party often might not focus upon that question or upon the significance of having arbitrators decide the scope of their own powers.*».

¹⁵ *Qualcomm, Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F. 3d 1366 (Fed. Cir. 2006): «*A district court's inquiry in order to be "satisfied" pursuant to section 3 of the FAA begins with the question of who has the power to determine the arbitrability of a dispute between the parties. If the court concludes that the parties clearly and unmistakably intended to delegate the power to an arbitrator, then the court should also inquire as to whether the party's assertion of arbitrability is "wholly groundless."*».

correcta aplicación del *Clear and Unmistakable Evidence Test*, y sobre (ii) la compatibilidad del *Wholly Groundless Test* con la FAA.

1. Clear and unmistakable evidence test

Como se ha visto, la jurisprudencia del TS EE.UU., previa a *First Options* había distinguido entre aquellas situaciones en las que alguna de las partes litigantes negaba la existencia o validez del convenio de arbitraje, y aquellas otras en las que la cuestión objeto de controversia se refería al alcance de la cláusula arbitral. Así, en las primeras, la cuestión debía ser resuelta por los órganos judiciales de forma imperativa; mientras que en las segundas, los árbitros podían decidir sobre su propia competencia si ésta era la voluntad clara e inequívoca de las partes¹⁶.

El citado criterio no fue puesto en tela de juicio hasta el dictado de la sentencia de *First Options v. Kaplan*. En ella, el TS EE.UU., analizó un supuesto en el que existía una cláusula arbitral válidamente suscrita entre First Options y MKI. Sin embargo, otra de las partes litigantes –el Sr. y la Sra. Kaplan– no habían firmado

ningún compromiso arbitral. El TS EE.UU., utilizó el *Clear and Unmistakable Evidence Test* expuesto en *AT&T* para determinar que la arbitralidad de la controversia debía ser resuelta por los órganos judiciales.

Esta decisión causó confusión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, ya que el TS EE.UU., no esclareció si estaba reformulando el criterio contenido en *AT&T*, o si su razonamiento partía de la base de que existía una cláusula arbitral válidamente suscrita de la que únicamente había que determinar su alcance.

Si no fuera suficiente con la ambigua terminología empleada por el TS EE.UU., diversas resoluciones judiciales desatendieron el hecho de que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* no había sido creado en *First Options*, sino en *AT&T*, por lo que obviaron el supuesto de hecho sobre el que se aplicó el *Clear and Unmis-*

¹⁶ *Vid.* nota nº 1, nº 4 y 7.

takable Evidence Test por primera vez¹⁷.

En efecto, esta circunstancia no fue siempre tenida en cuenta por la jurisprudencia estadounidense, lo que, unido al hecho de que no resultaba indubitado si el TS EE.UU., había reformulado el criterio aplicado en *John Wiley & Sons, Prima Paint Corp.* y en *AT&T*, tuvo como consecuencia que diversas resoluciones decidieran aplicar el *Clear and Unmistakable Evidence Test* en casos en los que la existencia y validez del acuerdo de arbitraje estaba siendo impugnada¹⁸.

Un claro ejemplo de esta confusión puede encontrarse en el pronunciamiento emitido por la Corte de Apelación del Segundo Circuito en el caso *Abram Landau v. Bevona*¹⁹:

«We read First Options as a clarification of the type of evidence needed to submit to arbitration a dispute regarding **whether parties ever entered into a valid arbitration agreement at all**».

En efecto, la Corte de Apelación del Segundo Circuito señaló de forma correcta que en *First Options* los recurrentes habían defendido «*que no existía un contrato de arbitraje válidamente suscrito*» (traducción libre)²⁰. La aplicación del *Clear and Unmistakable Evidence Test* en dicho caso implicaba –a juicio del Segundo Circuito– que las controversias relativas a la existencia de la cláusula arbitral no debían ser necesariamente resueltas por los órganos judiciales si existía una *evidencia clara e inequívoca* de que las partes habían referido a los árbitros la prerrogativa de decidir sobre su propia competencia.

De igual forma, otros pronunciamientos de los tribunales estadounidenses llegaron a decisiones similares al interpretar la postura del TS EE.UU., en *First Option*²¹.

Partiendo de esta base, la decisión del TS EE.UU., en *First Options* ha sido objeto de un intenso estudio en

¹⁷ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 10: «*That the issue of which forum -- court or arbitrator -- is being discussed in the context of a dispute about the scope of the arbitration agreement is clear because of the Court's citation to and quotation from AT&T. It is often overlooked that First Options did not create the "clear and unmistakable" evidence test. Quite to the contrary, First Options is reciting a test that the Court articulated in its AT&T decision*».

¹⁸ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ *Abram Landau Real Estate v. Bevona*, 123 F.3d 69, 73 (2d Cir. 1997).

²⁰ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, pp. 12: «*[the appellants had] argued that no valid arbitration agreement existed*».

²¹ *Riley Manufacturing Co. v. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 779; y *Contec Corp. v. Remote Solution Co. Ltd.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005).

un intento de integrar la Sección 4 del FAA, el caso *AT&T v. CWA* y *First Options v. Kaplan*, así como de resolver si el TS EE.UU., reformuló su doctrina en 1995, o si la resolución no fue entendida de forma correcta.

Resulta de particular interés referirnos a aquellas posiciones que han analizado el caso *First Options* señalando que el TS EE.UU., empleó un lenguaje ambiguo, el cual ha sido precisamente la fuente de las confusiones posteriores y del desarrollo de una jurisprudencia desacertada. Así, la ambigüedad del TS EE.UU., es analizada por REISBERG en los siguientes términos²²:

«The reason that the First Options decision has become such a source of confusion is that the Court did not approach the case by using the established “two threshold question” framework in its analysis. In other words, the Court in its decision did not ask: (1) is there a dispute about whether an arbitration agreement exists between the parties and (2) if so, does this particular dispute fall within the scope of the arbitration agreement.

Instead, the Court stated the issue before it as the determination of “who should have the primary power to decide” about “the arbitrability of the dispute.” This characterization of the issue is a mistake. This is

because the term “arbitrability” can apply to either an objection challenging the existence of an arbitration agreement or an objection based on the scope of an arbitration agreement. The same problem was repeated when the Court phrased the issue before it as “how a court should decide whether the parties have agreed to submit the arbitrability issue to arbitration.”

As a result, the Court’s conclusion that “a court must defer to an arbitrator’s arbitrability decision when the parties submitted that matter to arbitration” simply repeats the ambiguity. This ambiguity permeates the entire decision in First Options [...]

What is clear is that, from this point on, what the Court is addressing are the rules governing disputes about the scope of an arbitration clause. A review of the Court’s dicta following “a word about how a court should decide whether the parties have agreed to submit the arbitrability issue to arbitration” reveals that the Court is now using the term “arbitrability” to refer only to disputes about the scope of the arbitration provision. At no time does the Court during this discussion make any reference to, or say anything specifically about, how courts should decide the separate issue of whether an arbitration clause exists. To the contrary, [...] the Court’s entire discussion presumes that there is an arbitration clause in existence between the parties.»

