

Recibido: 5 marzo 2019
Aceptado: 30 marzo 2019

Arbitraje, vol. XII, n° 1, 2019, pp. 79–108

La culminación de la concepción contractualista del principio *kompetenz–kompetenz* en su variante negativa: La sentencia *Henry Schein Inc. v. Archer & White Sales Inc.* de la Corte Suprema de los EE UU de América

Pedro TENT ALONSO *

Sumario: I. Introducción: la vigencia de un debate (constitucional). II. Mera aproximación al tratamiento de la arbitrability bajo el Derecho Federal Estadounidense: ausencia de variante negativa fuerte del Principio *Kompetenz–Kompetenz*. 1. Un concepto esencialmente confuso. 2. Ausencia de previsión explícita en el Derecho estadounidense legislado. III. El tratamiento específico de los *delegation agreements* y su especial blindaje frente a la fiscalización judicial: la aportación *Archer & White* y la erradicación definitiva de la llamada excepción *wholly groundless*. 1. El concepto de *delegation agreements* y el peculiar entendimiento estadounidense de la *severability rule* o regla de la separabilidad. 2. La aportación de cierre: *Archer & White*: A) Entendimiento de la controversia; B) La decisión de la Corte Suprema. IV. Conclusión general

Resumen: La culminación de la concepción contractualista del principio *kompetenz–kompetenz* en su variante negativa: La sentencia *Henry Schein Inc. v. Archer & White Sales Inc.* de la Corte Suprema de los EE UU de América

Numerosos comentaristas sostienen la ausencia, en el Derecho Arbitral Federal Estadounidense, del denominado Principio *Kompetenz–Kompetenz* en su vertiente negativa. Se sugiere en este artículo que es más adecuado confirmar su vigencia si bien caracterizando el sistema resultante como “contractualista”. Dicha conclusión se apoya, entre otras razones, en el contundente pronunciamiento de la Corte Suprema de los EE UU en el caso *Archer & White*, reforzando intensamente el valor de la voluntad de las partes para limitar la jurisdicción de los jueces en la fase pre–laudo del proceso arbitral.

* Letrado. Socio en J&A Garrigues, S.L.P. (Departamento de Litigación y Arbitraje); LLM (*Corporate and Commercial Law*) por la *London School of Economics and Political Science*; Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado en la Universitat de València, Estudi General; Árbitro censado ante el Tribunal de Arbitraje de Valencia (ICAV).

Palabras clave: PRINCIPIO KOMPETENZ–KOMPETENZ – PRINCIPIO COMPETENCE–COMPETENCE – FIRST OPTIONS; ARCHER & WHITE – ARBITRABILIDAD – CUESTIONES JURISDICCIONALES – CUESTIONES LIMINARES – DERECHO ARBITRAL FEDERAL ESTADOUNIDENSE – CONTRACTUALISMO – ACUERDOS DE DELEGACIÓN – SEPARABILIDAD – PRUEBA CLARA E INEQUÍVOCA.

Abstract: *The culmination of the contractualistic conception of the kompetenz–kompetenz principle in its negative variant: The Henry Schein Inc. v. Archer & White Sales Inc. of the Supreme Court of the United States of America*

Several scholars sustain the absence, under US Federal Arbitration Law, of the so-called Kompetenz–Kompetenz principle in its negative manifestation. It is submitted in this paper, that the validity and effectiveness of such Principle are rather confirmed, though with the characterization of the resulting system as a “contractualistic” one. Such conclusion is supported, amongst other reasons, by the sounding US Supreme Court decision in Archer & White, intensively reinforcing the value of parties’ consent to curtail Court’s jurisdiction in the pre–award stage of the arbitral proceedings.

Keywords: KOMPETENZ–KOMPETENZ PRINCIPLE – COMPETENCE–COMPETENCE PRINCIPLE; FIRST OPTIONS – ARCHER & WHITE – ARBITRABILITY – GATEWAY ISSUES – US FEDERAL ARBITRATION LAW – CONTRACTUALISM – DELEGATION AGREEMENTS – SEVERABILITY – SEPARABILITY – CLEAR AND UNMISTAKABLE EVIDENCE.

I. Introducción: la vigencia de un debate (constitucional)

El llamado Principio *Kompetenz–Kompetenz* representa –qué duda cabe– una de las características estructurales más asentadas del moderno Derecho arbitral comparado (independientemente de que este aborde el fenómeno arbitral en su aspecto doméstico o internacional). Sin embargo, el adecuado entendimiento de este gozne elemental del arbitraje exige diferenciar dos dimensiones resultantes del mismo y que comportan manifestaciones jurídicas a su vez muy diferentes.

Sin detenernos más de lo necesario en abordar una cuestión conceptualmente trillada, distinguimos, de un lado, el efecto positivo del Principio y, de otro, su reverso negativo. Así, mientras el primero confirma el poder que legalmente se reconoce a los árbitros de pronunciarse –sobre la base del convenio arbitral– acerca de su propia competencia para abordar la resolución de la controversia que se suscita ante ellos; el segundo, sin embargo, se refiere a una dimensión mucho más intrincada, a saber, la prohibición expresa, dirigida nada menos que al poder judicial del Estado, para que se abstenga de conocer precisamente de aquellas disputas que, por virtud de lo estipulado en el convenio arbitral, solamente deben ser dirimidas por los árbitros.

Y es justo en relación con esta segunda dimensión del clásico *Kompetenz–Kompetenz* donde hallamos los principales problemas a la hora de aprehender el modo en que verdaderamente opera este

Principio legal. Así, mientras que existe cierto consenso generalizado en el Derecho comparado¹ acerca de los plenos poderes de revisión que, dictado el laudo, ostenta el Juez para de pronunciarse acerca de la existencia, validez y aplicabilidad del convenio arbitral en el marco de acciones de anulación/reconocimiento o procesos de ejecución del laudo, toda idea de consenso simplemente se disipa cuando se trata del análisis de esa misma cuestión en un momento previo al del dictado del laudo (sea este un laudo meramente jurisdiccional o el definitivo).

En efecto: en dicho escenario pre-laudo, ¿quién debe determinar si son jueces o árbitros los que diriman una controversia cuando las partes en conflicto discrepan sobre este particular y recíprocamente se niegan a someterse al proceso (judicial o arbitral) promovido por su contrario? ¿En qué momento cabe plantear este debate: antes de que los árbitros sean designados o en cualquier instante? ¿Qué razones pueden legítimamente motivar la excepcional intervención judicial en supuestos en los que uno de los contendientes invoca la aplicación de un convenio arbitral?: ¿el cuestionamiento de la existencia de ese convenio, el de su validez, el de su ámbito de aplicación, el de la concurrencia de requisitos de procedibilidad para la incoación del arbitraje...? Y sobre todo, ¿qué grado de fiscalización judicial cabe desplegar sobre estas cuestiones relativas a la existencia, validez y aplicabilidad del convenio arbitral antes de que un laudo se pronuncie sobre ellas?: ¿uno meramente superficial (*prima facie*) o de fondo (*cognitio plena*)?

Las soluciones que ofrece a estas complejas cuestiones el Derecho comparado son múltiples, habiendo destacado por su particular sofisticación las del Derecho francés, alemán, inglés y estadounidense. Cada una de esas tradiciones legales aborda de un modo peculiar la dicotomía Jurisdicción–Arbitraje en esta fase pre-laudo que comentamos y lo hace primando, de un modo u otro, valores que apuntan (*i*) bien a la mayor eficacia del procedimiento arbitral (blindándolo frente a cualquier maniobra potencialmente dilatoria o fraudulenta de quien fuerza la intervención judicial sin más objetivo que el de torpedear el arbitraje, logrando por medio de este blindaje vigorizar sus virtudes de rapidez,

¹ Una excepción la hallamos, justamente, en el Derecho arbitral federal estadounidense, en el que, como podremos comprobar seguidamente, si los contendientes decidieron transferir a los árbitros (*delegation agreement*), de una manera clara e inequívoca (“*clear and unmistakable evidence*”), el poder de dirimir ciertas cuestiones concernientes a su propia competencia (*v.gr.*, alcance material del convenio arbitral), la decisión que al respecto adopten los árbitros no quedará sujeta a revisión del Tribunal estatal en fase post –laudo salvo en excepcionadísimas circunstancias (a saber, la proscripción de decisiones que los árbitros basen en “*their ‘own brand of justice*”): Sentencia de la Corte Suprema en *BG Group v. Argentina* U.S. 134 S.Ct. 1198 (2014).

simplicidad, agilidad, voluntariedad, etc.), (ii) bien a la mayor legitimidad del proceso por el que se dirime la controversia (cerciorándose de que la autoridad del Estado confirma el consentimiento inequívoco de las partes en separarse de las vías judiciales antes de permitir que sean unos árbitros ajenos al Estado quienes declaren el Derecho, logrando así asegurar que nadie se arrogue un poder de tipo jurisdiccional que no le corresponde, ni por consiguiente someta al mismo a quien nunca lo consintió).

Nótese que, en realidad, todas estas cuestiones presuponen un determinado posicionamiento en problemas de enorme trascendencia constitucional que siempre deberían recordarse cuando se aborda este debate. En términos institucionales: ¿puede admitirse la operatividad de un mecanismo de corte meramente contractual capaz de limitar notablemente *in casu* la jurisdicción del Estado y su potestad característica de declarar el Derecho? ¿En qué medida ello se compadece con el monopolio jurisdiccional pleno que presupone desde antiguo una de las funciones definitorias del Estado como entidad soberana? En términos de derechos subjetivos públicos: ¿por qué el acuerdo privado que conforma el convenio arbitral debe resistir la posterior decisión de uno de sus firmantes de separarse del mismo e invocar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para que sean los jueces (y no los árbitros) quienes declaren el Derecho en una controversia dada? (sin perjuicio, en su caso, del resarcimiento del daño que, si lo hubiere, haya infligido a la contraparte el incumplimiento del convenio arbitral).

