

EL CONTROL JUDICIAL DE L'ARBITRATGE.
A PROPÒSIT DE LA DOCTRINA DEL TSJ EN MATÈRIA
DE PERMUTES FINANCERES

Comunicació a
L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Francesc Tusquets Trias de Bes
Advocat, professor titular de Dret Mercantil UB
Acadèmic numerari
Vocal del TAB

I.- ANTECEDENTS

En el primer semestre de 2015 la Sala Civil i Penal del TSJ de Madrid va dictar cinc controvertides sentències que van provocar preocupació entre la doctrina especialitzada i el que alguns anomenen món arbitral.

Son les següents:

1. STSJ de Madrid nº 13/2015, de 28 de gener (REPOS I REPAS, S.L. c/ BBVA).
2. STSJ de Madrid nº 27/2015, de 6 d'abril (MOBLES PASSE AVANT, S.L. c/ BBVA).
3. STSJ de Madrid nº 30/2015, de 14 d'abril (PLAYA PADRÓN ESTEPONA, S.L. c/ BANCO POPULAR).
4. STSJ de Madrid nº 31/2015, de 14 d'abril (VINART HOTELS, S.L c/ BBVA).
5. STSJ de Madrid nº 45/2015, de 26 de maig (GORI TRANSBUR, S.L. c/ BBVA).

Les cinc sentències anul·len sengles laudes dictats en procediments arbitral

administrats per reconegudes institucions arbitrals amb seu a Madrid: La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, i La Corte Española de Arbitraje¹.

En els cinc casos els laudes havien desestimat les demandes interposades per clients minoristes, societats mercantils, contra les entitats de crèdit, demanant la nul·litat de contractes de permutes financeres.

Les cinc societats mercantils van interposar demandes d'anul·lació dels laudes davant la Sala Civil i Penal del TSJ de Madrid, i en tots els cinc casos la Sala va anul·lar els laudes arbitrals.

Val la pena assenyalar que les tres darreres sentències (les dues de 14 d'abril i la del 26 de maig de 2015) contenen totes un vot particular discrepant del President de la Sala.

II.- LA LITIGIOSITAT DE LES PERMUTES FINANCERES (SWAPS)

La problemàtica que en els darrers anys han provocat els contractes de permutes financeres sobre tipus d'interès, habitualment conegudes com a SWAP, es prou sabuda.

L'Acadèmia va dedicar a aquesta qüestió la sessió oberta celebrada el dia 16 d'abril de 2013, amb ponència a càrrec del Dr. Luis Martí Mingarro, que vaig tenir l'honor del presentar.

La comercialització d'aquests productes complexos de forma certament poc rigorosa per determinades entitats financeres, ha provocat en els darrers anys una extraordinària litigiositat, que en una gran majoria de casos ha finalitzat amb sentències a favor de

¹ Per més informació sobre aquestes sentències, podeu veure el treball de C. RIVERA GARCÍA "Anulación de laudos por vulneración del orden público. Comentario a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentada en asuntos sobre permutas financieras", RJC nº 4, 2015, pp. 157-185.

l'inversor minorista, amb anul·lació del *SWAP* per motius vinculats a l'error en el consentiment per nul·la, defectuosa o insuficient informació per part de l'entitat financera.

En aquest sentit és important la jurisprudència desenvolupada pel Tribunal Suprem, en especial des de la coneguda sentència de 20 de gener de 2014 (ponent el nostre company Ignacio Sancho Gargallo), que va unificar els criteris en relació amb l'error com a vici de consentiment en els *SWAP*, la qual cosa ha provocat una tendència més marcada en la jurisprudència a favor de l'anul·lació dels *SWAP* per error.

En aquest sentit es posa de manifest en la sentència la rellevància de les normes imperatives establertes a la legislació del mercat de valors, que imposen a les entitats financeres obligacions d'informació per tal de corregir l'asimetria informativa existent entre les entitats financeres i els seus clients minoristes.

Com ha estat destacat², aquesta qüestió ha portat a un primer pla de l'actualitat l'error com a vici de consentiment, i el que fins ara era una excepció que per tant només era acceptada de forma excepcional, s'ha convertit en regla general. I en conseqüència cal adaptar la teoria general sobre la formació del consentiment i els seus vicis a la problemàtica d'aquests productes complexos.

III.- LA SUBMISSIÓ A ARBITRATGE EN ELS CONTRACTES DE PERMUTA FINANCERA

La Directiva de Mercats d'Instrumentos Financiers de 21 d'abril de 2004, més coneguda pel seu acrònim en anglès com a MiFID, incrementa els deures de les entitats financeres i correlativament la protecció de l'inversor.

