

Recibido: 17 junio 2018
Aceptado: 3 septiembre 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 555–574

El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial *

Sergio ZARAGOZA TORIBIO **

Sumario: I. Planteamiento general. II. La acción de anulación por causa del orden público. III. Normas imperativas y orden público. IV. El concepto de orden público de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. 1. El orden público económico a través de las normas imperativas. 2. La anulación del laudo por aplicación de normas imperativas a través del orden público económico. V. Conclusiones.

Resumen: El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial

A partir de una controvertida jurisprudencia emanada a partir de 2015 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se declara la nulidad del laudo arbitral por vulneración del orden público económico, el presente estudio considera que no debe confundirse las facultades del Tribunal con las propias de un tribunal de apelación.

Palabras clave: ARBITRAJE – ACCIÓN DE ANULACIÓN – ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO – LAUDO ARBITRAL – CONTROL DE MOTIVACIÓN DEL LAUDO – SWAP – ERROR *IN IUDICANDO*.

Abstract: *The Economic Public Policy in the Arbitration from the Jurisprudential Perspective*

Based on a controversial jurisprudence emanated from 2015 by the Superior Court of Justice of Madrid, in which the nullity of the arbitral award is declared for breach of the public economic order, the present study considers that the powers of the Court should not be confused with those of an appeal court.

Keywords: ARBITRATION – CHALLENGE AN ARBITRAL AWARD – ECONOMIC PUBLIC POLICY – ARBITRAL AWARD – MOTIVATION OF ARBITRAL AWARDS – SWAP – ERROR *IN IUDICANDO*.

* Comunicación presentada en el Congreso Internacional “Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial”, que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá el 24 abril 2018.

** Doctorando en Derecho internacional privado. Universidad de Casilla – La Mancha.

I. Planteamiento general

A la luz de la controvertida jurisprudencia emitida en el año 2015 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹, en la que se declara la nulidad del laudo arbitral por vulneración del orden público económico, la doctrina pro arbitraje no ha tardado en hacerse eco de su disconformidad con los fallos, por entender que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entra a conocer y valorar en profundidad el fondo del asunto que ha sido objeto de arbitraje.

En esta línea, y con fundamento en dicho criterio del TSJ de Madrid para estimar la denominada “vulneración del orden público económico”, han sido muchos los autores que se han pronunciado argumentando sobre la base de un “juicio externo”², así como sobre la diferencia entre norma imperativa y el orden público³, no existiendo una corriente doctrinal extendida en torno a la cuestionabilidad del criterio de control de motivación del laudo, sobre la cual el TSJ de Madrid sustenta la nulidad del laudo por arbitrariedad de la motivación⁴.

Esta última cuestión planteada preocupa de manera significativa a la doctrina, dado que la anulación del laudo arbitral por razón de la motivación, es un asunto que trasciende a los laudos emitidos en materia de swaps, habiéndose resuelto su aplicación por parte del TSJ de Madrid conforme a este criterio arbitrajes de índole comercial o estrictamente privados, transmutándose dicha relevancia específica atinente a los supuestos de permutas financieras de intereses, en una relevancia general concerniente a todo arbitraje cuyo control recaiga en manos del TSJ de Madrid⁵.

El planteamiento de la acción de anulación a propósito de dicha jurisprudencia, constituye una auténtica invitación tendenciosa, a reexaminar las

¹ Esta corriente jurisprudencial iniciada con las SSTSJ M 28 enero 2015 (Roj: STSJ M 1286/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:1286), seguida de muchas otras, 6 de abril (Roj: STSJ M 4051/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:4051 y Roj: STSJ M 6173/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:6173), de 14 de abril (Roj: STSJ M 4052/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:4052 y Roj: STSJ M 4054/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:4054), 23 octubre 2015 (Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:12653) y de 17 de 2015 (Roj: STSJ M 13471/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:13471).

² Vid. M. Vélez Fraga y L. Gómez-Iglesias Rosón, “La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, *Revista Foro de actualidad*, nº 43, sección de actualidad Jurídica Uría Menéndez, mayo 2016 p. 86.. En este mismo sentido, A.M. Lorca Navarrete, “§462. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de veintitrés febrero dos mil diez”, en Corte Vasca de Arbitraje, “<http://www.cortevasca.dearbitraje.com/index.asp?cod=3199&nombre=3199&nodo=&orden=True&sesion>”.