De acuerdo con lo anterior, a pesar de que los Kaplan negaban la existencia de un convenio arbitral que les

²² S. H. Reisberg, *Op. cit.*, pp. 9-10.

vinculara, el TS EE.UU., habría entendido que la existencia y validez del acuerdo de arbitraje entre First Options y MKI no era controvertido, por lo que se pronunció sobre si el *alcance* del contrato de arbitraje se extendía a los Kaplan²³.

Esta interpretación permitiría conciliar las posturas adoptadas por el TS EE.UU., en *AT&T* y *First Options* de forma coherente. Además, resulta también compatible con el tenor literal de la Sección 4 de la FAA, ya que, de acuerdo con el propio Reisberg, el citado precepto de la FAA debe entenderse en el sentido que sólo los tribunales nacionales podrán enjuiciar la existencia y validez de los convenios arbitrales²⁴.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que el dictado de *First Options* ha causado cierta confusión en la doctrina y jurisprudencia estadounidense, dado que, en apariencia, esta

resolución habría reconfigurado el *Clear and Unmistakable Evidence Test*. Sin embargo, una lectura conjunta de los pronunciamientos previos del TS EE.UU., y de la Sección 4 del FAA sugiere que los mismos principios existentes antes del dictado de *First Options* seguían resultando plenamente aplicables después de que se emitiera esta decisión. En consecuencia, si (i) la existencia y validez del convenio arbitral es impugnada, los órganos judiciales deberían resolver necesariamente este extremo; y, si (ii) el objeto del pleito fuera el *alcance* del convenio arbitral, los árbitros podrían enjuiciar la disputa si las partes acordaron de forma *clara e inequívoca* someter esta decisión a los árbitros.

En todo caso, es evidente que, después de del dictado de *First Options* en 1995, resultaba necesario que el

²³ No obstante, si bien es cierto que la interpretación expuesta por Reisberg resulta convincente, y permite integrar los casos *AT&T* y *First Options*, también debe hacerse notar que otras sentencias del TS EE.UU., ya habían resuelto que la extensión del convenio arbitral a un tercero no-signatario era una cuestión que debía ser obligatoriamente resuelta por los órganos judiciales. Por lo tanto, resulta necesario interpretar que se ha producido, al menos en cierta medida, una modificación del criterio del TS EE.UU. Véase *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964): «*Past cases leave no doubt that the threshold issue of whether a non-signatory is bound by an arbitration clause is for the courts, not the arbitrator.*».

²⁴ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 5: «*The rule that any challenge to the existence of a binding arbitration agreement may not, under any circumstances, be referred by the court to the arbitrators for decision is dictated by the rules set forth in the Court's decisions in Wiley, Prima Paint and AT&T.* Sin embargo, el caso *Prima Paint* no utiliza una terminología tan definitiva (*vid.* nota al pie nº 4): «*Accordingly, if the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself – an issue which goes to the “making” of the agreement to arbitrate – the federal court may proceed to adjudicate it.*». Debe destacarse que el TS EE.UU., no utilizó la expresión «*shall*» sino «*may*» lo que plantea dudas sobre si, en efecto, la FAA es manifiestamente incompatible con la posibilidad de que los árbitros puedan decidir sobre la existencia y validez del convenio arbitral.

TS EE.UU., arrojará algo de luz sobre este debate.

2. Wholly groundless test

Como se expuso en el apartado 1.1.4, después del dictado de los casos *AT&T* y *First Options*, diversos tribunales empezaron a enfrentarse a una cuestión estrechamente ligada con el alcance del acuerdo de arbitraje, esto es, si una cláusula arbitral que incorpora por referencia las reglas de una institución en la que se contiene el principio *kompetenz-kompetenz* cumple el *Clear and Unmistakable Evidence Test*.

Esta cuestión ha sido resuelta en sentido afirmativo por numerosas resoluciones judiciales estadounidenses, las cuales han sostenido que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* se considera satisfecho cuando las partes prevén que un determinado

reglamento – que incorpora la regla *kompetenz-kompetenz*– regirá el procedimiento arbitral²⁵. Esta línea de pronunciamientos judiciales ha sido criticada por parte de la doctrina, al entender que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* no puede considerarse superado por la concurrencia de esta circunstancia²⁶.

Como se ha expuesto, la Corte de Apelación del Circuito Federal abordó este problema en el caso *Qualcomm v. Nokia* introduciendo una solución que, como veremos, ha tenido que ser revisada por el TS EE.UU., en *Henry Schein*. En efecto, en *Qualcomm* – al igual que sucedió en otras decisiones de las Cortes de Apelación²⁷–, la cláusula arbitral litigiosa expresaba que el procedimiento arbitral se regiría por las reglas de la AAA, las cuales establecen que «[t]he arbitral tribunal

²⁵ *Petrofac, Inc. v. Dyn McDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012): «that the express adoption of [the AAA Rules] presents clear and unmistakable evidence that the parties agreed to arbitrate arbitrability»; *Oracle Am., Inc. v. Myriad Group, A.G.*, 724 F.3d 1069, 1074-1075 (9th Cir. 2013); *Green v. SuperShuttle Int'l, Inc.*, 653 F.3d 766, 769 (8th Cir. 2011): «By incorporating the AAA Rules, the parties agreed to allow the arbitrator to determine threshold questions of arbitrability»; *Auwah v. Coverall N. Am., Inc.*, 554 F.3d 7, 11 (1st Cir. 2009): «[incorporation of AAA rules provides] clear and unmistakable evidence [that parties meant to arbitrate arbitrability]»; *Daiei, Inc. v. U.S. Shoe Corp.*, 755 D. Supp. 299 (D. Haw. 1991); *Terminix International Co., LP v. Palmer Ranch Ltd. Partnership* 432 F.3d 1327 (11th Cir. 2005); *Contec. Corp. v. Remote Solutions Co.*, 398 F.3d 205 (2d Cir. 2005); *Shaw Group Inc. v. Triplefine International Corp.* 322 F.3d 115 (2d Cir. 2003); *Brandon et al. v. MedPartners, Inc.* 203 F.R.D. 677 (S.D. Fla. 2001); y *Apollo Computer, Inc. v. Berg*, 866 F.2d 469 (1st Cir. 1989).

²⁶ R. Hulbert, *Institutional Rules and Arbitral Jurisdiction: when party intends not "clear and unmistakable"*, 17 American Review of International Arbitration 545 (2006), pp. 1-2.

²⁷ *Vid.* nota al pie nº 25

shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope, or validity of the arbitration agreement(s)». El tribunal consideró que las partes habían sometido a los árbitros la arbitrabilidad de la controversia de forma *clara e inequívoca*.

Sin embargo, a pesar de que el control previsto en *AT&T* y en *First Options* se había considerado supe- rado, la Corte de Apelación decidió introducir un test adicional: este se- gundo control pretendía enjuiciar si la arbitrabilidad de la pretensión ejercitada era *totalmente infundada* –*Wholly Groundless Test*–²⁸.