Como decíamos, a poco que se repare en la cuestión, podrá observarse sin excesiva dificultad el vínculo adamantino que liga los problemas constitucionales acerca de la coexistencia de la jurisdicción estatal con mecanismos de “justicia no judicial”, y otras cuestiones (aparentemente) más prosaicas como las relativas al cuándo y al cómo un juez debe poder verificar si las partes efectivamente consintieron que unos árbitros resuelvan la controversia surgida entre aquellas.

El moderno Derecho arbitral –es conocido– ha resuelto estas delicadas cuestiones mediante variadas fórmulas que hoy permiten la pacífica convivencia (*ma non troppo*) entre la jurisdicción estatal y la intervención de árbitros.

Y sin embargo el debate sigue muy abierto.

No es solo que, sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional español ha puesto sobre la mesa, muy recientemente (Sentencia 1/2018 y en especial sus votos particulares), un riquísimo debate acerca, nada menos, que de los elementos fundacionales del sistema arbitral español

(con necesarias reverberaciones en todas sus manifestaciones de legalidad ordinaria), sino que, en relación con la concreta materia que aquí nos ocupa (y que, como se ha dicho, es en parte reflejo de aquella inquietud constitucional), también recientemente el Tribunal Supremo español ha definido por vez primera el modo en que concibe la operativa de la regla *Kompetenz–Kompetenz* en su dimensión negativa².

Pues bien, a ello podemos sumar ahora –esta vez desde el Derecho Federal Estadounidense– una nueva muestra de la actualidad de ese interés por las derivaciones procedimentales del binomio Arbitraje –Jurisdicción.

Se trata de la Sentencia de la Corte Suprema Federal de fecha 8 enero 2019, dictada en el asunto *Henry Schein, Inc. et al. v Archer and White Sales, Inc.*³

La resolución tiene, además del mérito de su contenido –al que nos referiremos seguidamente– dos circunstancias adicionales que permitirán contextualizar su trascendencia: de un lado, el carácter unánime del *dictum* que contiene (9–0; cosa poco habitual en materia arbitral); de otro, el hecho de suponer la primera intervención como ponente del último de los Jueces Asociados de la Corte Suprema, el Sr. Brett Kavanaugh, recientemente designado por el Presidente Sr. Trump tras unas más que convulsas audiencias de confirmación ante el Senado Federal.

Ambos datos son relevantes por las siguientes razones: (i) la unanimidad pone de manifiesto la pétrea solidez del criterio de la Corte sobre la conclusión alcanzada (y que justamente corrige cierta tesis que parecía cristalizar en algún circuito federal de apelación); (ii) la ponencia confiada al juez novato da la medida, de nuevo, de hasta qué punto la Corte entiende su doctrina como *settled law*, confiando al *rookie* una tarea en la que no será necesario un excesivo andamiaje jurídico para trabar el fallo.

La sustancia de este reciente pronunciamiento es diáfana y entronca (desde el peculiar contractualismo que caracteriza la perspectiva estadounidense) con los problemas que anticipábamos antes acerca de la regla *Kompetenz–Kompetenz* en su vertiente negativa: ningún juez puede reclamar para sí el conocimiento de ciertas cuestiones liminares concernientes a la competencia de los árbitros (*in casu*: el alcance

² Para una lectura crítica del fundamento técnico de dicha Sentencia, M. Penadés Fons y P. Tent Alonso, “The New York Convention and the Enforcement of Arbitration by National Courts: What Level of Review?”, en *60 years of the New York Convention. Key Issues and Challenges* (K. Fach y A.M. López Rodríguez, eds.), Wolters Kluwer, 2019.

³ 586 U.S. S.Ct. 2019.

material del convenio arbitral), ni siquiera aunque considere que la aplicabilidad al caso de dicho convenio es totalmente infundada (*wholly groundless*), si consta prueba clara e inequívoca (*clear and unmistakable evidence*) de que los contendientes desearon que este tipo de problemas fueran deferidos a los árbitros (en lugar de al juez). Podemos leer en la decisión:

“We conclude that the wholly groundless exception is inconsistent with the text of the act and with our precedent (...) 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.”

El lector podrá apreciar, en fin, que nos hallamos ante una limitación clara del escrutinio judicial acerca del ámbito de aplicabilidad del convenio arbitral cuando los contendientes estipularon que tales problemas de alcance debían ser dirimidos por un árbitro. Y a nadie se le escapará –de nuevo– que semejante posicionamiento implica tomar parte (en un sentido determinado) dentro del debate axiológico acerca de la primacía de la eficacia frente a la primacía de la legitimidad desde el que es posible concebir la dicotomía Jurisdicción–Arbitraje, lo que nos sitúa una vez más en la órbita de la inquietud constitucional que mencionábamos más arriba.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar, a diferencia de otras jurisdicciones, la estadounidense confiere a estos efectos al principio de autonomía de la voluntad, un rol decisivo muy singular que (dejando a un lado valoraciones prematuras) sitúa al Derecho arbitral Federal Estadounidense en una peculiar posición híbrida que a los efectos que nos ocupan voy a denominar “contractualista” (pues, como se verá, hace depender críticamente de la voluntad de las partes el mecanismo que en fase pre–laudo determinará la atribución a jueces o árbitros de la decisión acerca de las denominadas *arbitrability questions*).

Con la finalidad de abordar los atractivos problemas que supone dicha conclusión, en la siguiente sección esbozaremos una mera aproximación a la noción proteica de *arbitrability* con que opera el Derecho arbitral federal de los EE UU (ello nos permitirá entender cuáles son los escenarios que representan las famosas *gateway questions* o puntos liminares (también llamados jurisdiccionales, terminología que no emplearé para evitar problemas anfibológicos) en los que es necesario “decidir quién decide”), para inmediatamente centrarnos en el tema que nuclea la doctrina *Archer & White*, a saber, la caracterización y

eficacia del acuerdo entre las partes para deferir a los árbitros un concreto problema liminar (*in casu*: el que afecta al alcance material del convenio arbitral). Con todo ello, estaremos en condiciones tanto de describir la mecánica con que opera en el Derecho federal estadounidense la regla *Kompetenz-Kompetenz* en variante negativa (si es que existe), así como de caracterizarla y valorarla en términos jurídicos.

II. Mera aproximación al tratamiento de la *arbitrability* bajo el Derecho Federal Estadounidense: ausencia de variante negativa fuerte del Principio *Kompetenz-Kompetenz*

1. Un concepto esencialmente confuso

Como es bien sabido, el concepto europeo de arbitrabilidad tiene poco que ver con el que maneja el Derecho arbitral federal estadounidense.

Tan es así que las cuestiones que nos ocupan (*v. gr.*, la limitación o no del escrutinio judicial acerca del convenio arbitral antes del dictado del laudo), se sitúan en el plano de las *arbitrability issues* (cuestiones de arbitrabilidad), escenario que un jurista procedente de la tradición europea nunca calificaría en tales términos.

Mientras que este último se refiere a la arbitrabilidad como el filtro de orden público que permite identificar los asuntos que, *ratione materiae*, son susceptibles de quedar dirimidos a través del procedimiento arbitral⁴ (y en esa medida, sin confundirse, se sitúa en la órbita general de la validez del convenio arbitral), en la tradición estadounidense, sin embargo, el concepto de *arbitrability* es notoriamente más extenso (y amorfo) que el que acaba de sugerirse.

Así, por ejemplo, el Juez Breyer, expresando la opinión de la Corte Suprema en *Howsam v. Dean Witter Reynolds*⁵, aludía a la noción más amplia posible de *arbitrability* (que la hace coincidir con toda cuestión liminar). Con arreglo a este planteamiento, *arbitrability* abraza cualesquiera condicionantes de los que dependa que la controversia llegue a ser dirimida mediante la intervención de árbitros (*v. gr.*: existencia, validez o alcance del convenio arbitral, entre otros muchos supuestos):

⁴ Este concepto es, por ejemplo, el que cabe leer en el artículo II.1 y V.2.a de la Convención de Nueva York de 1958 o en los arts. 34.2.b.i y 36.1.b.1 LMU. Para un detallado análisis comparado del concepto, P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Thomson Aranzadi, 2005, p. 127 ss.

⁵ 537 U.S. 79 (U.S. S.Ct. 2002).

“Linguistically speaking, one may call any potential dispositive Gateway question a “question of arbitrability”, for its answer will determine whether the underlying controversy will proceed to arbitration on the merits (...).”

Por supuesto, la diferenciación entre uno y otro concepto no es menor; muy especialmente si se tiene en cuenta que, bajo el concepto “europeo”, los problemas de arbitrabilidad⁶ son por definición indisponibles al quedar establecidos *ope legis*. Mientras que, muy al contrario, relevantes manifestaciones de la *arbitrability* estadounidense (*vgr*: el ámbito material del convenio arbitral) podrán o no someterse al juicio de los árbitros en función del acuerdo (expreso o tácito) que al respecto hayan alcanzado las partes sobre “quién decide qué”.

Si a eso se le añade el dato de que la Corte Suprema Estadounidense nunca ha diseccionado con la precisión que sería deseable el concepto general de *arbitrability*, sus elementos componentes y el régimen que a cada uno corresponde como materias liminares (*i.e.*, si la decisión sobre la cuestión en particular corresponde al juez o al árbitro), no puede extrañar que las mayores autoridades internacionales hayan tachado semejante *praxis* judicial de *génératrice de confusion*⁷, o hayan sugerido que la misma simplemente mueve al error analítico con sus correspondientes consecuencias⁸, o dicho que todo ello ha producido montañas de *understandably exasperated commentary*⁹, o que ese mismo resultado *has provoked a substantial degree of commentary, more often critical than positive*¹⁰.

