

SOMETIMIENTO A ARBITRAJE EN LAS PERMUTAS FINANCIERAS

M.^a DEL MAR CABREJAS GUIJARRO
*Magistrada del Juzgado n.º 55
de Primera Instancia de Madrid*

Extracto:

LA extensión de las cláusulas de sometimiento de determinadas cuestiones a arbitraje en contratos de permuta financiera es objeto de estudio por la doctrina cuando no se incluye expresamente la nulidad del contrato que contiene la cláusula y se solicita ante los tribunales que se aprecie la concurrencia de un vicio en el consentimiento prestado, oponiéndose el sometimiento de tal cuestión a arbitraje.

Palabras clave: arbitraje, nulidad, permuta financiera.

Abstract:

THE extension of the terms of submission to arbitration of certain issues in swaps, is being studied by the doctrine, if not specifically include the nullity of the contract containing the clause, and requests to the courts to appreciate the occurrence of a defect in the consent given, opposing the submission of such matter to arbitration.

Keywords: arbitration, nullity, swaps.

ENUNCIADO

Se plantea en el presente caso práctico la valoración que se está haciendo en los tribunales sobre la extensión de una cláusula habitual en los contratos de permuta financiera, de sometimiento a arbitraje y que reza del siguiente tenor: «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente»; cuando se acude a los tribunales alegando la nulidad del contrato por concurrir vicio en el consentimiento, se alega la existencia de tal cláusula a fin de sustraer al conocimiento de los tribunales de instancia la sustanciación de la validez del contrato. Existen dos posturas encontradas, una que entiende que la nulidad no está incluida y la otra postura, la mayoritaria, la incluye y aprecia la sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Cláusula de sometimiento al arbitraje.
- Nulidad o incumplimiento del contrato de permuta financiera.
- Interpretación de cláusulas contractuales.

SOLUCIÓN

Visto el planteamiento del presente caso, nos encontramos con una primera Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de septiembre de 2006, proclive a entender que la sustanciación de un procedimiento sobre la validez del contrato por la concurrencia de vicios del consentimiento no puede incluirse en la cláusula de sometimiento a arbitraje que los contratos de *swap* concertados habitualmente con la entidad BBVA contenían.

Así, la referida sentencia del Alto Tribunal establece que no cabe confundir o equiparar nulidad a incumplimiento, ya que semánticamente son términos con significado distinto y tienen diferente tratamiento legal, pues el Código Civil dedica el artículo 1.281 y siguientes a la nulidad de los contratos y, para las cuestiones de su incumplimiento, el artículo 1.113, siguientes y concordantes. Aquí ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, es decir, a las cuestiones interpretativas que surgieran, y no se incluyen las referidas a cumplimiento o incumplimiento. Con-

forme a los artículos 1.º y 5.º de la Ley de Arbitraje, la sumisión a la decisión de árbitro ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz y vinculante es necesario que conste debidamente manifestada la voluntad firme e inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse de sus relaciones jurídicas a la decisión arbitral (Sentencias de 18 de marzo y 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003), que es lo que en este caso ha ocurrido.

Pues bien, tratándose la citada de una cláusula habitual, y no obstante lo establecido en la sentencia citada por el Tribunal Supremo, son numerosas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que han estimado la sumisión de la cuestión a arbitraje, sustrayendo así de su conocimiento a los tribunales de instancia.

Efectivamente, como recuerda la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, en Sentencia de 26 de septiembre de 2011: «Sobre esta cuestión se han pronunciado numerosas Audiencias Provinciales, la mayoría de las cuales se inclina por estimar la reclamación de jurisdicción al haberse sometido las partes al arbitraje, tal y como consta en la correspondiente cláusula del contrato de permuta financiera. A tal efecto, podemos citar las Audiencias Provinciales de Tenerife, en Autos de 6 de julio y 14 de diciembre de 2010, y 5 y 20 de mayo de 2011; de Zaragoza, Auto de 12 de febrero de 2010; de Murcia, Auto de 15 de marzo de 2011; de Castellón, Auto de 25 de marzo de 2011; de Barcelona, Auto de 30 de junio de 2011; de Lleida, Auto de 4 de marzo de 2011; de Oviedo, Autos de 15 abril, 18 mayo y 20 de junio de 2011; de Gijón, Auto de 2 de junio de 2011; de León, Auto de 23 de febrero de 2011; de Valencia, Autos de 14 de marzo y 25 de mayo de 2011, y de Burgos, Auto de 7 de junio de 2011».

Si acudimos a alguna de las citadas para destacar la unidad de los argumentos, podemos destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima, de 2 de junio de 2011, que establece que «Tampoco pueden pretender las apelantes que la cuestión suscitada en la demanda (nulidad de los contratos de permuta financiera por vicios en el consentimiento) no esté afectada por la cláusula de sumisión a arbitraje, pues la cláusula 6.ª de los contratos contiene la sumisión a arbitraje de «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente», y de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral, pues la cláusula no hace excepción alguna respecto del total contenido del contrato, y es evidente que para decidir sobre la nulidad de los contratos se hace necesario interpretar su naturaleza y su contenido, de modo que cualquier cuestión derivada de su ámbito y objeto corresponde ser resuelta mediante arbitraje de derecho privado».