El *Wholly Groundless Test* ha sido revisado por las Cortes de Apelación de distintos Circuitos sin que se haya alcanzado un consenso²⁹ –como ha seña- lado el propio TS EE.UU.–, lo que ha requerido que la cuestión sea definitiva- mente resuelta por el Alto Tribunal estadounidense.

C. *La nueva decisión del TS EE.UU., en Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc*

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores apartados, resultaba necesa- rio que el TS EE.UU., interviniera aportando algo de luz sobre las dis- cusiones en las que estaba inmersa la doctrina y jurisprudencia estadouni- dense, esto es, sobre (i) la forma en que debía interpretarse el caso *First Options* y el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, y sobre (ii) la compa- tibilidad del *Wholly Groundless Test* con el FAA.

1. Hechos del caso y antece- dentes procesales

Archer & White Sales, Inc. (“Ar- cher & White”) es una empresa dedicada ala distribución de equipo dental. Archer & White celebró un contrato con Pelton & Crane –fabri- cante de equipo dental–, con el objeto de distribuir los productos de Pelton & Crane. La relación comer- cial terminó rompiéndose y Archer & White interpuso acciones legales contra los sucesores de Pelton & Crane y contra Henry Schein, Inc.

²⁸ J. Carter & J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford University Press (2010), pp. 223-224.

²⁹ *Simply Wireless, Inc. v. T-Mobile US, Inc.*, 877 F. 3d 522 (CA4 2017); *Douglas v. Regions Bank*, 757 F. 3d 460 (CA5 2014); *Turi v. Main Street Adoption Servs., LLP*, 633 F. 3d 496 (CA6 2011); *Qualcomm, Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F. 3d 1366 (CA Fed. 2006), con *Belnap v. Iasis Healthcare*, 844 F. 3d 1272 (CA10 2017); y *Jones v. Waffle House, Inc.*, 866 F. 3d 1257 (CA11 2017)

(colectivamente, “Schein”) ante la Corte Federal del Distrito de Texas. En particular, la demanda de Archer & White alegaba que los demandados habían vulnerado el Derecho de la competencia aplicable, exigiendo que se le compensara por daños los ocasionados, y solicitando la adopción de medidas cautelares.

El contrato que dio pie a la controversia contenía una cláusula arbitral cuyo tenor literal expresaba³⁰:

«Disputes. This Agreement shall be governed by the laws of the State of North Carolina. Any dispute arising under or related to this Agreement (except for actions seeking injunctive relief and disputes related to trademarks, trade secrets, or other intellectual property of [Schein]), shall be resolved by binding arbitration in accordance with the arbitration rules of the American Arbitration Association [(AAA)]. The place of arbitration shall be in Charlotte, North Carolina.»

Tras la interposición de la demanda, Schein solicitó a la Corte del Distrito que remitiera el enjuiciamiento de la controversia a arbitraje. Por su parte, Archer & White se opuso a esta petición, ya que parte de las pretensiones ejercitadas se referían a la adopción de medidas cautelares,

lo que estaba expresamente excluido del alcance del convenio arbitral.

El objeto del litigio discutido en primera instancia fue la determinación de quién debía decidir si la disputa sobre Derecho de la competencia debía remitirse a arbitraje.

De un lado, las reglas de la AAA contienen el principio *kompetenz-kompetenz*, por lo que Schein alegó que el hecho de que la cláusula arbitral previera que las reglas de la AAA regirían el procedimiento arbitral significaba que los árbitros debían decidir sobre su propia competencia.

De otro lado, Archer & White sostuvo que, en los casos en los que la pretensión de remitir la controversia a arbitraje es *totalmente infundada*, deben ser los órganos judiciales quienes resuelvan sobre la arbitrabilidad de la controversia.

La Corte del Distrito se pronunció en el sentido expuesto por Archer & White y resolvió que la solicitud de Schein de someter la cuestión arbitraje no superaba el *Wholly Groundless Test*. La Corte de Apelación confirmó esta decisión.

³⁰ Henry Schein, Inc., et al. v. Archer & White Sales, Inc., 586 U.S. (2019).

De acuerdo con los antecedentes expuestos, el TS EE.UU., abordó la pregunta de si el *Wholly Groundless Test* es compatible con el FAA.

2. Posición expuesta por el profesor George A. Bermann como *amicus curiae*

Antes de iniciar el estudio de la decisión emitida por el TS EE.UU., conviene referirnos a la posición expuesta en el *Brief of amicus curiae in support of respondent* presentado el 25 de septiembre de 2018 por el Profesor George A. Bermann (“Alegación *Amicus Curiae*”).

En la Alegación *Amicus Curiae*, el Prof. Bermann muestra su conformidad con la decisión del Quinto Circuito respecto a que la controversia debía ser decidida por los tribunales estadounidenses –en lugar de por los árbitros–. No obstante, critica que esta decisión haya sido alcanzada con base en el *Wholly Groundless Test*. En su lugar, el Prof. Bermann considera que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* no puede considerarse superado por el hecho de que la cláusula arbitral prevea la aplicación de un reglamento de una institución que

incorpora el principio *kompetenz-kompetenz*.

La afirmación del Prof. Bermann se fundamenta en distintos argumentos³¹:

Primero, considera que el acuerdo de las partes para que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia no excluye la intervención de los órganos judiciales.

Segundo, no puede considerarse que una cláusula-modelo en la que se remiten todas las controversias a un arbitraje administrado bajo las reglas de una determinada institución – que incorporan el principio *kompetenz-kom-petenz*– sea suficiente para entender que las partes decidieron *clara e inequívocamente* encomendar a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia. En este sentido, considera que la introducción del principio *kompetenz-kompetenz* en los distintos reglamentos se ha convertido en una práctica habitual, motivo por el cual no puede constituir una *evidencia clara e inequívoca* de que las partes sometieron la arbitrabilidad de la controversia a los propios árbitros.

³¹ *Brief of amicus curiae in support of respondent* presentado el 25 de septiembre de 2018 por el Profesor George A. Bermann.

Tercero, considera que el caso *First Options* ha creado una fuerte presunción de que la responsabilidad primaria para establecer la arbitrabilidad de la controversia corresponde a los órganos judiciales.

Con arreglo a lo anterior, la Alegación *Amicus Curiae* exponía que resultaba necesario que la cuestión fuera aclarada por el TS EE.UU., de forma que se pusiera fin a las dudas interpretativas existentes hasta la fecha.

3. Análisis de la decisión del TS EE.UU., en el caso *Henry Schein, Inc. et al. v. archer & White Sales, Inc*

El TS EE.UU., deja claro desde el comienzo de su resolución que el *Wholly Groundless Test* no resulta compatible ni con el FAA ni con los precedentes dictados por el Alto Tribunal estadounidense.

En efecto, el TS EE.UU., comienza afirmando que «*arbitration is a matter of contract*»³², motivo por el cual los tribunales deben interpretar los contratos de arbitraje de acuerdo con sus estrictos términos, lo que se extiende a la decisión sobre la arbitrabilidad de la controversia. La

postura del TS EE.UU., no necesita aclaración alguna:

«We must interpret the Act as written, and the Act in turn requires that we interpret the contract as written. When the parties' contract delegates the arbitrability question to an arbitrator, a court may not override the contract. In those circumstances, a court possesses no power to decide the arbitrability issue. That is true even if the court thinks that the argument that the arbitration agreement applies to a particular dispute is wholly groundless.