² D'aquesta opinió, P. PERALES VISCASILLAS, "Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas", Revista de Derecho del Mercado de Valores, nº 17/2015, 1 de julio de 2015, pp. 1 a 55.

Per aquesta raó la pròpia Directiva preveu –de forma certament premonitòria- l'increment de la litigiositat entre les entitats financeres i els inversors.

Y en aquest sentit la Directiva insta als Estats Membres a implementar sistemes alternatius de solució de conflictes per fer front al previsible increment de la litigiositat.

Per aquesta raó la Asociación Española de Banca Privada (AEB) en el model del *Contrato Marco de Operaciones Financieras* (CMOF) inclou la clàusula de submissió a arbitratge.

I determinades institucions financeres (com per exemple BBVA, Banc Popular, Caixabank) van incorporar també la clàusula de submissió a arbitratge als contractes específics de permutes financeres (*SWAP*) atorgats amb societats mercantils, no amb persones físiques, perquè en aquest cas seria d'aplicació la normativa especial d'arbitratge de consum.

IV.- L'ACCIÓ D'ANUL·LACIÓ DEL LAUDE ARBITRAL

D'acord amb allò que estableix l'art. 43 de la LA, els laudes produeixen els efectes de cosa jutjada i contra ells només es pot exercitar l'acció d'anul·lació.

L'acció d'anul·lació és efectivament el mecanisme de control judicial que garanteix que el naixement, desenvolupament i conclusió del procediment arbitral s'ajustin al que s'estableix a la llei.³

En alguns ordenaments propers, com a França, es permet la renúncia a l'acció d'anul·lació per les parts al signar el conveni arbitral.

³ Vid. JC FERNÁNDEZ ROZAS, "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *Diario La Ley* nº 8537, 12 de mayo de 2015, pp. 1-10.

Ara bé, en tot cas aquest control judicial té un contingut molt limitat atès que l'acció d'anul·lació no és ni pot ser considerada com a una segona instància.

No és un recurs, és una acció autònoma, de caràcter extraordinari, que consisteix en un procés judicial en única instància davant la jurisdicció, quin únic objectiu és la impugnació de la validesa dels laudes.⁴

Constitueix una figura *sui generis* clarament diferent de les impugnacions del procés ordinari.⁵

Queda doncs ben entès que l'objectiu de l'acció d'anul·lació no és la controvèrsia existent entre les parts que ha provocat el procés arbitral, sinó una revisió, per causes taxades, de la validesa del laude.

Per tant el control judicial és un control extrínsec i no sobre els fets i drets que han estat objecte del procediment arbitral.

Conseqüentment l'autoritat judicial que coneix de l'acció d'anul·lació té vedada la revisió del fons de l'assumpte i no pot corregir eventuais errors "*in iudicando*".

La pròpia Exposició de Motius de la LA estableix:

"... Las causas de anulación del laudo no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Ello es consecuencia necesaria de que la institución arbitral se asienta en la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros con exclusión de la intervención judicial".

⁴ D'aquesta opinió ME ALEGRET, "Las nuevas competencias del Tribunal Superior de Justicia en materia de arbitraje", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral* (Dir. D. Vázquez y F. Tusquets), Valencia, 2013, pp. 51 a 67.

⁵ D'aquesta opinió FERNÁNDEZ ROZAS, loc.cit p.5.

No hi ha dubte que la decisió judicial sobre la validesa o nul·litat del laude no pot substituir la decisió de fons adoptada pels àrbitres.

En aquest mateix sentit s'ha pronunciat el TC en la STC 43/1988, de 16 de març, és a dir anterior per tant no només a la vigent LA, sinó també de la precedent llei de 5 de desembre de 1988.

I aquesta tesi del TC es va reproduir al ATC 231/1994, de 18 de juliol, que va manifestar que no procedeix la revisió del fons de l'assumpte per la jurisdicció amb l'argument: *“porque de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada...”*.

També el TS s'ha manifestat en el mateix sentit, tot dient que la LA prohibeix als Tribunals conèixer del fons de l'assumpte, que els Tribunals no poden revisar suposats errors de l'àrbitre, i que un conveni arbitral vàlid sobre una matèria disponible limita la intervenció del poder judicial a tasques de suport, auxili i control extern (STS de 22 de juny de 2009).

I a la seva interlocutòria de 21 de febrer de 2006, el TS va destacar que: *“Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales ... intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control se presume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad, entendida en términos de disponibilidad de la materia sobre la que ha versado y de la regularidad del procedimiento de arbitraje”*, tot insistint en que *“no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo”*.