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, de 30 de junio de 2011, dispone que: «Así es porque (i) la actividad interpretativa de un contrato comprende sin duda la dirigida a evaluar su validez desde la perspectiva de normas de derecho imperativo, y porque (ii) las partes manifestaron por escrito su voluntad de someter a arbitraje todas las cuestiones –"conflictos o controversias" en su propia terminología– que pudieran derivarse de los contratos financieros de julio y octubre de 2008, empleando los términos "ejecución o interpretación" e "interpreta-

ción, cumplimiento y ejecución" de forma meramente ejemplificativa. En definitiva, como dijimos en nuestro Auto del pasado 7 de abril (rollo 789/10), recaído en otra declinatoria en que se ventilaba el alcance y validez de un convenio arbitral idéntico –obra también del BBVA– al del contrato *stoc-kpyme* aquí enjuiciado, "la generalidad de los términos con que las partes se someten al arbitraje, con exclusión de la jurisdicción de los tribunales del Estado, es manifiesta (art. 1.281.I CC) y revela la voluntad de los contratantes para que toda cuestión controvertida que pudiera ocasionar dicho contrato sea dilucidada por el arbitraje corporativo al que se sometía expresamente)".

El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Primera, de 18 de mayo de 2011, apunta que «la generalidad con que aparece redactada la repetida cláusula no permite excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral. Hemos de tener presente que en la tarea hermenéutica de un convenio arbitral como el presente, por más que aparezca contenido en un contrato de adhesión, habremos de acudir a las reglas contenidas a tal fin en el Código Civil, pues a ello conduce lo dispuesto en el artículo 6.º 3 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación por remisión, a su vez, de lo ordenado por el artículo 9.º 2 de la Ley de Arbitraje. En este sentido, la regla primera del artículo 1.281 del Código Civil otorga primacía a la interpretación literal, pudiendo observar que los términos literales con que comienza la redacción del primer enunciado del convenio arbitral resultan omnicomprendidos al aludir de modo genérico a «los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este contrato marco», de manera tal que las palabras utilizadas a continuación al hablar de «su interpretación, cumplimiento y ejecución» no parece que vayan destinadas a introducir restricción o limitación alguna frente al enunciado inicial sino simplemente a desarrollar o ejemplificar su contenido. Cabe recordar además el artículo 9.º 1 de la Ley de Arbitraje que al regular el contenido del convenio arbitral distingue según las partes hayan expresado su voluntad de someter a arbitraje «todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual», siendo así que en el caso presente no se encuentra que haya sido voluntad de las partes el excluir ninguna de las controversias que se pudieran plantear en relación con el llamado «contrato marco» en el que el convenio arbitral aparece incorporado, consideraciones todas ellas que conducen al rechazo del recurso y consecuentemente a la confirmación de la resolución apelada».

Por último y en la misma línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, de 4 de marzo de 2011, afirmó que: «Visto el tenor literal del acuerdo arbitral no puede considerarse que la resolución recurrida infrinja las normas relativas a la interpretación de los contratos (arts. 1.281 y ss. CC) al entender que dentro de la cláusula también está incluida la controversia que se plantea sobre la nulidad del contrato. Nótese que lo que las partes decidieron someter a arbitraje no son solo las cuestiones relativas a la ejecución del contrato (cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales) sino también las referentes a la interpretación del mismo, y lo que se plantea en la demanda no es la nulidad radical y absoluta del contrato por inexistencia de los elementos esenciales (art. 1.261 CC), sino la anulabilidad del mismo por la concurrencia de vicios en el consentimiento –falta de información por parte del banco sobre la esencia y vicisitudes del contrato, según alega el actor en el hecho tercero de su demanda–, lo que necesariamente debe conectarse con la interpretación del contrato, y buena prueba de ello es que en la propia demanda se alude entre otras cuestiones al contenido del contrato y a la falta de concreción, claridad y sencillez de sus cláusulas,

así como a su ambigüedad, sus irregularidades y las omisiones en que incurre (lo que no se especifica en su clausulado, debiendo hacerlo según aduce el actor), invocando expresamente en la demanda el artículo 1.288 del Código Civil, a efectos de que las cláusulas oscuras del contrato no puedan favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad. En el mismo sentido se pronuncian, en similares supuestos, los autos de la Audiencias Provinciales de Zaragoza, Sección Quinta, de 12 de febrero de 2010, y de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, de 6 de julio de 2010, precisamente en relación con contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos con la misma entidad bancaria».

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 113, 1.261, 1.281 y 1.288.
- Ley 60/2003 (Arbitraje), arts. 1.º, 5.º y 9.º.
- AP de Tenerife, en Autos de 6 de julio y 14 de diciembre de 2010 y 5 y 20 de mayo de 2011; de Zaragoza, en Auto de 12 de febrero de 2010; de Murcia, en Auto de 15 de marzo de 2011; de Castellón, en Auto de 25 de marzo de 2011; de Barcelona, en Auto de 30 de junio de 2011; de Lleida, en Auto de 4 de marzo de 2011; de Oviedo, en Autos de 15 de abril, 18 de mayo y 20 de junio de 2011; de Gijón, en Auto de 2 de junio de 2011; de León, en Auto de 23 de febrero de 2011; de Valencia, en Autos de 14 de marzo y 25 de mayo de 2011, y de Burgos, en Auto de 7 de junio de 2011.