De cuanto se ha expuesto se desprenden tres conclusiones relevantes: (a) que el concepto idiosincrático de *arbitrability* que ofrece el Derecho Federal Estadounidense, apunta con carácter general (y sin mucha mayor precisión) a todas aquellas cuestiones de las que puede

⁶ Tal y como indica W.W. Park, en “Determining an Arbitrator’s Jurisdiction”, 8 *Nevada L. J.* 135, 145 (2007): “[In the United States], [c]ourt decisions speak of ‘arbitrability question’ in the same way that the rest of the world refers to a jurisdictional issue”.

⁷ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, en *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

⁸ G.A. Bermann, “The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration”, *The Yale J. Int’l L.*, vol. 37, n° 1, 2012, p. 12–13: “(...) an overly broad definition of arbitrability produces analytic mischief. Courts may have good reasons not to treat all objections to arbitral jurisdiction in the same procedural fashion. Given the large number and wide range of threshold issues in arbitration, generalized propositions about them –and especially about the respective roles of courts and arbitrators in determining them– may be, at the very least, misleading and, at worst, bad policy.”

⁹ J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, 2013, p. 77.

¹⁰ G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I, Wolters Kluwer, Law and Business, 2009, p. 911.

depender que la controversia quede sometida a los árbitros (es decir, a todas aquellas de las que puede depender el poder de los árbitros para dirimir una controversia dada); (b) que la cuestión central que gira en torno al concepto de *arbitrability* es la propia de todas las cuestiones liminares, a saber: ¿quién debe resolverlas en primera instancia? ¿un juez o un árbitro? Y (c) que este concepto que hemos calificado de amorfo, puede llegar a abarcar una miríada de figuras que en realidad exhiben muy distintas naturalezas¹¹; así: (i) la arbitrabilidad en sentido estricto (es decir, la cualidad determinada por la Ley y en cuya virtud cierta disputa es susceptible de quedar dirimida mediante arbitraje); (ii) la existencia del contrato principal en que se enmarque el convenio arbitral; (iii) la propia existencia del convenio arbitral; (iv) la validez del convenio existente; (v) el alcance objetivo y subjetivo del convenio existente y válido; (vi) problemas concernientes a los vicios en la prestación del consentimiento que forja el convenio arbitral; (vii) problemas relativos a la plena conjunción de oferta y demanda determinantes de la constitución del convenio arbitral; (viii) problemas de procedibilidad o admisibilidad (*vgr*: la superación sucesiva de las fórmulas escalonadas de sistemas alternativos de resolución de conflictos establecidos por las partes; agotamiento de plazos preclusivos para el inicio del procedimiento arbitral; renuncia previa al convenio arbitral; invocación del efecto de cosa juzgada; etc.)

2. Ausencia de previsión explícita en el Derecho estadounidense legislado

Por consiguiente, puede observarse que, situado el juez estadounidense en la tesitura de pronunciarse en fase pre-laudo acerca de si el convenio arbitral que esgrime el demandado cuestionando su jurisdicción, cubre la cuestión de tipo extracontractual que enfrenta a las partes, el concepto antes expuesto de *arbitrability* de poco le sirve a los efectos de (a) establecer si dicha cuestión le compete al propio juez o

¹¹ En términos doctrinales, se sugiere la distinción entre *gateway issues* en sentido estricto o jurisdiccionales (esto es, las directamente concernientes a la constitución del poder de los árbitros: existencia, validez y alcance del convenio arbitral) y las *non-gateway issues* (que aludirían a cuestiones de procedibilidad o admisibilidad como, por ejemplo, la preclusión de plazos para la formulación de la demanda arbitral o la previa activación de mecanismos escalonados de resolución de disputa acordados por las partes). Al respecto, Bermann, G.A. en "The 'Gateway' Problem in International Commercial Arbitration", *The Yale J. Int'l L.*, vol. 37, n.º 1, 2012, pp. 7-8.

Recuperando esa distinción técnica entre *substantive arbitrability* (problemas concernientes a la existencia, validez y alcance del convenio arbitral) y *procedural arbitrability* (temas de procedibilidad o admisibilidad), la decisión de la Corte Suprema en *Howsam v Dean Witter Reynolds, Inc* 537 U.S. 79 (2002).

debe ser remitida a arbitraje a la luz de la existencia del convenio alegado; y (b) fijar, en su caso, el grado de escrutinio que puede ejercer el propio juez a la hora de verificar la existencia y validez del acuerdo arbitral que el demandado blande ante él (análisis *prima facie vs cognitio plena*).

Pues bien, es necesario señalar aquí que no sólo el concepto abstracto de *arbitrability* secretado por la jurisprudencia de la Corte Suprema resulta de nula ayuda a los efectos anteriores, sino que el Derecho Arbitral legislado tampoco aportará nada (o muy poco) a este respecto.

En efecto, de un lado, la Sección 3¹² de la *Federal Arbitration Act* se limita a señalar que pendiendo proceso ante el juez, si este comprobara satisfactoriamente que el asunto es susceptible de arbitraje en virtud de convenio suscrito a tal fin, a instancia de parte ordenará la suspensión del proceso judicial hasta que tenga lugar el arbitraje estipulado.

A su vez, la Sección 4¹³ del mismo *corpus* contempla el mecanismo que permite a uno de los contratantes forzar a su contrario a someterse

¹² “If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration”.

¹³ “A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under Title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days’ notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. The hearing and proceedings, under such agreement, shall be within the district in which the petition for an order directing such arbitration is filed. If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. If no jury trial be demanded by the party alleged to be in default, or if the matter in dispute is within admiralty jurisdiction, the court shall hear and determine such issue. Where such an issue is raised, the party alleged to be in default may, except in cases of admiralty, on or before the return day of the notice of application, demand a jury trial of such issue, and upon such demand the court shall make an order referring the issue or issues to a jury in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure, or may specially call a jury for that purpose. If the jury find that no agreement in writing for arbitration was made or that there is no default in proceeding thereunder, the proceeding

al procedimiento arbitral que resulta del convenio suscrito entre ambos (*order compelling arbitration*).

Planteada la cuestión en los términos anteriores, parece obvio que las Secciones señaladas¹⁴ (muy singularmente la que más nos concierne, la Sección 3) no aportan nada muy distinto a la previsión contenida en el art. II.3º de la Convención de Nueva York de 1958: (i) no identifican las *arbitrability issues* que pueden ser formuladas a través de estos mecanismos, ni (ii) mucho menos el nivel de fiscalización que puede ejercer el juez a la hora de apreciar satisfactoriamente la operatividad de un convenio arbitral que active los mecanismos de suspensión y/o cumplimiento forzoso que contemplan. La Sección 206 (emplazada en el Capítulo Segundo de la *Act* sobre implementación de la Convención de Nueva York de 1958) incurre en idénticas carencias a los efectos que aquí importan¹⁵.

¿En qué consiste entonces la solución estadounidense a esta aporía circular?

III. El tratamiento específico de los *delegation agreements* y su especial blindaje frente a la fiscalización judicial: la aportación *Archer & White* y la erradicación definitiva de la llamada excepción *wholly groundless*.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema (que es el único lugar donde cabe tratar de vislumbrar algún tipo de solución al enigma) la solución se hace depender, principalmente, de la voluntad de los contratantes.

Y sin embargo, como no podía ser de otro modo, la respuesta no es, ni de lejos, tan sencilla como resulta de la afirmación anterior.

shall be dismissed. If the jury find that an agreement for arbitration was made in writing and that there is a default in proceeding thereunder, the court shall make an order summarily directing the parties to proceed with the arbitration in accordance with the terms thereof.

¹⁴ Distinto es el caso, a nivel estatal, de la *Revised Uniform Arbitration Act*, Secciones 6.b (“*The court shall decide whether an agreement to arbitrate exists or a controversy is subject to an agreement to arbitrate*”) y 6.d (“*If a party to a judicial proceeding challenges the existence of, or claims that a controversy is not subject to, an agreement to arbitrate, the arbitration proceeding may continue pending final resolution of the issue by the court, unless the court otherwise orders*”).

¹⁵ Para un análisis acerca de la compatibilidad de los Capítulos Primero y Segundo de la *American Arbitration Act* en relación con la Convención de Nueva York, *vide* J.J. Barceló III, “*Kompetenz – Kompetenz and Its Negative Effect – A Comparative View*”, *Cornell Law School Legal Studies Research Papers Series* (no. 17 –40), 2017, p. 15.

Si, a modo de aproximación y sin perjuicio de cuanto se añadirá en las páginas que siguen, tratáramos de ensayar una explicación sucinta a esta resbaladiza cuestión, sería probablemente la que sigue: (i) en términos generales las cuestiones liminares (*arbitrability*), por oposición al debate de fondo (*merits*), se estima que caen dentro de la cognición del juez¹⁶ (que es por tanto quien debiera decidir las –el juez y no el árbitro–, antes de remitir a los contendientes al correspondiente proceso arbitral); (ii) para desempeñar dicha función, el juez, aún en fase prelaudo, despliega cognición plena, que por consiguiente no queda circunscrita a ninguna suerte de análisis *prima facie*¹⁷; (iii) sin embargo –y aquí radicaría el elemento caracterizador del sistema estadounidense–, se estima que si las partes estipularon clara e inequívocamente (*clear and unmistakable evidence*) que cierta cuestión liminar debía ser deferida a los árbitros¹⁸ (*delegation agreement*), en tal caso el juez deberá abstenerse de conocer sobre el asunto y remitir directamente a los contendientes al correspondiente proceso arbitral; (iv) por último, la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema parece haber tendido a relajar¹⁹ los supuestos en los que es necesaria la prueba “clara e inequívoca” para estimar que la *arbitrability question* debe quedar deferida a los árbitros.