La pròpia AP de Madrid, recordem que abans de la reforma de la llei 11/2011 corresponia a les AP conèixer de les accions d'anul·lació de laudes, s'havia pronunciat

en el mateix sentit.

Així, la SAP de Madrid, Secc. 10, de 30 de setembre de 2010, insisteix en que l'acció d'anul·lació no pot corregir eventuais deficiències del raonament substantiu efectuat pels àrbitres per arribar a la decisió sobre els aspectes debatuts en relació amb la controvèrsia plantejada per les parts a l'arbitratge: *“Traspasar estos límites significaría acometer en vía de control judicial un examen del fondo del asunto resuelto en el arbitraje; una actuación, por lo demás impedida por la propia naturaleza procesal de la acción de anulación”*.

I la Secció 15 de l'AP de Barcelona, en sentència de 2 de desembre de 2009 adverteix: *“... el control judicial enderezado a verificar conformidad o contrariedad del laudo con el orden público no ded[e] confundirse con una segunda instancia ni con una tarea propiamente jurisdiccional de revisión de la valoración de la prueba efectuada por el árbitro. Una cosa es que el árbitro resuelva el conflicto sin aplicar o tener en cuenta las normas imperativas o prohibitivas, de orden público, que rigen la materia controvertida y otra, vedada al órgano judicial que conoce de la acción de anulación, es que pueda corregirse la valoración probatoria del árbitro y la consecuente decisión que, con aplicación de esas normas imperativas, resuelve la controversia sometida a arbitraje. No debe convertirse, en fin, el recurso a esta cláusula en una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando la misma no es absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica, o a ese ordenamiento de imperativa aplicación. Por ello hemos señalado en anteriores ocasiones que no cabe localizar la infracción del orden público en el desacuerdo con la valoración probatoria que, en ejercicio de la función y encargo encomendado, ha de realizar el árbitro para decidir la controversia al mismo sometida...”*.

Aquesta tesi ha estat matisada per la interlocutòria de la Sala Civil i Penal del TSJ del

País Basc de 19 d'abril de 2014, en el sentit de que no figura en la legislació arbitral vigent cap excepció que justifiqui incrementar la severitat del control judicial en aquells casos en que el laude impugnat tracti qüestions sensibles a l'ordre públic. D'acord amb la dita sentència en aquests casos, l'actuació del jutge de control s'ha de limitar a: (i) verificar que els àrbitres han sigut conscients de que existia un problema d'ordre públic, (ii) que ho han examinat en el raonament del laude i (iii), que, finalment ho han resolt, sense contrastar, valorar o enjudiciar la correcció d'aquest raonament.

Sobre el control judicial de l'arbitratge s'ha pronunciat també, òbviamment, el TSJ de Catalunya en nombroses sentències com ara les següents: nº 27/2012, de 2 d'abril; 33/2012, de 29 d'abril; 74/2013, de 30 de desembre; 53/2014, de 24 de juliol.

I la més recent, de les que tinc coneixement, és la 22/2016, de 7 d'abril (ponent Carlos Ramos), en la que fa referència a *“la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo” ... “sin abarcar en modo alguno, por tanto, ni la infracción el Derecho material aplicable al caso ni el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral”*.

És també aquest el criteri seguit per la jurisprudència arbitral de control comparada.⁶

Queda clar, doncs, que l'acció d'anul·lació del laude no és una segona instància, sinó una acció autònoma quin únic objectiu és la impugnació de la validesa dels laudes per causes taxades, sense que el control judicial abasti la revisió del fons de l'assumpte i sense que es puguin corregir eventuais errors *in iudicando*.

És a dir, les consideracions efectuades pels àrbitres sobre la valoració dels fets objecte de la controvèrsia, la interpretació de les normes aplicables i les conclusions jurídiques

⁶ Així observat per G. STAMPA, “Comentario de las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015”, La Ley Digital de 12 de mayo de 2015.

són inamovibles per més errònies que puguin semblar⁷.

V.- MOTIUS D'ANUL·LACIÓ

L'art. 43 LA estableix les causes taxades per les quals es pot anul·lar el laude.

Són les següents:

- a) Que el conveni arbitral no existeixi o no sigui vàlid.
- b) Que una part no hagi estat degudament notificada de la designació de l'àrbitre o de les actuacions arbitrals, o per qualsevol altre motiu no ha pogut fer valer els seus drets.
- c) Que els àrbitres hagin resolt sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió.
- d) Que la designació dels àrbitres o el procediment arbitral no s'ajusti a l'acord entre les parts, llevat que l'acord sigui contrari a una norma imperativa.
- e) Que els àrbitres hagin resolt sobre qüestions no susceptibles d'arbitratge.
- f) Que el laude sigui contrari a l'ordre públic.