That conclusion follows not only from the text of the Act but also from precedent. We have held that a court may not “rule on the potential merits of the underlying” claim that is assigned by contract to an arbitrator, “even if it appears to the court to be frivolous.” *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.

S. 643, 649–650 (1986). A court has “no business weighing the merits of the grievance” because the “agreement is to submit all grievances to arbitration, not merely those which the court will deem meritorious.” *Id.*, at 650 (quoting *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U. S. 564, 568 (1960)).

That AT&T Technologies principle applies with equal force to the threshold issue of arbitrability. Just as a court may not decide a merits question that the parties have delegated to an arbitrator, a court may not decide an arbitrability

³² *Vid.* nota al pie nº 30.

question that the parties have delegated to an arbitrator.»

Como puede observarse, la posición del TS EE.UU., es tajante, rechazando expresamente el primer argumento del Prof. Bermann en la Alegación *Amicus Curiae*³³. En efecto, en caso de que se llegue a la conclusión de que las partes han decidido someter la arbitrabilidad de la controversia a los propios árbitros, los órganos judiciales estadounidenses tienen vedado analizar si la controversia es –o no– arbitrable.

El TS EE.UU., también rechazó de forma expresa los cuatro argumentos expuestos por Archer & White:

Primero, Archer & White alegó que, de conformidad con las Secciones 3 y 4 del FAA, los tribunales nacionales deben mantener la disputa en vía judicial hasta que estén convencidos de que el litigio puede ser referido a arbitraje. Además, la Sección 4 del FAA establece que la controversia no será remitida a arbitraje hasta que el tribunal no haya comprobado que la validez de la cláusula no está en entredicho. El TS EE.UU., rechazó esta postura afirmando:

«This Court has consistently held that parties may delegate threshold arbitra-

bility questions to the arbitrator, so long as the parties' agreement does so by "clear and unmistakable" evidence. First Options, 514 U. S., at 944 (alterations omitted); see also Rent-A-Center, 561 U. S., at 69, n. 1. **To be sure, before referring a dispute to an arbitrator, the court determines whether a valid arbitration agreement exists.** See 9 U. S. C. §2. But if a valid agreement exists, and if the agreement delegates the arbitrability issue to an arbitrator, a court may not decide the arbitrability issue.»

Debe destacarse que, además de rechazar el primer argumento de Archer & White, el TS EE.UU., parece haber tomado el testigo para aclarar algunas de las reflexiones e incertidumbres expuestas por la doctrina científica estadounidense, esto es, si de acuerdo con la Sección 4 del FAA, las cuestiones relativas a la validez y existencia del contrato de arbitraje *deben* ser resueltas por los órganos judiciales, mientras que las relativas a su alcance *pueden* –si concurren ciertas condiciones– ser sometidas a la decisión de los árbitros.

Si bien este extremo no puede ser contestado de forma rotunda, una interpretación literal y teleológica de los términos expuestos por el TS EE.UU., parece ofrecer una res-

³³ *Vid.* nota al pie nº 31, p. 11: «Competence-competence has never been understood in U.S. law to render arbitral authority to determine arbitrability exclusive»

puesta afirmativa: de un lado, se reconoce que las partes pueden delegar a los árbitros la decisión sobre la arbitrabilidad de la controversia si manifiestan su intención *clara e inequívoca* – sin que distinga entre disputas relativas a la existencia y validez del convenio y aquellas referidas a su *alcance*–; de otro lado, seguidamente, se precisa «*to be sure, before referring a dispute to an arbitrator, the court determines whether a valid arbitration agreement exists*». Así, según se desprende del sentido literal del texto, con el objeto de establecer si existe una *evidencia clara e inequívoca* de la intención de las partes de atribuir a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia, *los tribunales nacionales* determinarán si el convenio arbitral es válido – como antecedente lógico que permita establecer si la voluntad de las partes fue remitir la arbitrabilidad de la controversia a los árbitros de forma *clara e inequívoca*–³⁴.

En consecuencia, parece que puede concluirse que el TS EE.UU., se alinea con la tesis expuesta por

Reisberg³⁵ en el sentido de considerar que (i) la existencia y validez del convenio debe ser fijada por los tribunales nacionales, mientras que (ii) el *alcance* del convenio de arbitraje *puede* ser sometido, mediante una manifestación de voluntad *clara e inequívoca*, a los árbitros.

Segundo, Archer & White defendió que si los tribunales podían revocar las decisiones de los árbitros *a posteriori* –Sección 10(a)(4) del FAA–, también debían tener la autoridad de revisar la arbitrabilidad de la controversia antes de que ésta fuera sometida a la decisión de los árbitros.

El TS EE.UU., rechazó este argumento limitándose a observar que el Congreso de los Estados Unidos configuró el FAA con un determinado contenido, de manera que el TS EEUU no está facultado para rediseñar una norma aprobada por los órganos legislativos. Además, manifestó que cuando las partes de un contrato remiten una determinada disputa a arbitraje, un tribunal nacional no puede entrar a conocer el fondo del asunto *incluso si considera*

³⁴ No obstante, es cierto que el inciso transcrito del TS EE.UU., cita el caso *First Options* en relación con el test de la *evidencia clara e inequívoca*, en lugar del caso *AT&T*, lo cual también puede resultar un indicio en sentido contrario.

³⁵ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 16.

que la demanda del actor no goza de base alguna³⁶.

Tercero, Archer & White argumentó que eliminar el *Wholly Groundless Test* conllevaría un desperdicio de tiempo y dinero, ya que impediría paralizar los procedimientos arbitrales en aquellos supuestos en los que es evidente que la controversia no puede ser decidida mediante este mecanismo.

La respuesta del TS EE.UU., fue, de nuevo, rotunda: el FAA no contiene una excepción de este tipo. Además, concluyó que resultaba dudoso que el *Wholly Groundless Test* permita ahorrar tiempo y dinero de forma generalizada.

Cuarto, Archer & White manifestó que el *Wholly Groundless Test* resulta necesario a los efectos de desalentar demandas arbitrales “frívolas”.

De nuevo, el TS EE.UU., reiteró que no resulta posible que un tribunal re-

configure el FAA por el hecho de que la introducción del *Wholly Groundless Test* pueda ser conveniente desde un punto de vista de política legislativa.

En definitiva, el TS EE.UU., resolvió que el *Wholly Groundless Test* resulta incompatible con el FAA.

Por último, el TS EE.UU., estableció que no emitía opinión alguna respecto a si, en el caso enjuiciado, las partes habían sometido a los árbitros la competencia para decidir sobre la propia competencia, dado que esta cuestión no fue analizada por la Corte de Apelación³⁷.

En efecto, el interrogante de si la incorporación del principio *kompetenz-kom-petenz* a través de las reglas de una institución arbitral resulta aceptable quedó sin resolver por parte del TS EE.UU., y la postura expuesta por el Prof. Bermann no llegó a ser valorada³⁸.