El esquema que acaba de describirse no es, sin embargo, exhaustivo en la cobertura de los complejos intersticios que produce la confrontación Arbitraje – Jurisdicción en los términos en que la estamos analizando: ¿cuáles son las concretas cuestiones liminares susceptibles de quedar deferidas a los árbitros mediante el *delegation agreement*?; ¿en qué consiste y cómo se prueba dicha delegación?; ¿no conserva el juez ningún poder de fiscalización para detectar siquiera los casos

¹⁶ *AT&T Technologies, Inc v. Communications Workers of America* 475 U.S. 643, 649 (U.S. S.Ct. 1986): “(...) the question of arbitrability –whether [an] agreement creates a duty for the parties to arbitrate a particular grievance– is undeniably an issue for judicial determination”.

¹⁷ El contraste es en este punto máximo con respecto a la aproximación francesa: art. 1448 del *Nouveau Code de Procédure Civile*: “Lorsqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle –ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l’Etat ne peut relever d’office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite”.

¹⁸ *First Options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995), 944 –945.

¹⁹ G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I, Wolters Kluwer, Law and Business, 2009, vol. I, p. 919: “The Supreme Court has sought to explicate *First Options*’ dicta in several recent cases (...) Taken together, they make clear that the showing required to establish an agreement to arbitrate jurisdictional objections is materially less formidable than might initially be suggested by *First Options*’ requirement of “clear and unmistakable evidence”, and can instead often be satisfied by less direct proof.”

flagrantes en los que, pese al *delegation agreement*, resulta manifiesto que la cuestión no debiera ser remitida a arbitraje?

De la última de estas cuestiones se ocupa particularmente *Archer & White*, pero debemos abordar antes las razones que han dado origen a la variante que he llamado “contractualista” del Principio *Kompetenz-Kompetenz* que en su modalidad negativa opera en el Derecho Estadounidense según los parámetros que describíamos más arriba.

1. *El concepto de delegation agreements y el peculiar entendimiento estadounidense de la severability rule o regla de la separabilidad*

Como a estas alturas ya es bien sabido, el tipo de problemas jurídicos con los que lidiamos son habitualmente (como sucede en el mundo anglosajón o en general en las jurisdicciones pertenecientes a la tradición del *Common Law*) de factura judicial. Y en lo que respecta al caso que nos ocupa encontramos un buen ejemplo de lo anterior.

El primero de los precedentes que es imprescindible tomar en consideración para fraguar esa variante contractualista del *Kompetenz-Kompetenz* negativo, es el caso *First Options*²⁰.

Es necesario poner de manifiesto, en primer lugar, que se trata de un supuesto post-laudo (la Corte Suprema se pronunciaba sobre la impugnación de un laudo ya dictado), pero no lo es menos que en él se abordaba el grado de deferencia que en ese estadio la Corte debía mostrar²¹ hacia la decisión previamente adoptada por los árbitros confirmatoria de su plena competencia, circunstancia que tiene necesaria incidencia en los problemas pre-laudo que estamos abordando.

²⁰ *First options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995)

²¹ Nótese que, como anticipábamos en la nota 2 *ut supra*, en este particular nos hallamos, de nuevo, ante un elemento idiosincrático de la jurisprudencia estadounidense, pues la generalidad de los sistemas judiciales coinciden a la hora de no mostrar deferencia alguna hacia los árbitros (*plena cognitio*) a la hora de valorar típicos elementos liminares –como por ejemplo los de la existencia, validez y alcance del convenio arbitral– cuando estos se suscitan en fase post –laudo, esto es, en el marco de procesos sobre anulación o ejecución de laudos. A modo de ejemplo: arts. 34.2.a.i) y iii) y 36.1.a.i) y iii) de la Ley Modelo UNCTRAL. Como se verá, la postura estadounidense muestra amplísima deferencia hacia las decisiones de los árbitros concernientes a su propio poder dirimente (cuestiones liminares o de *arbitrability*) en la medida en que tales decisiones les hubieran sido clara e inequívocamente confiadas por los contendientes. Así, la solución en *First Options*, como anticipábamos, sostuvo: “*Did the parties agree to submit the arbitrability question itself to arbitration? If so, then the court’s standard in 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*”.

Pues bien, el criterio fundamental a partir del que se despliega el razonamiento de la Corte Suprema es el del análisis de la voluntad de las partes contendientes (explícita o implícita) acerca, justamente, de a quién debía corresponder la toma de decisiones sobre las *arbitrability issues*. Y aquí la conclusión de la Corte es llamativa porque, en efecto, acaba sosteniendo que si las partes confirieron a los árbitros el poder de resolver sobre la *arbitrability question* (aunque no se identifica con la deseable precisión técnica qué realidades comprende ese *nomen iuris...*), en tales casos su decisión debe ser esencialmente respetada (incluso en fase post-laudo, como ya hemos advertido):

“Just as the arbitrability of the merits of a dispute depends upon whether the parties agreed to arbitrate that dispute (...), so the question who has the primary power to decide arbitrability turns upon what the parties agreed about that matter.”

La segunda aportación de relevancia que resulta del *dictum* de la Corte Suprema, es la relativa a la caracterización de las circunstancias que permiten detectar la existencia de ese *delegation agreement* (en definitiva, del acuerdo por el que se inviste a los árbitros de la facultad de pronunciarse sobre las *arbitrability issues* – y por ende sobre su propio poder dirimente):

“Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is “clear[r] and unmistakabl[e]” evidence that they did so. 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.”

Como puede apreciarse, *First Options* vino a establecer (podría, eso sí, haber sido mucho más claro y emplear con mucha mayor precisión analítica la noción de *arbitrability*), que mientras en controversias acerca del mero alcance material u objetivo del convenio arbitral no cabe presumir una voluntad contraria de las partes a la posibilidad de que la concreta cuestión controvertida fuera resuelta por árbitros, cuando se trata, sin embargo, de dirimir quién (jueces o árbitros) debe resolver una determinada disputa acerca de la existencia del propio poder de los árbitros (cuestiones liminares²²), solamente una prueba clara

²² *First Options* 944–945: “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. And, given the principle that a party can be forced to arbitrate only those issues it specifically has agreed to submit to arbitration, one can understand why courts

e inequívoca de la voluntad de las partes favorable a la transferencia de tan delicado asunto a favor de los árbitros, permite que estos puedan pronunciarse preferentemente sobre el particular (a falta de tal prueba, la cuestión debería ser resuelta por los jueces)²³.

might hesitate to interpret silence or ambiguity on the “who should decide arbitrability” point as giving the arbitrator that power, for doing so might too often force unwilling parties to arbitrate a matter they reasonably would have thought a judge, not an arbitrator, would decide”.

²³ No puede ocultarse el hecho de que este debate, teniendo en consideración, de un lado, (i) el enfoque contractualista del sistema estadounidense y, de otro, (ii) su llamativa tendencia a blindar en fase post-lauda la decisión de los árbitros sobre las cuestiones liminares (*arbitrability*) cuando estas les fueron confiadas clara e inequívocamente, plantea un problema de dimensiones constitucionales: ¿puede alcanzar el *delegation agreement* incluso los elementos directamente fundacionales del poder dirimente de los árbitros? ¿puede, en fin, el *delegation agreement* confiar a los árbitros las cuestiones nucleares acerca de la propia existencia y/o validez del convenio arbitral? En mi opinión, vigentes los dos elementos estructurales anteriores, ello debería ser radicalmente imposible por imperativo de las garantías constitucionales que aseguran la dignidad humana (entendida a estos efectos como la interdicción de toda forma de dominación externa no legítima) y el derecho de acceso a la jurisdicción (entendido a estos efectos como fórmula procesal y sustantiva que, por defecto, ofrece el cauce legítimo para la resolución de conflictos mediante un pronunciamiento fundado en Derecho). Lo contrario, humildemente creo que destruiría el equilibrio entre la razonable necesidad de asegurar la eficacia del procedimiento arbitral y la razonable necesidad de asegurar la legitimidad de las consecuencias que resultan de un proceso en el que se confía, a un tercero no investido de poder público, facultades dirimientes susceptibles sin embargo de pasar en autoridad de cosa juzgada. Sin la deseable claridad (a mi humilde entender) pueden leerse algunas autoridades sobre el particular, coincidentes en parte con la tesis que acabo de exponer si bien a través de vías muy distintas. Señala en este sentido G.B. Born (*International Commercial Arbitration*, vol. I, Wolters Kluwer, Law and Business), 2009, p. 938: “*The effect of First Options and its progeny on disputes over the validity or legality of an arbitration agreement (as distinguished from its formation or existence) must be considered separately. As to this issue, The U.S. Supreme Court has indicated –albeit in dicta– that such disputes are presumptively for judicial (not arbitral) determination. Although not expressly addressed, the Court’s treatment of the subject leaves little question as to this result. As noted above, the Court declared both in First Options and Housam that disputes over what parties are bound by the arbitration agreement are presumptively for judicial determination. It is impossible to see why the Court would have meant to treat disputes over the validity or legality of the arbitration agreement differently (...)*

Indeed, if there is a challenge specifically directed to the validity of the arbitration clause itself, then First Options will virtually always provide for judicial determination as to whether or not a valid arbitration agreement exists, as a necessary issue preliminary to deciding whether an agreement to arbitrate jurisdictional issues exists. Obviously, absent any valid agreement to arbitrate at all, there can be no agreement to arbitrate jurisdictional issues: ‘After all, a contract cannot give an arbitral body any power, much less the power to determine its own jurisdiction, if the parties never entered into it’. This includes cases where the alleged agreement to arbitrate incorporates institutional rules granting the arbitrators authority to decide jurisdictional challenges; these provisions are generally held insufficient to confer authority on the arbitrators finally to decide

Resulta curioso destacar el hecho de que la fórmula intelectual a partir de la que la Corte Suprema adjudica a unos u otros (jueces o árbitros) la tarea de dirimir la *arbitrability*, se hace descansar en una pura intuición acerca de lo “arcano” (y por ende improbable e infrecuente) que para las partes supone plantearse la cuestión meta–procesal que deberían abordar para allanar el enigma del “quién decide quién decide”²⁴.