³ Vid. F. González de Cossío, “Orden público y arbitrabilidad: Dúo–dinámico del arbitraje”, *Revista Auctoritas Prudentium*, nº 1, 2008, p. 21.

⁴ Vid. A. Tejada y J. Juliani Aznar, “La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación”, en *Cremades y asociados*, recuperado en marzo de 2018, p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 1.

cuestiones de fondo ya debatidas en el procedimiento arbitral, siendo la materia que ocupa a todas ellas los contratos de swap o permuta financiera⁶. Cobran especial importancia en la jurisprudencia citada los votos particulares emitidos por el magistrado Vieira Morante, quien discrepa con el fallo mayoritario emitido por la Sala en dos de las sentencias, argumentando conforme a su buen saber en este sentido. Tal y como la propia jurisprudencia mantiene⁷, el control jurisdiccional ejercido sobre la actividad del tribunal arbitral es muy limitado, estableciéndose de manera expresa tal extremo en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje que “las causas de anulación del laudo no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”. Lo anteriormente referido es consecuencia directa y necesaria de la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros con exclusión de la intervención judicial, entendiéndose que “la cláusula de arbitraje es pacto contractual en el ámbito del derecho dispositivo, que excluye la intervención de los Órganos Jurisdiccionales del Estado”⁸.

Es preciso señalar que “la anulación del laudo es un medio extraordinario, condicionado a las causas tasadas en el art. 41.1º LA, que no pueden ampliarse para configurarlo como un recurso ordinario”⁹. Dichas causas tasadas constituyen un *numerus clausus* entre los que se incluye la contravención del orden público por parte del laudo arbitral.

El arbitraje como mecanismo heterogéneo de resolución de conflictos, constituye una manifestación plena de la autonomía de la voluntad de las partes, y como tal, es consustancial¹⁰ la mínima intervención por parte de los órganos jurisdiccionales. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, pretendía zanjar la disputa entre quienes consideraban que la anulación del laudo era un recurso procesal¹¹, y quienes lo consideraban como una acción de impugnación, estableciéndose que “lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”¹².

⁶ Materia actualmente sujeta a la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y al Reglamento (UE) nº 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros.

⁷ STC 288/1993, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:1993:288), FJ 3, STC 174/1995, de 23 de noviembre (BOE-T-1995-27749), FJ 3, STC 1/2018, de 11 de enero (BOE-A-2018-1677), FJ 3 y STJCE de 26 octubre 2008, as. C-168/05, *Mostaza Claro*, entre otras.

⁸ SAP Madrid 19 junio 2001 (Roj: SAP M 9005/2001 – ECLI: ES:APM:2001:9005), FJ 2.

⁹ SAP Barcelona 26 abril 2012 (Roj: SAP B 3504/2012 – ECLI: ES:APB:2012:3504), FJ 9.

¹⁰ Vid. M.A. Fernández Ballesteros, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 412, que considera que la acción de anulación del laudo arbitral, es una acción rescisoria.

¹¹ Cf. R. Hinojosa Segovia, *Recurso de Anulación Contra los Laudos Arbitrales*, Madrid, Edersa, 1991, p. 67.

¹² Cf. P. Álvarez Sánchez de Movellán, *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, Comares, 1996, p. 27.

Concretamente, las sentencias que nos ocupan coinciden al declarar la anulación de los laudos, previa revisión de su motivación y su decisión, concluyéndose que los razonamientos empleados son arbitrarios por vulnerar el orden público económico. No obstante, la gran incógnita que surge entorno a esta cuestión es: ¿qué es el orden público económico?¹³. El TSJ de Madrid interpreta de manera extensiva e incorrecta, según opina parte de la doctrina, dicho concepto, entendido “como principio general que incluye ciertos reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitado de protección”¹⁴. La colisión inicial parte de la premisa del entendimiento del swap como producto financiero complejo o no complejo, afirmándose por parte del TSJ de Madrid que “si el presupuesto sobre el que asienta la *ratio decidendi* no es correcto ni acorde a la legislación vigente, está atentando contra el art. 24.1º CE (tutela judicial efectiva)”.

En términos globales, podemos afirmar que el TSJ de Madrid considera que la entidad financiera oferente del contrato de swap o permuta financiera de intereses, yerra al determinar el alcance de los deberes de información y clasificación del perfil del cliente contratante, incurriéndose en una vulneración de derechos que forma parte del denominado orden público económico. Como ya se anticipaba con anterioridad, el presidente de la Sala, el Ilmo. magistrado Vieira Morante, emite sendos votos particulares discrepantes con el voto mayoritario de la Sala, al entender indebidamente aplicado el concepto de orden público¹⁵.