³⁶ Vid. nota al pic nº 30, pp. 6-7: «When the parties' contract assigns a matter to arbitration, a court may not resolve the merits of the dispute even if the court thinks that a party's claim on the merits is frivolous».

³⁷ Vid. nota al pic nº 30, p. 8: «We express no view about whether the contract at issue in this case in fact delegated the arbitrability question to an arbitrator. The Court of Appeals did not decide that issue. Under

³⁸ Our cases, courts “should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is clear and unmistakable evidence that they did so.” *First Options*, 514 U. S., at 944 (alterations omitted). On remand, the Court of Appeals may address that issue in the first instance».

G. Sassine & Z. A. Pestine, *Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.: Upholding Principles of Arbitration, but Leaving Open Question Regarding Competence-Competence in Arbitral Rules as “Clear and Unmistakable” Evidence that Parties Agreed to Arbitrate Arbitrability*, Kluwer Arbitration Blog

III. Posición del Tribunal Supremo español en la sentencia de 27 de junio de 2017

Una vez expuesto el pronunciamiento del TS EE.UU., del pasado mes de enero de 2019, resulta de particular interés realizar una breve revisión del enfoque adoptado por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017³⁹.

En este pronunciamiento, los magistrados del Tribunal Supremo decidieron acoger la llamada «tesis débil» del principio *kompetenz-kompetenz*, adoptando un estándar de revisión total y pormenorizado sobre la arbitrabilidad de la controversia en el momento en que se presenta una declinatoria.

En esta sentencia, además, se rechazó aplicar la interpretación «elástica» del convenio arbitral adoptada por la Sala en resoluciones anteriores sobre la base de que el contrato litigioso era un contrato de adhesión.

A. Supuesto de hecho

La sociedad Agrumexport, S.A. (“Agrumexport”) decidió interpo-

ner acciones legales contra Banco Popular Español, S.A. (“Banco Popular”) para solicitar la nulidad de un contrato de «Swap Apalancado Euribor-Popular» y «Put con Barrera» (las “Confirmaciones”) que habían sido suscritos por los litigantes. La demanda fue formulada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Murcia.

Con carácter previo, las partes habían celebrado también un contrato marco de operaciones financieras (“CMOF”) que contenían una cláusula arbitral del siguiente tenor literal: «*Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de Equidad*»

Banco Popular interpuso declinatoria ante el Juzgado de instancia por sumisión a arbitraje, la cual fue desestimada tanto por el órgano *a quo*, como, tras la interposición del recurso de apelación, por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo abordó dos cuestiones: (i) el estándar de revisión que deben aplicar los órganos judi-

(<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/23/schein-inc-v-archer-white-sales-inc-upholding-principles-of-arbitration-but-leaving-open-question-regarding-competence-competence-in-arbitral-rules-as-clear-and-unmistakable/>).

³⁹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 409/2017, de 27 de junio.

ciales a la validez del convenio arbitral y, en consecuencia, la interpretación que debe concederse al principio *kompetenz-kompetenz*; y (ii) si en el caso enjuiciado, la controversia suscitada entre Agrumexport y Banco Popular debía ser remitida a arbitraje.

B. Decisión

En relación con los dos interrogantes expuestos, el Tribunal Supremo se pronunció en el siguiente sentido:

A.- Con respecto a la interpretación del principio *kompetenz-kompetenz*, el Alto Tribunal expuso que existen dos tesis sobre esta cuestión. La «tesis fuerte», conforme a la cual *«la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo [...], los órganos judiciales podrían*

revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia».

La «tesis débil» fue definida como aquella *«según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo el litigio»*.

Tras esta exposición, el Tribunal Supremo se decantó por la tesis «débil»⁴⁰, alegando que, si el legislador hubiera querido acoger la «tesis fuerte», lo hubiera recogido expresamente en la Ley de Arbitraje española (la “LArb”)⁴¹. Además, citó diversas normas internacionales que permiten que los tribunales naciona-

⁴⁰ Vid. sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 844/2006, de 5 de septiembre; nº 920/2006, de 27 de septiembre; y nº 776/2007, de 9 de julio vía M. De Benito, *Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la kompetenz-kompetenz*, Revista del Club Español del Arbitraje nº 1/2008 (<https://www.uria.com/es/publicaciones/buscador-publicaciones.html?id=1901&pub=Publicacion>).

⁴¹ A. I. Blanco y P. Quizá, *Control Judicial de la Validez del Convenio Arbitral en un Contrato de Adhesión: Sentencia núm. 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, p. 547

les analicen la validez del convenio arbitral⁴².

B.- Por otro lado, el Alto Tribunal analiza la interpretación que debe darse a una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión. Sobre este extremo, realiza diversas valoraciones relevantes:

Primero, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, *«la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “explícita, clara, terminante e inequívoca”»*.

Segundo, los convenios arbitrales contenidos en contratos de adhesión deben ser interpretados de acuerdo con la legislación aplicable a este tipo de contratos. En particular, el Tribunal Supremo considera que la cláusula compromisoria resulta favorable a los intereses del Banco Popular, por lo que aplica la regla *contra proferentem*⁴³. Así, rechaza aplicar la interpretación «elástica» del convenio arbitral adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2005⁴⁴, debido a que el contrato litigioso era un contrato de adhesión⁴⁵.

⁴² En concreto, el Tribunal Supremo cita el art. II.3 de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, el art. 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, y el Considerando 12 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012.

⁴³ *Vid.* nota al pie nº 39, FD 5º: *«La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación contra proferentem, de que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que fue él quien la dispuso en el contrato, por convenir a sus intereses, y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa»*.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 605/2005, de 12 de julio: *«La sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1989 ya señaló que “la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que (se) deben apreciar no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso, aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada-Sentencias de 24 de abril de 1953, 13 de mayo de 1960, 25 de octubre de 1982 y 15 de diciembre de 1987-, lo que lleva en el caso presente a entender que la cuestión litigiosa no es ajena a lo establecido en la cláusula de sometimiento, según entendió ya el Juzgado y la Audiencia Provincial, pues obviamente aunque dicha cláusula, repetida en los contratos sucesivos celebrados entre las partes, se refiere como objeto de arbitraje a la “interpretación” de los referidos contratos, necesariamente ha de acudirse a tal “interpretación” de lo convenido para determinar si el reconocimiento por el representante legal de la actora de ciertos incumplimientos -reconocimiento cuya nulidad se pretende en la demanda- se ajustaba a la realidad de los compromisos contractualmente asumidos o, por el contrario, carecía de base en relación con tales compromisos»*.

⁴⁵ También puede citarse la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 485/2002, de 23 de mayo: *«La cuestión controvertida fue interpretada por el árbitro de equidad en el sentido de que estaba comprendida en los términos amplios del convenio arbitral, lo cual entra en el círculo de sus facultades. Señala la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988: “... se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes,*

Tercero, basándose en lo anterior, al interpretar el contenido de la cláusula arbitral, declara que *«No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF»*. Además, el Alto Tribunal afirma que las Confirmaciones y el CMOF *«tienen una sustantividad negocial diferenciada del contrato de CMOF y de la simple ejecución del éste»*. En consecuencia, *«La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral contenido en dicha condición general»*.