Nótese sin embargo (y esta es una cuestión que parcialmente se presenta también en *Archer & White*), que numerosas Cortes de Apelación no han hallado especial dificultad a la hora de estimar que cuando las partes incorporan por referencia al convenio arbitral los reglamentos de cualquier institución arbitral que confiera a los árbitros la competencia para dirimir *arbitrability questions*, se estima que en tales casos concurre prueba clara e inequívoca de la voluntad de los contratantes de deferir a aquellos la decisión sobre las circunstancias liminares del proceso²⁵.

claims that the arbitration agreement is invalid or illegal. Low courts in the United States have almost uniformly reached conclusions consistent with this analysis”.

Por su parte, G.A. Bermann, (“The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration”, *Yale J. Int’l L.*, vol. 37, n° 1, 2012, p. 39, N. 174) tras poner de manifiesto que existe cierta discrepancia entre los Tribunales estadounidenses de menor grado sobre el particular (cabe o no delegar a favor de los árbitros los problemas nucleares en torno a la existencia y/o validez del convenio arbitral), con el fin de evitar cualquier confusión, se encarga de precisar que la cuestión no ha sido zanjada por la Corte Suprema: “*Courts and scholars disagree over whether the parties may delegate other gateway issues to the tribunal [es decir, a los árbitros](...) Drawing on somewhat loose language in the Supreme Court’s First options opinion, some courts permit parties to shift authority to the arbitrators even to determine the existence and validity of the arbitration agreement, though other courts and certain scholars disagree as a matter of principle. (...) In Rent –A –Center, the Supreme Court did not reach the question whether the parties may delegate to the tribunal the authority, exclusive of the courts at the threshold of arbitration, to determine the existence and validity of an agreement to arbitrate. It found that the party resisting arbitration had not challenged the delegation provision specifically, but rather the general arbitration provision to which it was linked”.*

En sentido contrario, sin embargo, cabe leer, por ejemplo, *Riley Mfg. Co. v. Anchor Glass Container Corp.* 157 F.3d 775, 779 (10º circuito, 1998), que admite la *arbitrability* de la cuestión liminar acerca de la existencia del convenio arbitral en tanto medie la “*clear and unmistakable evidence*”.

Admite igualmente la delegación arbitral de cuestiones liminares como la validez del convenio arbitral (y excepcionalmente incluso de su existencia) J.J. Barceló III, “Kompetenz –Kompetenz...”, *loc. cit.*, pp. 23–24, señalando que el verdadero problema a corregir estriba en entender que en tales casos las partes no sólo confieren a los árbitros el poder para decidir las cuestiones liminares, sino también el carácter (cuasi) definitivo de esa decisión. Pero lo cierto es que esa es la razón por la que, con la configuración actual del sistema estadounidense, semejante delegación no debiera permitirse.

²⁴ *Vid.* nota 23 *ut supra*.

²⁵ Entre otras muchas, *Avue Techs. Corp. v. DCI Group, LLC*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 24513, 13–18 (D.D.C. 2006): “(...) *even under the ‘clear and unmistakable evidence’*

Como muy acertadamente destaca J.J. Barceló III²⁶, el planteamiento que formula la Corte Suprema pasa sin duda por asumir una suerte de ficción apoyada en (de nuevo) una peculiar e idiosincrática interpretación de la regla clásica de la separabilidad: no es solo que la Corte asume (como es habitual: *vid.* art. 16.1º LMU) la conceptualización del convenio arbitral como un acuerdo dotado de sustantividad propia distinto por tanto del propio contrato principal, sino que en el marco del propio convenio arbitral, presupone la potencial existencia de un nuevo y específico convenio²⁷ relativo esta vez a la voluntad de las partes de transferir a la competencia de los árbitros la resolución de las cuestiones liminares (*arbitrability*) que resulten del arbitraje:

“The logical problem inherent in the First Options reasoning is this. If one party claims that the putative arbitration agreement whether does not exist or is invalid, how could that very arbitration agreement determine ex ante who should decide those claims? (...)”

standard, the arbitration agreement need not ‘specifically state that the arbitrator has the primary authority to decide the arbitrability of the issues’ if the AAA rules as a whole are incorporated by reference (...)”.

Es necesario insistir (*vid.* nota 24 *ut supra*) en que la cuestión no es menor, pues no puede olvidarse que bajo el *dictum* de *First Options* en tales casos (esto es, constatada la voluntad “clara e inequívoca” de las partes de transferir a los árbitros el juicio sobre las cuestiones liminares), la decisión de estos últimos queda fuertemente blindada en fase post-laudo (es decir, de anulación / reconocimiento / ejecución del mismo: *vid.* nota 19 *ut supra*), extremo que produce un resultado desconocido en la tradición europea y cuya trascendencia no puede desconocerse: se tiende a consolidar (cuasi) definitivamente (ya no con mera prioridad temporal) una decisión arbitral acerca de la propia competencia de los árbitros, a partir de la presunción de que la incorporación convencional por los contratantes de las reglas de cierta institución arbitral muy partidaria del *Kompetenz-Kompetenz*, es signo “claro e inequívoco” de la voluntad de los contendientes, no ya de someter la cuestión a arbitraje, sino de excluir del escrutinio judicial (casi totalmente) extremos tan sensibles como los de la validez o la propia existencia del convenio arbitral.

²⁶ Barceló III, John J., “Kompetenz-Kompetenz...”, *loc. cit.*, p. 17.

²⁷ La doctrina ha coincidido a la hora de destacar el paralelismo claro que este esquema presenta con el antiguo Derecho alemán. Así, destacaba L. Capiel, en “El principio de Kompetenz-Kompetenz en España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 8, 2010, pp. 97-128, que: “Hasta hace algún tiempo atrás el Tribunal Supremo alemán reconocía ese tipo de cláusula, que concebía como una segunda cláusula arbitral (aparte de aquella que sometía a arbitraje las cuestiones de fondo) y denominaba *Kompetenz-Kompetenz-Klausel*. Pero no se requería una segunda cláusula explícita sino que el Tribunal Supremo alemán era muy generoso a la hora de encontrar implícitas tales cláusulas. Se ha de señalar, sin embargo, que según esta concepción los Tribunales retenían la competencia para enjuiciar la validez y el alcance de la *Kompetenz-Kompetenz-Klausel*, ya sea explícita o implícita. Por tanto, a no ser que se tratase realmente de una cláusula acordada por separado, el alcance *ratione personae* de ambas cláusulas sería el mismo, y los vicios que pudieran afectar a la validez de una cláusula también afectarían a la otra. Y así, esta construcción adquiriría mayor relevancia cuando la controversia se centraba en el alcance *ratione materiae* de la cláusula de arbitraje.”

Under those circumstances, for logic's sake one would have to understand the Court's reasoning as contemplating two distinct agreements contained within a single broad arbitration agreement: one delegating to the arbitral tribunal the initial decision on arbitrability and the other dealing with the "core" elements of arbitration – such as how the arbitrators are to be appointed; the choice, if any, of the seat or applicable institutional rules, and the scope of substantive issues to be arbitrated (those other than arbitrability). (...) Here I am following the lead of the U.S. Supreme Court in Rent-A-Center, West, Inc. v Jackson, 561 U.S. 63 (2010), in which the Court analyzed a larger arbitration agreement as containing two distinct agreements, the agreement to arbitrate arbitrability – which it called the "delegation" agreement – and the rest of the arbitration agreement. The Court concluded that the Prima Paint separability doctrine (Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. 388 U.S. 395 (1967)) applied as well to the delegation agreement which it treated as itself an arbitration agreement, separate and distinct from the rest of the broader arbitration agreement."

Pues bien, a partir de este punto, otros precedentes de la Corte Suprema se sucedieron para matizar las conclusiones de *First Options* (en realidad para atenuar ligeramente el aparentemente duro estándar probatorio exigido para la demostración del *delegation agreement*).

Así, por ejemplo, en *Howsam v. Dean Witter Reynolds*²⁸ la Corte Suprema indicó con claridad que cuestiones de mera procedibilidad (en particular, plazos preclusivos para el ejercicio de acciones) no quedaban embebidas dentro del concepto de *arbitrability* a la hora de activar el sistema de presunción reforzada señalado en *First Options*, de suerte que en el caso de tales asuntos cabía entender que las partes razonablemente habrían esperado que fueran los árbitros y no los jueces quienes decidieran al respecto (pudiéndose alcanzar tal conclusión, por tanto, sin necesidad de ofrecer la prueba cualificada de *First Options*):

"The Court's case law, however, makes clear that, for purposes of applying the interpretive rule, the phrase "question of arbitrability" has a far more limited scope. The Court has found the phrase applicable in the kind of narrow circumstance where contracting parties would likely have expected a court to have decided the gateway matter, where they are not likely to have thought that they had agreed that an arbitrator would do so, and, consequently, where reference of the gateway dispute to the court avoids the risk of forcing parties to arbitrate a matter that they may well not have agreed to arbitrate (...)

[A] gateway dispute about whether the parties are bound by a given arbitration clause raises a 'question of arbitrability' for a court to decide. Similarly, a disagreement about whether an arbitration clause in a concededly binding contract applies to a particular type of controversy is for the court (...) At the same time the Court has found the phrase 'question of arbitrability' not applicable in other kinds of general circumstance where parties would likely expect that an arbitrator would decide the

²⁸ 537 U.S. 79 (U.S. S.Ct. 2002).

gateway matter. Thus “procedural’ questions which grow out of the dispute and bear on its final disposition’ are presumptively not for the judge, but for an arbitrator, to decide (...) So, too, the presumption is that the arbitrator should decide ‘allegations of waiver, delay, or a like defense to arbitrability.’”