En el voto particular se genera un importante punto de inflexión con lo argumentado por parte del magistrado disidente del TSJ al concluir que no corresponde a la Sala sustituir los criterios del laudo por otros que pudieran considerarse más adecuados o justos, dado que el conocimiento de la acción de anulación no es un “salvoconducto” habilitante que autorice una arrogación por parte del Tribunal de la facultad de impartir justicia en el caso concreto, habiendo de respetarse la voluntad de las partes de excluir la intervención de la jurisdicción ordinaria en la resolución de sus controversias. El magistrado Vieira Morante afirma que para que los motivos alegados sean acogidos dentro del art. 41.1º.f) LA, han de tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁶, tal y como la propia jurisprudencia constitucional proclama¹⁷. Los votos particulares no aprecian la existencia de una valoración probatoria irracional por parte del laudo, dado que “no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores directa y

¹³ R. Bonet, “El orden público económico: ¿nueva vía para anular laudos arbitrales?”, *elEconomista JURIS&LEX* 85, 12 junio 2015.

¹⁴ Cf. G. Jimenez – Blanco Carrillo de Albornoz, “Arbitraje y orden público: no es esto, no es esto”, en *El Confidencial*, 27 marzo 2015.

¹⁵ R. Bonet, *loc. cit.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ STC 43/1986, de 15 de abril (ECLI:ES:TC:1986:43), y STC 54/1989, de 23 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:54).

claramente verificables, sino que a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia...”¹⁸.

En definitiva, de acuerdo con la opinión expuesta podemos afirmar que la admisión de un control judicial de manera amplia y extensiva, frustraría la eficacia de los elementos inherentes al arbitraje, tal y como reconoce la jurisprudencia al advertir que

“... es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad – entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 – de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje”¹⁹.

Por tanto, al ser la función del juez de anulación el verificar que los árbitros han sido conscientes de la existencia de un problema de orden público, se deben abstener de examinar la motivación del laudo. El juez no puede examinar la motivación vertida en el laudo con fundamento en la noción del orden público cuya vulneración se insta²⁰.

La apreciación del TSJ de Madrid de la insuficiencia de motivación es consecuencia directa de la aplicación del test de control aplicable a la motivación de resoluciones judiciales, conocido como “canon de la arbitrariedad”. Dicho concepto fue gestado y concebido por parte del Tribunal Constitucional²¹, fundamentándose bajo cuatro criterios como son la congruencia o exigencia de respuesta a las pretensiones y causas de pedir²²; la motivación de la respuesta judicial²³; la razonabilidad²⁴; y ausencia de error patente²⁵. Se trata,

¹⁸ SSTSJ Madrid 14 abril 2015 (Roj: STSJ M 4052/2015 –ECLI:ES:TSJM:2015:4052 y Roj: STSJ M 4054/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:4054), de 26 mayo mayo de 2015 (Roj: STSJ M 9756/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:9756), y de 23 octubre 2015 (Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:12653).

¹⁹ ATS 958/2005, de 15 de noviembre, FD 2 y ATS de 21 febrero 2006, FD 2. En esta misma línea se pronuncian: STSJ CAT de 24 octubre 2011, FD 2, STSJ MU de 26 diciembre 2013, FD 5, STSJ CAT de 15 junio 2015, FD 8, STSJ AS de 25 abril 2017, FD 3, entre otras.

²⁰ Cf. J.C. Fernández Rozas, “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitral”, en *Diario La Ley*, nº 8537, Sección Tribuna, 12 mayo 2015, p. 5.

²¹ STC 147/1999 de 4 de agosto (ECLI:ES:TC:1999:147).

²² STC 278/2006, FJ 2: “no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida”.

²³ STC 264/1988, FJ 4: “no es exigible una agotadora explicación de argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad”.

²⁴ STC 214/1999 de 29 de noviembre, en cuanto a las exigencias mínimas de razonabilidad: “cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento [...]aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras

pues, de un control externo, que evite toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales.

De lo anteriormente expuesto cabe deducir que la fundamentación en Derecho conlleva la necesaria garantía de que la decisión no sea producto de la aplicación arbitraria de la legalidad, no sea manifiestamente irrazonada o irrazonable o pueda incurrir en un error patente²⁶. Sin embargo la citada exigencia constitucional no conlleva la necesidad de un razonamiento exhaustivo, explícito y pormenorizado de las cuestiones planteadas en el procedimiento, siendo suficiente que la resolución se respalde en razones que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales en los que se funda la decisión²⁷.