Por último, nuestro Alto Tribunal terminó concluyendo que:

«Lo decisivo es, [...], si puede considerarse que el adherente ha aceptado de

manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. [...], no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, **hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF** y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco»

En conclusión, el Tribunal Supremo decidió que el *alcance* del convenio arbitral no se extendía a las acciones de nulidad interpuestas frente a las Confirmaciones.

C. Valoración de la sentencia del tribunal supremo de 27 de junio de 2017

A.- En primer lugar, la adopción de la llamada tesis «débil» del princi-

*la delimitación de la controversia sometida a arbitraje...? La falta de competencia del árbitro para conocer de la cuestión podrá ser alegada por las partes, pero ello no impedirá por sí mismo que no pueda resolver (art. 23 Ley de Arbitraje), y podrá ser causa de un recurso de anulación del laudo (art. 45.4º Ley de Arbitraje). Pero lo que no cabe es que en vía jurisdiccional se pretenda ignorar el convenio arbitral y sus efectos mediante una interpretación del mismo, cuando el árbitro ha puesto en funcionamiento el procedimiento arbitral, sin reparar siquiera en la posibilidad de que su laudo fuese confirmado por rechazarse el recurso de anulación interpuesto». En este sentido, la sentencia es interpretada por M. De Benito, *Op. cit.*, en los siguientes términos: «En todo caso, se hace hincapié incluso, como argumento adicional, en la importancia del *second look* judicial, característica del sistema de Ginebra: el tribunal a quo no tuvo en cuenta que el laudo se hallaba recurrido en anulación y podía, por tanto, ser confirmado (o anulado): ello, en todo caso, en sede de anulación, y no al resolver sobre la excepción de sumisión a arbitraje.».*

pio *kompetenz-kompetenz* no parece seguir el espíritu de la LArb⁴⁶.

El art. 22.1 de la LArb establece que los árbitros son competentes para decidir sobre la validez del convenio arbitral. Al contrario que la FAA, nuestra ley de arbitraje ha incorporado el principio *kompetenz-kompetenz* como parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la competencia de los árbitros paradecidir sobre su propia competencia queda fuera de toda duda –sin perjuicio de que esta facultad pueda no tener carácter exclusivo o excluyente–.

Por otro lado, el art. 11.1 de la LArb estipula «*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*».

El art. 7 de la LArb establece que «*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal,*

salvo en los casos en que ésta así lo disponga».

Debe resaltarse que tanto el art. 11.1 como el 7 de la LArb señalan que los tribunales no podrán *conocer/intervenir* en las controversias sometidas a arbitraje *salvo en los casos* que la LArb lo disponga. De ser así, la afirmación «[c]uando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente» realizada por el Tribunal Supremo, sería, cuantomenos, dudosa.

Además, la Exposición de Motivos de la LArb establece: «[h]a de resaltar que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de *Kompetenz-Kompetenz*: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyen-

⁴⁶ Es cierto que este postulado cuenta con argumentos tanto a favor como en contra. En este sentido, véase M. De Benito, *Op. cit.*: «[...] la Ley de Arbitraje de 2003 no consagra expresamente ninguno de los dos sistemas: hay argumentos para ambos. Ello obliga a los jueces a un especial esfuerzo de interpretación. La tendencia casi unánime de nuestros tribunales –y aquí radica la clave de la presente reseña jurisprudencial– pasa por seguir aplicando el sistema tradicional de cognición inmediata y plena; y ello no obstante el creciente apoyodoctrinal a la versión extensiva • del efecto negativo de la regla *Kompetenz-Kompetenz*, al control judicial sólo *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral en la declinatoria».

do a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia».

Es cierto que el inciso transcrito se refiere a una situación muy concreta, esto es, a la facultad de las partes de participar en la designación de los árbitros aunque se opongan a su competencia para decidir la controversia. No obstante, y a pesar de esta circunstancia, los términos empleados por la Exposición de Motivos no parecen sugerir que la competencia para analizar de forma integral la validez del convenio arbitral sea compartida por los árbitros y los órganos judiciales.

Además, debe tenerse en cuenta que la adopción de la tesis «débil» podría considerarse incongruente con el art. 41.1.a) de la LArb, ya que en al-

gunos casos los órganos judiciales revisarían de forma completa la validez de la cláusula compromisoria tanto antes del inicio del arbitraje – en la declinatoria– como, posteriormente, tras su finalización –en sede de anulación del laudo–⁴⁷. Así, a pesar del efecto de la cosa juzgada, la existencia de dos mecanismos idénticos para enjuiciar la validez de la cláusula compromisoria en dos momentos distintos da lugar a una situación procesalmente disfuncional.

Por otro lado, también es cierto que el Tribunal Supremo no estaba obligado a elegir entre la tesis «fuerte» y la tesis «débil», ya que, como ha señalado la doctrina científica, existen opciones intermedias que resultaban perfectamente razonables⁴⁸.

⁴⁷ Es cierto que esta disfunción no se produciría en todos los supuestos, sino sólo en aquellos en los que se inicie un procedimiento judicial en el que se formule una declinatoria por sometimiento a arbitraje. Por otro lado, también debe señalarse que parte de la jurisprudencia española ha rechazado que la posibilidad de enjuiciar la validez del convenio en sede de anulación impida el conocimiento pleno de la cuestión en la declinatoria (M. De Benito, *Op. cit.*): «*Los tribunales españoles han seguido tradicionalmente el primer sistema, y así han conocido siempre con plenos efectos de la validez del convenio arbitral, con independencia de si se ha incoado ya o no el arbitraje, nada más plantearseles la cuestión por vía de excepción o de declinatoria, y sin que la existencia de la acción de anulación modifique en nada ese conocimiento pleno e inmediato*». Aunque, también debe tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de mayo de 2002 parece separarse de este criterio (M. De Benito, *Op. cit.*): «*En todo caso, se hace hincapié incluso, como argumento adicional, en la importancia del second look judicial, característica del sistema de Ginebra: el tribunal a quo no tuvo en cuenta que el laudo se hallaba recurrido en anulación y podía, por tanto, ser confirmado (o anulado); ello, en todo caso, en sede de anulación, y no al resolver sobre la excepción de sumisión a arbitraje*».

⁴⁸ F. G. Prol, *La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) (Comentarios de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo 409/2017 de 27 de junio)*, LA LEY 14287/2017, p. 2:

B.- En segundo lugar, las Confirmaciones sí deben ser entendidas como *la* forma de ejecución del contrato marco.

Las valoraciones del Tribunal Supremo en relación con este punto también presentan reflexiones de interés.

Primero, el requisito de que el sometimiento a arbitraje se produzca de forma «*explícita, clara, terminante e inequívoca*» recuerda en buena medida a los términos empleados por el TS EE.UU., en relación con el *Clear and Unmistakable Evidence Test* –si bien no resulta necesario que las partes manifiesten su voluntad de que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia, dado que este extremo ya está expresamente reconocido en el art. 22 de la LArb–⁴⁹.