Siguiendo esta línea liberal más inclinada al favorecimiento de la intervención (inicialmente preeminente) de los árbitros, en *Pacificare Health Systems v Book*²⁹, la Corte Suprema estimó que debía remitirse la cuestión liminar a los árbitros por más que los demandantes (contrarios al arbitraje) sostenían que, caso de ser la disputa dirimida por árbitros, estos probablemente aplicarían las cláusulas contractuales suscritas entre las partes que limitaban la posibilidad de imponer los daños punitivos basados en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act* que pretendían los demandantes, circunstancia que situaba la disputa (supuestamente y a juicio de los actores) en un escenario de “materia no arbitrable” por considerar los demandantes que la renuncia contractual a los daños punitivos violaba materias de orden público resultantes de la *RICO Act*. La Corte Suprema estimó que ese razonamiento excluyente del arbitraje era prematuro y remitió la cuestión a los árbitros:

“(...) since we do not know how the arbitrator will construe the remedial limitations [established in the contract], the questions whether they render the parties’ agreements unenforceable and whether it is for courts or arbitrators to decide enforceability in the first instance are unusually abstract.”

Asimismo, en idéntica línea a la señalada con anterioridad, la Corte Suprema (en una decisión en la que la extrema división de los jueces hace complicado destilar la *ratio decidendi* de la sentencia), sin necesidad de exigir la superación del canon *First Options* acerca de la concurrencia del *delegation agreement*, admitió en *Green Tree Financial Corp v Bazzle*³⁰ la posibilidad de que fueran los árbitros los que se pronunciaran acerca de si un cierto convenio arbitral (redactado de modo estándar) permitía a los árbitros conocer de la formulación de *class*

²⁹ 538 U.S. 401, 407 (U.S. S.Ct. 2003)

³⁰ 539 U.S. 444 (U.S. S.Ct. 2003): “*The question here –whether the contracts forbid class arbitration– does not fall into [the] narrow exception [la señalada en First Options a favor de la cognitio judicial]. It concerns neither the validity of the arbitration clause nor its applicability to the underlying dispute between the parties. Unlike First Options, the question is not whether the parties wanted a judge or an arbitrator to decide whether they agreed to arbitrate a matter. Rather the relevant question here is what kind of arbitration proceeding the parties agreed to. That question does not concern a state statute or judicial procedures. It concerns contract interpretation and arbitration procedures. Arbitrators are well situated to answer that question”.*

actions (a las que, por supuesto, ninguna referencia explícita se hacía en ninguno de los convenios afectados).

Un nuevo ejemplo de dicha aproximación liberal es el representado por *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*³¹, en el que la Corte Suprema abordó un complejo caso en el que se cuestionó la validez del contrato principal, circunstancia que indirectamente afectaba –por hipótesis– la propia del convenio arbitral. Pues bien, aún cuando –como hemos tenido ocasión de exponer– los problemas liminares relativos a la existencia o validez del convenio arbitral debieran residenciarse en la *cognitio* judicial, la Corte Suprema, a partir de un razonamiento de tipo procesal atinente a la *causa petendi* esgrimida por la parte resistente al arbitraje, estimó sin embargo que:

“... (because respondents challenge the [underlying] Agreement, and not specifically its arbitration provisions, those provisions are enforceable apart from the remainder of the contract (...)) [so it] should therefore be considered by an arbitrator, not a court”.

Permítasenos concluir este tránsito por la jurisprudencia general de la Corte Suprema apostillando, justamente en relación con la doctrina *Buckeye*, que visto el concepto de “*delegation agreement*” que maneja la Corte a partir de su singular entendimiento de la *severability rule*³², lo cierto es que tampoco un ataque dirigido únicamente frente al acuerdo arbitral general, pero no respecto del *delegation agreement*, necesariamente cuestionaría este último (lo cual, huelga decirlo, extrema la complejidad forense de esta materia)...

2. La aportación de cierre: Archer & White

Pues bien, puede afirmarse que el cierre del sistema que hemos llamado “contractualista” con que la jurisprudencia de la Corte Suprema concibe la variante negativa de la regla *Kompetenz–Kompetenz*, encuentra un excelente representante en el asunto *Henry Schein, Inc. et al. v Archer and White Sales, Inc.*

Los hechos son simples y la forma en que la Corte resuelve la controversia aún lo es más. Sin embargo, en la sencillez de la solución podremos hallar algunas circunstancias novedosas que nos permitirán entender el modo en que evoluciona (o parece evolucionar) la doctrina de la Corte Suprema.

³¹ 546 U.S. 440 (U.S. S.Ct. 2006)

³² *Vide nota 25 ut supra.*

A) Entendimiento de la controversia

Archer & White, un pequeño negocio dedicado a la distribución de equipo dental, venía manteniendo relaciones comerciales con la entidad *Pelton & Crane*, dedicada precisamente a la fabricación de ese tipo de material. La primera compañía, en fin, se encargaba de la distribución del material que la segunda producía.

Por supuesto la relación se quiebra y *Archer & White* interpone demanda (ante un Tribunal Federal de distrito en Texas) frente a *Pelton & Crane* y otra entidad que comparece como sucesora de esta última, *Henry Schein, Inc.* En dicha demanda, la actora solicita dos tipos de tutela judicial: sobre la base de una supuesta violación por parte de las demandadas de leyes *antitrust* tanto estatales como federales interesa, (i) que se la resarza por los daños sufridos y (ii) que se adopten ciertas medidas cautelares frente a las demandadas.

Y es en relación con este último extremo donde surge el problema. El contrato suscrito entre los litigantes y aplicable al caso disponía:

“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.”

Interpuesta la demanda judicial y a pesar de la literalidad del convenio que acaba de transcribirse (que –aparentemente– excluía de su alcance objetivo las pretensiones de tipo cautelar que habría articulado el demandante), *Schein* formula sin embargo declinatoria y reclama que la disputa sea remitida a arbitraje.

Archer & White se opone a dicha declinatoria justamente sobre la base de que su demanda, al menos en parte, articulaba pretensiones cautelares y estas quedaban expresamente excluidas del convenio arbitral.

Obviamente, la controversia arroja una cuestión liminar (*arbitrability issue*) concerniente al alcance objetivo del convenio arbitral. Sobre dicha circunstancia, *Schein* recuerda que, visto que el convenio incorpora por referencia el Reglamento Arbitral de la *American Arbitration Association* y que este, a su vez, establece que ese tipo de *arbitrability issues* deben ser decididas por los árbitros, nada puede decir al respecto la Corte de distrito ante la que *Archer & White* interpuso la demanda, Corte que por consiguiente debe abstenerse y remitir la disputa a los árbitros.

Sin embargo, el demandante trata de esquivar el contundente argumento de *Schein* invocando cierta jurisprudencia desplegada en el Quinto Circuito Federal³³ y por cuya virtud, razones evidentes de eficiencia permiten abortar la transferencia del asunto a los árbitros en aquellos supuestos en los que –como aquí ocurriría, a juicio de *Archer & White*–, la idea de que el concreto asunto en disputa se hallaría sometido a arbitraje resulta totalmente infundada (*wholly groundless*).

Con arreglo a esta tesis, en fin, el juez sí dispondría de un mecanismo que le permitiría esquivar la fórmula contractualista del *Kompetenz–Kompetenz* en variante negativa: en efecto, incluso si se entendiera (de forma clara e inequívoca) que las partes defirieron la cuestión liminar a los árbitros, el juez, sin embargo, no cedería su jurisdicción si confirmara que la aplicabilidad del convenio arbitral (su alcance material) a la cuestión sometida a su conocimiento, era totalmente infundada (*wholly groundless*).

Por supuesto, en el caso *sub iudice* era –aparentemente– manifiesto que, al menos en parte, la discusión promovida por *Archer & White* (la pretensión cautelar) quedaba expresamente fuera del ámbito material del convenio arbitral.

Y así lo entendió la Corte de distrito: el argumento de *Schein* acerca de la aplicación del convenio arbitral a la disputa era totalmente infundado. Y no sólo lo entendió la Corte de distrito; la de apelación del Quinto Circuito confirmó esa misma decisión.

B) La decisión de la Corte Suprema

El criterio del máximo Tribunal estadounidense fue sin embargo radicalmente contrario a tales conclusiones³⁴.

³³ La propia Sentencia destaca los pronunciamientos contradictorios que sobre este particular han recaído en los circuitos federales de apelación. Nótese, en todo caso, que, durante la vista, según manifestó la Jueza Sonia Sotomayor en su debate con el Letrado de *Archer & White*, Sr. Daniel Geysler: “[*The*] number of *wholly groundless* cases is very small”.

³⁴ Atención: no resultó ser inicialmente esa la percepción al asistir a los intercambios mantenidos entre los Jueces de la Corte Suprema y el Letrado de *Schein* Sr. Kannon Shanmugam durante la vista. Siguiendo a Mann, R. (*Argument analysis: Justices signal opposition to vague exceptions that would limit enforceability of arbitration agreements*, SCOTUSblog (Oct. 30, 2018, 3:05 PM), <https://www.scotusblog.com/2018/10/argument-analysis-justices-signal-opposition-to-vague-exceptions-that-would-limit-enforceability-of-arbitration-agreements/>), podemos destacar varias intervenciones que no apuntaban precisamente al resultado final que finalmente tuvo el caso *Archer & White*.

Así, por ejemplo, cuando la Jueza Sonia Sotomayor preguntó al Letrado Shanmugam (partidario de la remisión del caso a arbitraje y quien por tanto logró persuadir a la Corte) qué ocurriría si, pese a tratarse de un supuesto de aplicabilidad totalmente infundada del

Al pronunciarse en los términos en que lo hizo (y que abordaremos de inmediato), la Corte Suprema confirma sin matices la concepción contractualista de la regla *Kompetenz–Kompetenz* que en su dimensión negativa ha venido patrocinando desde hace ya décadas.