Són, per tant, supòsits greus de contravenció del propi conveni arbitral, de vulneració de garanties processals previstes a l'art. 24 CE, o dels principis de justícia i equitat que conformen l'ordre públic constitucional.

En conseqüència, en cap cas abasten ni la infracció del dret material aplicable al cas, ni l'encert o desencert al resoldre la qüestió arbitral⁸.

Com ha estat destacat⁹, el control judicial sobre el laude en l'acció d'anul·lació constitueix una retrospectiva sobre la història d'un arbitratge:

⁷ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, loc.cit. p. 4.

⁸ STSJ de Catalunya de 7 d'abril de 2016 (FJ1).

⁹ Així, FERNÁNDEZ ROZAS, loc.cit. p. 10.

La revisió comença pel conveni arbitral; segueix per la regularitat en el nomenament de l'àrbitre i de les notificacions de les al·legacions de les parts; continua en la adequació dels principis essencials del procediment: igualtat, audiència i contradicció; i per últim, l'atenció recau sobre el laude que ha de ser coherent amb les pretensions de les parts, no pot incloure qüestions no susceptibles d'arbitratge ni pot ser contrari a l'ordre públic.

De tots aquests motius d'anul·lació, el més controvertit és sens dubte el relatiu a la contradicció amb l'ordre públic, que es precisament el motiu en que fonamenten la seva decisió les sentències objecte d'aquest comentari.

VI.- ESPECIAL CONSIDERACIÓ DE LA CONTRADICCIÓ AMB L'ORDRE PÚBLIC COM A CAUSA D'ANUL·LACIÓ DE LAUDES

La vulneració de l'ordre públic constitueix motiu d'anul·lació de laudes en la Llei Model UNCITRAL i en moltes modernes lleis d'arbitratge i a l'ordenament espanyol va ser introduït a la LA de 1988.

Ara bé, cal en primer lloc destacar que és necessari a aquests efectes fer una interpretació restrictiva de la noció d'ordre públic, i en cap cas pot constituir el remei dels que no estan d'acord amb la decisió de l'àrbitre.

Així, la SAP de Barcelona (Secció 15^a), de 11 de març de 2009 es manifesta en el sentit de que s'ha d'evitar que aquest motiu es converteixi en *“una herramienta que se ofrece al Tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifestamente contraria a las reglas de la lógica”*.

La contradicció amb l'ordre públic, com és sabut, constitueix un dels límits establerts a l'art. 1255 C.c. espanyol a la llibertat de pactes.

I en aquest sentit s'identifica ordre públic amb l'organització general de la comunitat i els seus principis rectors; per tant pertanyen a l'ordre públic les matèries estrictament situades dins l'ordre constitucional.

No és exacte per tant identificar ordre públic amb lleis imperatives, perquè aquestes poden consistir en decisions de política jurídica que no afecten a l'ordre públic¹⁰. Es tracta d'una qüestió ja superada.

Doctrina i jurisprudència distingeixen a efectes d'allò que disposa l'art. 41.1.f) LA, dues vessants de l'ordre públic: una formal o processal i una altra de material¹¹.

L'ordre públic processal es refereix a les formalitats i principis fonamentals de l'ordenament jurídic, que es corresponen a les garanties establertes als arts. 24 i 53 CE. I és susceptible de ser vulnerat tant en la tramitació del procediment com en el propi laude.

En quant a la vessant material inclouria la resta de drets fonamentals i llibertats garantitzats a la Constitució, i els principis econòmics i socials que conformen el marc jurídic general d'àmbit estatal o comunitari. I al conjunt dels principis que conformen el marc econòmic se'l anomena "*ordre públic econòmic*".¹²

Doncs bé, com ja s'ha dit les cinc sentències objecte d'aquest comentari fonamenten la seva decisió en aquest motiu, en la vulneració de l'ordre públic.

Efectivament, la primera de les sentències conclou que la motivació del laude "*contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1 CE, en el sentido de*

¹⁰ D'aquesta opinió L. DIEZ PICAZO, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 432.

¹¹ *Vid.* C. RIVERA, loc.cit. p. 179.

¹² *Ibidem*.

manifiestamente contraria a las reglas legales imperativas; como sucede que, además, esas normas de ius cogens son expresión del principio de buena fe contractual, y este principio muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1.f) LA por esta circunstancia añadida”.