Segundo, nuestro Alto Tribunal considera que el CMOF y las Confirmaciones tienen una «*sustantividad negocial diferenciada*», por lo que se trata de dos contratos independientes. De acuerdo con lo anterior, considera que el *alcance* del convenio arbitral insertado en el CMOF no abarca la nulidad de las Confirmaciones, ya que su nulidad no se corresponde con la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF.

Algunas posiciones han negado que las confirmaciones del CMOF puedan tener *sustantividad negocial* propia, como sostiene el Tribunal Supremo, dado que las operaciones –ya se trate de swaps o de otro tipo de producto financiero– necesitan de la concurrencia de ambos documentos –CMOF y confirmación– para poder configurarse⁵⁰.

«Podría pensarse que la extensión del control de la nulidad del laudo por parte del órgano judicial, debería limitarse a aquellos casos en los que son patentes, claras, manifiestas, la nulidad del convenio, su ineficacia o su inaplicabilidad. Es decir, seguir una vía intermedia situada entre la tesis «fuerte» y la tesis «débil» de interpretación de la aplicación del principio kompetenz-kompetenz, que antes fueron evocadas.

Como ya se ha dicho, el TS no es partidario de ninguna vía intermedia y si de aquella que permite al órgano judicial la revisión de todas las circunstancias que puedan afectar a la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Posición ésta un poco extrema, ya que, entre que el órgano judicial conozca sólo de la mera apariencia de la existencia de un convenio arbitral y que tenga que conocer de cuantas circunstancias (sin importar su relevancia) puedan afectar a la validez y producción de efectos del convenio arbitral, no parece que haya dificultades irresolubles para encontrar territorios intermedios [...].»

⁴⁹ Vid. nota al pie nº 7 y nº 10.

⁵⁰ F. G. Prol, *Op. Cit.*, p. 7: «*En suma, no parece que se pueda predicar del CMOF y de las Confirmaciones que lo desarrollan el carácter de «sustantividad negocial» que la Sentencia les atribuye. A lo más que se podría*

Es cierto que esta cuestión puede presentar algunas dudas, dado que, normalmente, el consentimiento emitido para la suscripción del CMOF y de las confirmaciones se emite en dos momentos distintos y, en ocasiones, mediante formas también distintas. Así, las confirmaciones suelen concluirse días después de la firma del CMOF y, habitualmente, el consentimiento se emite por vía telefónica –mientras que en el caso del CMOF, se realiza por escrito, mediante firma–. Por lo tanto, debe distinguirse entre dos consentimientos diferentes emitidos por el cliente del banco⁵¹.

Además, también puede interpretarse que el CMOF y las confirmaciones tienen un objeto distinto: de un lado, el objeto del CMOF sería la «*regulación de la relación comercial que surja entre las Partes, como consecuencia de la realización de las Operaciones*»⁵², mientras que el de las confirmaciones podría deno-

minarse «la constitución de una determinada prestación económica, a cambio de un precio –cobertura de tipos de interés, etc.–».

En consecuencia, existiendo dos consentimientos emitidos de forma separada, y dos objetos distintos, podría entenderse que se trata también de dos contratos distintos –*aunque íntimamente relacionados*– que pretenden regular una sola operación económica –piénsese, por ejemplo, en que muchas operaciones de inversión se articulan mediante una pluralidad de contratos–.

La anterior conclusión no obsta para que la decisión del Tribunal Supremo pueda considerarse desacertada, habida cuenta que, tanto si se trata de dos documentos que no tienen *sustantividad comercial* propia, como si se entiende que se trata de dos contratos conexos, la consecuencia sigue siendo la misma: las Confirmaciones son la

llegar, es a considerarlos como elementos formales (que plasman la voluntad de las partes) dotados de una cierta «singularidad documental», ya que son dos documentos diferentes, pero de cuya conjunción surge la operación, el negocio, que las partes han querido realizar».

⁵¹ Piénsese, de un lado, en un contrato que incorpora diversos anexos que pueden regular aspectos muy diversos del negocio jurídico que pretende constituirse. En estos casos, el contrato consta de distintos documentos, pero se emite el único consentimiento para la celebración del negocio –la firma–. De otro lado, esos mismos documentos pueden formalizarse separadamente, de forma que se suscriban distintos contratos, en cada uno de los cuales las partes habrían emitido un consentimiento independiente para contratar. En el primer caso, tenemos una operación regulada en un único contrato –con distintos anexos–; en el segundo caso, tenemos una operación regulada en distintos contratos, cada uno de los cuales regula una parte de la operación económica que pretende constituirse.

⁵² CMOF, Cláusula Segunda.

única forma posible para que se lleve a cabo la *ejecución* del CMOF.

Así, cabría plantearse ¿de qué otra forma puede ejecutarse el CMOF si no es con la suscripción de las distintas operaciones previstas en dicho contrato marco? Resulta evidente que no podrían producirse ningún tipo de disputas respecto a la ejecución del CMOF si no llegara a suscribirse ninguna operación. De hecho, ni siquiera podría incumplirse obligación alguna, dado que la realización de la prestación y el pago del precio únicamente se configuran/fijan desde el momento en el que las partes formalizan un swap, una opción o futuro, una compra-venta de divisas, etc.

Por lo tanto, la única forma posible en la que el CMOF puede ser *ejecutado*, de acuerdo con el objeto expresado en su Cláusula Segunda, es mediante la conclusión de las diversas operaciones.

Con arreglo a lo anterior, el inciso final empleado por el Alto Tribunal - *«no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje*

cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco» - debería llevarnos a la tesis contraria. En efecto, si la única forma de ejecutar el CMOF es la suscripción de operaciones, ha de concluirse que Agrumexport aceptó *clara e inequívocamente* someter a arbitraje las cuestiones relativas a la validez de las operaciones - ante la ausencia de otros argumentos adicionales por parte del Tribunal Supremo-.

IV. Reflexiones sobre el enfoque adoptado por el TSE E.U., en Henry Schein frente al criterio del Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017

Es evidente que las decisiones emitidas en por el TSE E.U., y por el Alto Tribunal español son distintas, adoptan criterios distintos, y el ordenamiento jurídico sobre el que se apoyan son también radicalmente distintos. Así, no parece posible analizar cuál de estas resoluciones adopta una decisión más certera, dado que ambas sentencias tienen la obligación de ajustarse a las normas emitidas por los respectivos órganos

legislativos, y a interpretarlas –en mayor o menor medida– guardando una cierta coherencia con las resoluciones previamente dictadas.

No obstante, resulta interesante revisar el enfoque adoptado por ambos Tribunales, así como el espíritu con el que permiten el sometimiento a arbitraje como medio de resolución de conflictos –ya sea a favor o en contra–.

De un lado, en Estados Unidos el FAA regula esta materia, estableciendo que los tribunales nacionales deberán comprobar que existe un acuerdo de arbitraje antes de remitir el enjuiciamiento de la controversia a los árbitros⁵³.