En efecto, como podrá comprobarse, la conclusión diáfana que alcanza es la de que la voluntad (clara e inequívoca) de los contratantes en relación con el *delegation agreement* que defiere al árbitro el análisis de la *arbitrability issue*, no puede ser de ningún modo esquivado so pretexto judicial de resultar el ámbito del convenio manifiestamente inaplicable al caso concreto. Por tanto, el elemento contractual actúa en tales casos como una potentísima fuerza inhibitoria frente, incluso, a un elemental escrutinio judicial suficiente para detectar el carácter manifiestamente inaplicable del convenio arbitral al caso.

“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.”

Para establecer el fundamento de su conclusión la Corte Suprema recupera alguna de las ideas clásicas que la idiosincrasia de la jurisprudencia federal estadounidense ha producido. En primer lugar, la llamativa noción (desconocida en el Derecho Europeo) según la cual la inhibición judicial post–laudo frente al fondo del asunto sometido a arbitraje es equivalente a la que el juez debe practicar en relación a la decisión de los

convenio arbitral, el asunto quedara remitido a los árbitros y estos sin embargo asumieran como legítima su competencia sobre la disputa, el Letrado respondió que en tal caso la parte hipotéticamente perjudicada por una decisión irracional como sería esa (*Archer & White*) podría impugnarla a través de los mecanismos ordinarios de anulación del laudo. La Jueza Sotomayor, plenamente consciente del peculiar sistema contractualista estadounidense que incluso en fase de anulación reconoce un llamativo blindaje a la decisión de los árbitros atinente a cuestiones de naturaleza liminar, no dudó en comentar: “(...) *basically you are telling me (...) there is no remedy for that (...) party*”.

Una segunda muestra de esta indecisión inicial de la Corte provino de ciertos comentarios del Juez Breyer, quien trató de testar la postura del Letrado Shanmugam mediante una clásica *reductio ad absurdum* no exenta de cierta ironía: “*Now suppose it’s really weird. (...) He says my claim here is a Martian told me to [ask for arbitration]. Are you saying no matter what, (...) never, under no circumstances, is there no exception no matter what? The arbitrator, by the way, loves Martians*”.

Cuando el Letrado trató de replicar sugiriendo que en casos como esos era razonable presumir que los árbitros reaccionarían frente a la parte que de modo tan abusivo pretende forzar el procedimiento arbitral, el Juez Samuel Alito, a su vez, tomó el testigo y reforzó de un modo más crudo y explícito la idea de Breyer: “*Well, they may or may not love Martians, but do[n’t] you think it’s fair to say that they love arbitration, so they’re not probably very much inclined to sanction parties who bring (...) arbitrable disputes to them?*”

árbitros concerniente a las cuestiones liminares, una vez se constata (clara e inequívocamente) la existencia del *delegation agreement*:

“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.’ 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 question that the parties have delegated to an arbitrator.”

En segundo lugar, enfrentada la Corte con la dificultad lógica que resulta de la atribución a la cognición arbitral de algunas cuestiones liminares particularmente cardinales (así, los problemas atinentes a la existencia y validez del propio convenio: quizás la más crítica de las cuestiones³⁵), afirmará con cierta contundencia lo siguiente:

“This Court has consistently held that parties may delegate threshold arbitrability questions to the arbitrator, so long as the parties’ agreement does so by ‘clear and unmistakable’ evidence (...). To be sure, before referring a dispute to an arbitrator, the court determines whether a valid arbitration agreement exists (...). 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”.

El *dictum* judicial es en este punto de singular trascendencia. Pareciera que la Corte Suprema, consciente de las dificultades lógicas que implican ciertas lecturas de *First Options* y *Rent-A-Car*³⁶, trata de clarificar con contundencia la cuestión (*To be sure...*): la *vexata quaestio* acerca de la posibilidad de deferir a los árbitros el conocimiento de cuestiones liminares (mediante el específico, claro e inequívoco *delegation agreement*) debe resolverse en el sentido de que es tarea del juez (no del árbitro) pronunciarse antes acerca de la existencia de un convenio arbitral válido³⁷; y solamente cuando judicialmente se

³⁵ Vid. nota 23 *ut supra* y el delicado debate acerca de si tales cuestiones liminares pueden ser deferidas a arbitraje por medio de un *delegation agreement* probadamente claro e inequívoco.

³⁶ Vid. nota 23 *ut supra*.

³⁷ Durante la vista y en la intervención del Letrado de *Archer & White*, Sr. Daniel Geysler (defensor de la competencia judicial, no arbitral), la Jueza Sonia Sotomayor mostró con claridad su entendimiento del particular a partir de los precedentes de la Corte Suprema: indicó que entendía que la función del juez “(...) is limited to [determining] was there an agreement between the parties and was there a delegation (...)”, añadiendo en conclusión que “(if there is [an agreement and delegation] don’t look to the merits. I don’t see how determining whether something is wholly groundless is anything but merits determination”.

Por desgracia, la cuestión no resultó totalmente aclarada en el debate con el Letrado. Cuando este sostuvo que la remisión de un caso como el presente resultaría contradictoria

confirma tal elemento (no consta ninguna referencia a cualquier tipo de limitación de la *cognitio* judicial para efectuar dicha operación), sólo entonces cabe deferir otras cuestiones liminares (ya no se especifican) al conocimiento de los árbitros si así resulta de la voluntad clara e inequívoca de los contratantes.

La Corte enfrenta también argumentos inspirados en razones de pura eficacia procesal. *Archer & White* sostuvo que carecía de sentido admitir la transferencia del asunto liminar a los árbitros en aquellos supuestos en los que –como resultaba de la doctrina emanada del Quinto Circuito Federal– la aplicabilidad del convenio arbitral resultaba totalmente infundada. En este punto (de un modo un tanto paradójico), la Corte Suprema rebate tal crítica reconociendo que, cuando de interpretación jurídica se trata, habitualmente no es posible identificar supuestos que “manifiestamente” merezcan una respuesta legal unívoca³⁸, de suerte que dos juzgadores imparciales bien podrían alcanzar conclusiones totalmente opuestas (debe entenderse que ni siquiera la Corte Suprema se reconoce a sí misma capaz de la clarividencia necesaria como para detectar sin margen de error pretensiones “totalmente infundadas”³⁹ acerca de la aplicación de un convenio arbitral...):

(...) contrary to Archer and White’s claim, it is doubtful that the “wholly groundless” exception would save time and money systemically even if it might do so in some individual cases. Archer and White assumes that it is easy to tell when an argument for arbitration of a particular dispute is wholly groundless. We are dubious. The exception would inevitably spark collateral litigation (with briefing, argument, and opinion writing) over whether a seemingly unmeritorious argument for arbitration is wholly

con la voluntad contractual de los contendientes, el Juez Breyer planteó la siguiente cuestión decisiva: “*But doesn’t that depend on the nature of the agreement as to arbitrability? (...) Suppose you have an agreement that says the arbitrator has exclusive authority to decide all question of arbitrability, regardless of whether the claim of arbitrability has any merits whatsoever. What would you say then?*” La respuesta del Letrado, sin embargo, no reivindicó la exclusividad jurisdiccional sobre las cuestiones liminares acerca de la existencia y validez del convenio arbitral, sino que apuntó a la necesidad última de verificar si constaba prueba clara e inequívoca del acuerdo de delegación. A mi entender con ello selló el pleno vigor del sistema contractualista y restó virtualidad a una intervención judicial capaz de detectar (siquiera) pretensiones “manifiestamente infundadas” acerca del alcance del convenio arbitral.

³⁸ El Juez Neil Gorsuch, en su intercambio con el Letrado Sr. Geysler señaló: “*The whole point of arbitration (...) is to (...) streamline things. And having litigation all the way up and down the federal system over wholly groundless, only to wind up in arbitration, ultimately seems highly inefficient*”.

³⁹ Cabría preguntarse: ¿por qué es más discernible en cuanto a su contenido jurídico la expresión “*clear and unmistakable evidence*” (que según *First Options* un juez sí puede valorar eficazmente...) que la expresión “*wholly groundless*” (que según *Archer & White* un juez no puede valorar eficazmente...)? Misterios dogmáticos, qué duda cabe.

groundless, as opposed to groundless. We see no reason to create such a time-consuming sideshow.

Archer and White further assumes that an arbitrator would inevitably reject arbitration in those cases where a judge conclude that the argument for arbitration is wholly groundless. Not always. After all, an arbitrator might hold a different view of the arbitrability issue than a court does, even if the court finds the answer obvious. It is not unheard-of for one fair-minded adjudicator to think a decision is obvious in one direction but for another fair-minded adjudicator to decide the matter the other way.”

Por último, la Corte Suprema introduce un matiz final que, de nuevo, no es baladí: al tomar su decisión, no prejuzga en modo alguno si en el caso concreto cabe confirmar la existencia clara e inequívoca de una delegación de la cuestión liminar en juego a favor de los árbitros. Se limita a señalar (muy correctamente) que la Corte únicamente resuelve a partir del objeto procesal que recibe de la apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), sin que en él se incluyera la cuestión acerca de la prueba del *delegation agreement* según el estándar *First Options*.

Este elegante cierre de tipo procesal no puede velar la cuestión crítica que deja imprejuzgada y que supone uno de los elementos prácticos más relevantes del contractualismo estadounidense en el entendimiento del Principio *Kompetenz–Kompetenz* negativo: ¿la mera incorporación por referencia de reglamentos de instituciones arbitrales que declaren la plena competencia del árbitro para juzgar cuestiones liminares (*arbitrability issues*), equivale a prueba clara e inequívoca de la existencia del *delegation agreement* que según *First Options* sustrae de la *cognitio* judicial esas mismas cuestiones?⁴⁰

Habrá que seguir esperando...