I d'altra banda, la sentència considera la motivació del laude com arbitrària i la valoració de la prova absurda i irracional. Així de forma contundent afirma:

“En definitiva: el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción legal patente de normas imperativas: de un lado, un error grosero de calificación sobre los deberes de información de BBVA al no realizar el test de idoneidad y, pese a ello, calificar el swap de idóneo para Repos i repàs; y, de otro lado, dar por buena, contra legem, la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación por no reputar el producto como complejo. Estas contravenciones patentes de normas imperativas hacen que la motivación del laudo sea arbitraria: los presupuestos jurídicos sobre los que se asienta el fallo son tan ostensiblemente errados que vician de raíz la motivación que se erige en ratio decidendi del laudo”.

I les altres quatre sentències contenen arguments semblants, tot insistint en que els laudes vulneren normes imperatives i la motivació és arbitrària.

Ara bé no podem oblidar que les tres darreres sentències (dues de 14 d'abril i la de 26 de maig de 2015) contenen un vot particular del President de la Sala, que mostra una total discrepància dels arguments de la majoria.

I en aquest sentit fa constar: *“no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores, directa o claramente verificables, sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia”.* Insistent en que la decisió de l'àrbitre: *“nunca puede considerarse arbitraria ni claramente errónea, que*

es únicamente lo que nos permitiría anular el laudo arbitral, aunque discrepáramos de su contenido” ... “tanto la fijación de los hechos probados como la interpretación de las normas jurídicas aplicables, la valoración probatoria de la que parte el laudo arbitral, la aplicación del derecho en el que se basa su decisión deben quedar al margen, habitualmente, de la revisión sobre la nulidad del laudo...”.

Aquestes sentències, com ja s’ha dit, van provocar un intens debat doctrinal.

S’han publicat molts treballs i gairebé tots molt crítics amb les sentències.

Els arguments més emprats són:

- Que el control judicial de l’ordre públic sobre el laude no pot consistir en una revisió del fons de l’assumpte substituint el paper de l’àrbitre en la solució de la controvèrsia.¹³
- Que les sentències de la Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid es basen en una interpretació extensiva i errònia del concepte d’ordre públic econòmic.¹⁴
- Que en cap cas es pot considerar com arbitrària la motivació i valoració de la prova dels laudes, atès que segons jurisprudència consolidada només vulnera l’ordre públic l’absència total de motivació o bé quan es pot apreciar externament com arbitrària o irracional sense entrar en el fons de l’assumpte.¹⁵
- Que el principi de bona fe contractual que les sentències consideren vulnerat no és en el nostre sistema una norma d’ordre públic.¹⁶

Per contra, algun autor¹⁷ ha defensat l’ortodòxia de les sentències del TSJ de Madrid, tot

¹³ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, loc. cit. p.8.

¹⁴ D’aquesta opinió C. RIVERA, loc. cit. p. 181.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ D’aquesta opinió JR FERRANDIZ GABRIEL, “Sobre la anulació de un laudo por aplicación de la cláusula de orden público. Comentario de la STSJ de Madrid 30/2015, de 14 de abril”, RJC nº 4, 2015, p. 143-156.

¹⁷ Així, RC PELAYO, “El concepto de orden público y al anulación de laudos arbitrales”, LA LEY, 14 de junio de 2015.

mantenint que formen part de l'ordre públic econòmic les normes imperatives dictades per a la protecció dels consumidors o per garantir la bona fe contractual en la contractació de productes complexos entre les entitats financeres i els seus clients minoristes.

Però, insisteixo, la pràctica totalitat dels treballs publicats són molt crítics amb la posició del TSJ de Madrid.

El TSJ de Catalunya ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre aquesta qüestió en la STSJ de Catalunya de 16 de febrer de 2015, que desestima una acció d'anul·lació d'un laude dictat en un procediment arbitral entre una entitat de crèdit i un client minoritari en un cas de contracte de permuta financera, si bé el supòsit de fet era l'invers als de les sentències del TSJ de Madrid, perquè el laude va ser favorable a l'inversor i qui va exercitar l'acció d'anul·lació va ser l'entitat de crèdit. Però el TSJ de Catalunya, tot seguint la línia jurisprudencial majoritària manifesta que: *"... téngase presente que la acción de anulación no permite analizar la corrección en la aplicación de la ley realizada por el árbitro en el análisis de la cuestión de fondo, como regla general..."*.

VII.- CONCLUSIÓ

Sembla, doncs, que la Sala Civil i Penal del TSJ de Madrid es podria haver extralimitat en les competències de control judicial de laudes que té assignades.

Però aquesta és una conclusió que deixo al criteri de les senyores i senyors acadèmics.

7 de juny de 2016