Además, el principio *kompetenz-kompetenz* no tiene rango legal, sino que, de acuerdo con el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, debe ser pactado por las partes en la cláusula compromisoria como medio indispensable para que los árbitros puedan decidir sobre el alcance del convenio arbitral.

De otro lado, en España, el art. 22.1 de la LArb establece expresamente que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia. De esta forma, en principio,

el problema de si los árbitros pueden enjuiciar la arbitrabilidad de la controversia queda automáticamente resuelto –sin perjuicio de que pueda interpretarse la voluntad de las partes caso por caso–.

Sobre la base de lo anterior, es llamativo que el TS EE.UU., aplique de forma más restrictiva el principio *kompetenz-kompetenz* que el Tribunal Supremo español, a pesar de que en Estados Unidos este principio no esté tan claramente respaldado en el FAA como lo está en la LArb.

Como hemos visto, en *Henry Schein*, el TS EE.UU., llegó a afirmar «[w]e must interpret the Act as written, and the Act in turn requires that we interpret the contract as written. When the parties' contract delegates the arbitrability question to an arbitrator, a court may not override the contract. In those circumstances, a court possesses no power to decide the arbitrability issue». En cambio, nuestro Alto Tribunal mantiene un espíritu absolutamente contrario al expuesto por el TS EE.UU., al realizar un enjuiciamiento completo del alcance del convenio arbitral a pesar de que el principio *kompetenz-kom-*

⁵³ Sección 4 de la FAA.

petenz esté expresamente consagrado en la LArb.

El TS EE.UU., distingue entre aquellos casos en los que la existencia y validez del contrato de arbitraje es impugnado, de aquellos otros en los que es el *alcance* del convenio lo que debe ser determinado, aplicando criterios distintos en cada caso. Por el contrario, el Tribunal Supremo español acoge la tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz* incluso con respecto al *alcance* del convenio arbitral⁵⁴.

Esta diferencia de enfoque no se produce exclusivamente al comparar la postura del Tribunal Supremo español con el TS EE.UU., sino que también puede apreciarse en relación con otros países de nuestro entorno, o en lo que se refiere a la interpretación atribuida a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional.

En este sentido, Francia adopta un enfoque *prima facie*, en el que los órganos judiciales refieren la disputa a arbitraje a menos que el convenio sea manifiestamente nulo⁵⁵.

Además, el art. 8.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional ha sido interpretado por los tribunales internacionales de dos maneras distintas: esto es, (i) han entendido que el papel de las cortes nacionales es establecer si el acuerdo de arbitraje es *válido*⁵⁶, o (ii) han adoptado un enfoque «*prima facie*»⁵⁷.

Debemos concluir que la aplicación de la tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz* no se corresponde con la perspectiva adoptada en otras jurisdicciones mucho más avanzadas en el ámbito del arbitraje internacional.

⁵⁴ A. I. Blanco y P. Quizá, *Op. cit.*, pp. 547-549.

⁵⁵ G. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2016 (Segunda Edición), p. 57: «In France, statutory provisions and judicial authority recognize a “prima facie” approach to challenge to arbitral jurisdiction. If a jurisdictional objection is raised in a French court [...], the court will refer the parties to arbitration unless the putative arbitration agreement is “manifestly null”; if an arbitral tribunal has already been constituted, a French court will note *ven consider whether the arbitration clause is manifestly null, and will instead simply refer the parties to arbitration*». Véase también R. Hulbert, *Op. Cit.*, pp. 5-6.

⁵⁶ Sentencia de 7 de octubre de 2002, 2003 NJW-RR 354 (Bavarian Oberstes Landesgericht); *Yawata Ltd v. Powell*, [2000] D.C.R. 334 (Wellington Dist. Ct.); *Walter Rau Neusser Oelund Fett AG v. Cross Pac. Trading Ltd*, [2005] FCA 1111 (Australian Fed. Ct.) vía G. BORN, *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁷ *Shin-Etsu Chem. Co. v. Aksh Optifibre Ltd*, XXXI Y.B. Comm. Arb. 747, 784 (2206) (Indian S.Ct. 2005); *Gulf Canada Res. Ltd v. Arochem Int'l Ltd*, (1992) 66 BCLR2d 113, 114 (B.C. Ct. App.); *Skandia Int'l Ins. Co. v. Al Amana Ins. & Reins. Co.*, [1994]. Bda LR 30 (Bermuda S.Ct.) vía G. BORN, *Op. cit.*, p. 58.

V. Conclusión

Desde el dictado del *AT&T* y de *First Options*, la doctrina y jurisprudencia estadounidense venía debatiendo sobre la pertinencia de aplicar el *Wholly Groundless Test* como segundo control de arbitrabilidad una vez confirmado que las partes habían decidido *clara e inequívocamente* que los árbitros resuelvan sobre su propia competencia –el denominado *Clear and Unmistakable Evidence Test*–.

En *Henry Schein*, el TS EE.UU., ha aclarado que el *Wholly Groundless Test* resultaría incompatible con el FAA, por lo que su aplicación debe ser descartada definitivamente.

En esta resolución, el TS EEUU también parece haber adoptado la tesis de aquella parte de la doctrina estadounidense que defendía que, de acuerdo con los casos *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston*, *Prima Paint v. Flood & Conklin* y *AT&T v. CWA*, la existencia y validez del acuerdo de arbitraje debe ser siempre enjuiciada por los órganos judiciales, mientras que las cuestiones relativas al *alcance* del convenio arbitral pueden ser decididas por los árbitros si las partes lo acordaron de forma *clara e inequívoca*.

Además, el TS EE.UU., adopta un enfoque favorable al arbitraje, en el que establece de forma categórica que el arbitraje es *una materia contractual*.

En consecuencia, si las partes han decidido someter la arbitrabilidad de la controversia a los propios árbitros, los tribunales nacionales no tienen autoridad para entrar a conocer esta cuestión.

Esta reciente resolución del TS EE.UU., contrasta, desde un punto de vista de Derecho comparado, con la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de junio de 2017, en la cual defendió acoger la llamada tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz* –que, al contrario que la FAA, está expresamente recogido en el art. 22.1 de la LArb–.

De acuerdo con este pronunciamiento, los órganos judiciales españoles están facultados para realizar una revisión completa tanto de la existencia y validez como del *alcance* del convenio arbitral en aquellos casos en los que esta cuestión se plantee mediante declinatoria.

La postura del Tribunal Supremo español no sólo contrasta con la del TS EE.UU., sino que también restringe el principio *kompetenz-kompetenz* en mayor medida de lo que lo hacen

otros países que han venido interpretando las normas internacionales que regulan esta cuestión.

En definitiva, resultaría conveniente que el Alto Tribunal español modulara su reciente doctrina en favor de opciones «intermedias» que permitan a los tribunales rechazar la vía arbitral en aquellos casos en los que se observen defectos graves en la celebración del acuerdo de arbitraje. Esta posibilidad permitiría que los tribunales puedan revisar si existen irregularidades graves en la cláusula compromisoria sin que ello conlleve la realización de un enjuiciamiento completo de la existencia, validez y alcance del contrato de arbitraje.