En la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es imperativo destacar que el propio Tribunal se sirve del referido test de control de la motivación de las resoluciones judiciales, el conocido canon de la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, para evaluar la motivación del laudo arbitral; de tal suerte que a efectos de dicho control se equipara el laudo arbitral a las resoluciones judiciales²⁸. Siendo así, el Tribunal Superior de Justicia se arroga la competencia para “fiscalizar desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria en particular, contenidas en el laudo que pudieran lesionar el art. 24.1º CE, tal y como, aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el FJ 3 de la emblemática STC 147/1999”²⁹.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto y en el ejercicio de mi facultad investigadora, pretendo aportar una visión particular conforme a mi juicio del asunto controvertido, todo ello cabe destacar, desde el respeto y la humildad debida a la materia planteada.

lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”.

²⁵ Vid. E. Roca Trías y M.A. Ahumada Ruiz, “Os principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *XV Conferencia Trilateral 24–27 de octubre 2013, Roma*, en alusión a la línea jurisprudencial del TC en la interpretación del error patente: “sobre los presupuestos fácticos el error [...] ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio [...] por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia [...] El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada [...] la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte [...] el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca”.

²⁶ A.M. Lorca Navarrete, “§446. SAP Barcelona de 8 julio 2009”, en Corte Vasca de Arbitraje, en relación con las SSTC147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo y 82/2001, de 26 de marzo.

²⁷ *Ibid.*, en alusión a la STC 196/2005, de 18 de julio (ECLI:ES:TC:2005:196).

²⁸ Vid. A.M. Tejada y J. Julián Aznar, *loc. cit.*

²⁹ *Ibid.* en alusión a la STSJ M 7 marzo 2017. Doctrina jurisprudencial consolidada y constatable recientemente en sentencias como SSTJ M de 23 mayo 2017, de 6 junio 2017, de 24 octubre 2017, de 31 octubre 2017, de 13 febrero 2018.

II. La acción de anulación por causa del orden público

La mayor parte de los conflictos pueden ser sometidos a arbitraje, no obstante, es la legislación de cada Estado la encargada de acotar las materias que son excluidas del procedimiento arbitral. En cuanto a la materia interesada, esta limitación es consecuencia de la subyugación del arbitraje al Poder Judicial del Estado, quien considera que existen cuestiones cuya decisión puede incidir no solo en las partes interesadas, sino también en el orden público. A lo anteriormente indicado deben sumarse aquellas materias que son competencia exclusiva de los Tribunales de un determinado Estado, sobreentendiéndose que el carácter contractual privado del arbitraje imposibilita a los árbitros conocer de las mismas³⁰.

Entre los criterios empleados para establecer que cuestiones pueden verse sometidas a arbitraje, existen diversas corrientes en las que se incluyen todos los asuntos que en observancia a la ley nacional "puedan ser susceptibles de transacción o se definan como derechos de libre disposición de las partes"³¹, destacadamente "las vinculadas al ejercicio de la actividad pública, derivadas de la protección o tutela de las personas o las reglamentadas por normas imperativas"³². En dicho orden de ideas, las legislaciones estatales establecen causales similares en torno a la acción de anulación, siendo así que aquellos ordenamientos que regulan una sola vía de impugnación del laudo arbitral, la constituyen sobre un elenco de motivos expresamente contemplados, tal y como el art. 34 de la LMU. No sería fidedigno afirmar la existencia de unanimidad absoluta de los sistemas estatales en cuanto al elenco de causales³³.

Siguiendo con lo anteriormente expuesto, no cabe entender la acción de anulación del laudo como una segunda instancia en la que pueda discutirse de nuevo el fondo de la cuestión controvertida, sino que, al contrario, su objeto queda limitado al análisis de los concretos motivos alegados por las partes que, siempre, deberán estar amparados por alguna de las causas establecidas en el art. 41 LA³⁴. La acción de anulación tal y como se concibe el ordenamiento jurídico español no ha de confundirse con un recurso de apelación, sino que, ha de limitarse a revisar el aspecto formal del desarrollo del procedimiento arbitral, así como el cumplimiento de los principios previstos en la Ley de Arbitraje³⁵, no permitiéndose al Tribunal completar o corregir el laudo³⁶.