IV. Conclusión general

A partir de cuanto se ha expuesto, es razonablemente posible identificar a) la articulación elemental del sistema contractualista de *Kompetenz–Kompetenz* negativo que opera en Derecho arbitral federal estadounidense; así como b) ofrecer del mismo sus rasgos jurídicos elementales.

En lo tocante al primer punto y complementando ahora lo que ya apuntamos *ut supra*, las reglas básicas de aplicación del sistema serán las siguientes:

⁴⁰ *Vid.* nota 25 *ut supra*. Durante la vista ante la Corte Suprema, las Juezas Ruth Bader Ginsburg y Elena Kagan no dudaron en plantear estas delicadísimas cuestiones al Letrado de Schein, Sr. Kannon Shanmugam (partidario de la remisión a arbitraje) y ello a pesar de que efectivamente tal cuestión quedaba fuera del *certiorari* concedido por la Corte.

i) En términos generales, las cuestiones liminares (*arbitrability issues*), por oposición al debate de fondo (*merits*), se estima que caen dentro de la cognición del juez (que es por tanto quien debiera decidir-las –el juez y no el árbitro–, antes de remitir a los contendientes al correspondiente proceso arbitral).

ii) Para desempeñar dicha función, el juez, aún en fase pre-laudo, despliega cognición plena, que por consiguiente no queda circunscrita a ninguna suerte de análisis *prima facie*.

iii) Sin embargo –y aquí estriba el elemento caracterizador del sistema estadounidense–, se estima que si las partes estipularon clara e inequívocamente (*clear and unmistakable evidence*), de forma expresa o tácita, que cierta cuestión liminar debía ser deferida a los árbitros (*delegation agreement*), en tal caso el juez deberá abstenerse de conocer sobre el asunto y remitir directamente a los contendientes al correspondiente proceso arbitral.

iv) No obstante lo anterior, antes de que el juez se pronuncie acerca de si el *delegation agreement* satisface el canon *First Options*, es el propio juez quien debe haber confirmado la existencia de un convenio arbitral válido⁴¹.

v) La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema ha tendido hacia la identificación de diversos supuestos en los que se ha enervado la necesidad de una prueba “clara e inequívoca” para estimar que la *arbitrability question* quedó deferida a los árbitros (vgr: meras cuestiones de procedibilidad; *class actions...*).

iv) Por último, confirmada tras las operaciones anteriores la existencia de un *delegation agreement* acordado entre los contendientes de forma clara e inequívoca según el estándar *First Options*, procederá la remisión de la cuestión liminar a los árbitros y ello con independencia de que la aplicabilidad al caso del convenio arbitral resultara totalmente infundada (*wholly groundless*).

Descrita en estos términos la mecánica del sistema contractualista estadounidense, podemos ahora señalar sus características jurídicas básicas:

i) Se trata de un sistema que, en la fase pre-laudo del procedimiento arbitral, reconoce una vigencia *sui generis* del Principio *Kompetenz-Kompetenz*, también en su vertiente negativa⁴².

⁴¹ Archer & White: “To be sure, before referring a dispute to an arbitrator, the court determines whether a valid arbitration agreement exists (...)”. Asimismo, todo el debate indicado en la nota 23 *ut supra*.

⁴² Me separo aquí de las muy razonables conclusiones que alcanzan otros comentaristas que sugieren la ausencia en el Derecho Arbitral Federal Estadounidense de la variante

ii) En efecto, el modo en que opera dicha vertiente negativa es peculiar por las siguientes razones: (a) no responde a una tesis “fuerte” como la vigente en el Derecho francés, que bien expulsa toda forma de *cognitio* judicial (cuando el Tribunal Arbitral ya ha sido constituido) o bien la limita intensamente (se circunscribe al análisis *prima facie* del convenio arbitral si la intervención judicial acontece antes de la constitución del Tribunal Arbitral); (b) se aproxima más bien a una tesis “débil” como la vigente en el Derecho Español o en el Alemán actuales, en el que la cognición judicial no queda restringida de ningún modo especial antes de constituirse el Tribunal Arbitral; (c) sin embargo, todas las consideraciones anteriores quedan afectadas por la presencia o no del consentimiento contractual de las partes acerca de la arbitrabilidad de las cuestiones liminares.

iii) En ese sentido, es el Principio de Autonomía de la Voluntad (contractualismo) el que finalmente acaba configurando la mecánica legal que determina la autoridad capaz de dirimir las cuestiones liminares en controversia (*arbitrability*): se admite que si las partes así lo quisieron de forma clara e inequívoca (*delegation agreement*), el juez nada podrá decir acerca de tales cuestiones y deberá remitir sin más la cuestión a arbitraje.

iv) No obstante, por razones de legitimidad procesal y lógica jurídica (aún cuando el problema sigue desatando encontrados debates), el cariz contractualista del sistema estadounidense no parece alcanzar tales extremos de liberalidad como para admitir la posibilidad de acuerdos de delegación (*delegation agreements*) que confieran a los árbitros en detrimento de los jueces la decisión acerca de las cuestiones liminares

negativa del Principio *Kompetenz –Kompetenz* sobre la base de la ausencia de mecanismos de limitación de la cognición judicial en fase pre –laudo y respecto de las condiciones de existencia, validez y alcance del convenio arbitral (cuestiones liminares). Por todos: L. Capiel, “El principio de *Kompetenz –Kompetenz* en España”, *loc. cit.*, p. 112. La conclusión de la que aquí me aparto se apoya en la idea (sólo parcialmente cierta) de que las limitaciones a la cognición judicial en el sistema estadounidense proceden no de la prescripción legal sino de la contractual (*delegation agreement*). A mi entender, sin embargo, tal postura minimiza el hecho de que, en perspectiva constitucional, la presencia en el sistema de un principio jurídicamente admitido y capaz de atribuir a la voluntad de las partes tal poder de delimitación de la jurisdicción estatal, justifica con creces la confirmación de la vigencia de la vertiente negativa del *Kompetenz –Kompetenz* en el derecho Arbitral Federal Estadounidense, máxime cuando el entendimiento de tal sistema por la Corte Suprema tiende a favorecer la limitación jurisdiccional en beneficio de los árbitros. Todo ello sin perjuicio de que se añada que la operativa del *Kompetenz –Kompetenz* negativo se configura (*sui generis*) desde un prisma contractualista, como aquí reconocemos, que no opera en otras latitudes en que rige sin esos matices el Principio *Kompetenz –Kompetenz*. Con esa precisión, habla también del efecto negativo del *Kompetenz –Kompetenz* en el Derecho federal estadounidense. J.J. Barceló III, “*Kompetenz –Kompetenz...*”, *loc. cit.*, p. 20.

que atañen a la existencia y validez del propio convenio arbitral (esto es, de sus propios poderes dirimentes).

v) El modo en que se aprecia la concurrencia de la voluntad contractual capaz de decantar en un sentido u otro (jueces o árbitros) la autoridad para dirimir las cuestiones liminares responde a las siguientes características: (a) especificidad o sustantividad (el llamado *delegation agreement* se concibe como un consentimiento distinto del que genera el convenio arbitral “ordinario” –y por supuesto distinto también del que engendra el contrato principal–, circunstancia que lo hace acreedor particular de los efectos propios de la *severability rule*); (b) elevado estándar probatorio, necesario para acreditar su concurrencia (“*clear and unmitakable evidence*”) y que debe ser aportado por la parte que se opone a la *cognitio* judicial; (c) dicho estándar probatorio, sin embargo, se hace descansar sobre ciertas presunciones de corte especulativo (apoyadas en la distinción *substantive arbitrability* y *procedural arbitrability*)⁴³ que han contribuido, en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema, a lenificar el aparente maximalismo que resultaba de su primer *dictum* en *First Options*.

vi) Una última característica, ajena a la fase pre-laudo, tacha sin embargo todas las circunstancias anteriores del sistema contractualista estadounidense, refuerza su consistencia pro-arbitral y le confiere una singularidad desconocida en el Derecho europeo: la deferencia con que el juez, al abordar la anulación / reconocimiento / ejecución del laudo, tratará las decisiones adoptadas por el árbitro acerca de las cuestiones liminares de su competencia (*arbitrability*), manteniéndolas en sus propios términos –salvo excepcionalísimas circunstancias⁴⁴– con idéntico tratamiento que el que se dispensa a las cuestiones que atañen al fondo del asunto (*merits*).

Bibliografía

- BARCELÓ III, J.J.: “Kompetenz –Kompetenz and Its Negative Effect – A Comparative View”, *Cornell Law School Legal Studies Research Papers Series* (no. 17 –40), 2017
- BERMANN, G.A.: “The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration”, *The Yale J. Int’l L.*, vol. 37, n° 1, 2012.
- BORN, G.B.: *International Commercial Arbitration*, vol. I, Wolters Kluwer, Law and Business, 2009.

⁴³ *Vid.* nota 12 *ut supra*.

⁴⁴ *Vid.* nota 2 *ut supra*.

- CAPIEL, L.: “El principio de Kompetenz –Kompetenz en España”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 8, 2010, pp. 97–128.
- FOUCHARD, P., GAILLARD, E., GOLDMAN, B., *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996.
- PARK, W.W.: “Determining an Arbitrator’s Jurisdiction”, 8 *Nevada L. J.* 135, 145 (2007).
- PAULSSON, J.: *The Idea of Arbitration*, Oxford, 2013.
- PENADÉS FONTS, M. y TENT ALONSO, P.: “The New York Convention and the Enforcement of Arbitration by National Courts: What Level of Review?”, en *60 years of the New York Convention. Key Issues and Challenges* (K. Fach y A.M. López Rodríguez, eds.), Wolters Kluwer, 2019.
- PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Ed. Thomson Aranzadi, 2005.