³⁰ Vid. J.C. Fernández Rozas, "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje", *La nueva Ley de arbitraje* (J.C. Fernández Rozas, ed.), Cuadernos del Poder Judicial, n° 102, 2006, pp. 65–176, esp. p. 77.

³¹ *Ibíd.* p. 78.

³² *Ibíd.*

³³ Vid. J.C. Fernández Rozas, "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la nacionalidad y la deslocalización", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, p. 21.

³⁴ J. Remón Peñalver, "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *In-Dret. Revista para el análisis del Derecho*, n° 3, 2007, p. 7.

³⁵ Vid. G. Grijelmo Mintegui, "La acción de anulación del laudo arbitral: análisis de los motivos", *Revista Jurídica Arbitraje, Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril

Como en la Ley Modelo, el ordenamiento jurídico español configura una triple escala de control, el primero de ellos atañe a la existencia y validez del convenio arbitral, el segundo se fundamenta en la regularidad del procedimiento en garantía del derecho de defensa y de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, y el tercero lo constituye el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público³⁷.

El orden público no es un concepto que resulte novedoso, en la jurisprudencia hace acto de presencia mucho tiempo atrás, emitiéndose múltiples y sucesivas resoluciones tratando de dilucidar su magnitud y alcance. La concepción del orden público y su transformación, causada por la entrada en vigor de la Constitución, se halla claramente expuesta en la STC 43/1986, de 15 de abril, dando forma a dicho concepto, entendiéndose que no se circunscribe únicamente a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sino que se amplían y acogen de igual modo a las normas legales del *ius cogens*, tanto imperativas como prohibitivas, sean de ámbito procesal o material, así como a los principios esenciales que se derivan.

El orden público constituye una de las causales que tradicionalmente han sido admitidas por las legislaciones estatales, así como por textos convencionales, para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero cuando resultase manifiestamente contrario al orden público del Estado en el que se insta su ejecución³⁸. Dicha causal quedaría recogida en el art. V.2º. b) Convención de Nueva York de 1958 y en el art. 34.2º. b) ii) LMU.

Teniendo presente que el “principal objeto de la Convención es la unificación de los estándares por medio de los cuales [...] los laudos arbitrales son ejecutados en los estados contratantes, sus redactores tenían la intención de que las causales impositivas de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros bajo dicha Convención, fueran interpretadas de manera restrictiva”³⁹, de tal suerte que con ello se promoviera el comercio internacional y se facilitara la resolución de los posibles conflictos internacionales derivados de la actividad comercial mediante el arbitraje.

El término “orden público” es un concepto jurídico indeterminado, cuya construcción y alcance es fruto de la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina científica, que ha ido configurándose desde distintos puntos de vista, que pueden ser considerados compatibles e incluso complementarios⁴⁰.

En cuanto a su interpretación a nivel jurisprudencial, el orden público es concebido como:

de 2014, p. 3.

³⁶ J. Remón Peñalver, *loc. cit.*, p. 7.

³⁷ *Ibid.*, p. 7.

³⁸ Vid. A. López de Argumedo Piñeiro y M. de Benito Llopis–Lombart, “El orden público como causa de denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: Criterios para su aplicación práctica”, *Revista actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 11, 2015, p. 120.

³⁹ International Council for Commercial Arbitration: *ICCAS guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: A handbook for judges*, 2011, p. 83.

⁴⁰ Cf. P. Sala Sánchez, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones”, *Arbitraje*, vol. IX, nº 2, 2016, p. 352.

“... un conjunto de normas jurídicas imperativas para las partes, como derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados por la Constitución; como principios inspiradores del ordenamiento jurídico necesarios para la conservación de los modelos estatal, de sociedad y económico de un pueblo y época determinadas; como principios y formalidades esenciales para el ordenamiento jurídico procesal nacional e internacional; como exigencias vertebrales de la ética y la equidad; como principios que fundamentan que el interés general prevalezca sobre el particular e incluso como principios y disposiciones destinados a la protección de minorías o de personas que estén situadas en un plano de inferioridad, principalmente en el campo de transacciones económicas complejas”⁴¹.

De conformidad con las múltiples acepciones mencionadas, el orden público no debe ser interpretado de manera exclusiva y aislada conforme a una sola de ellas, siendo necesario que exista ese factor de complementariedad ya citado, que posibilita la construcción de una doble perspectiva⁴² que engloba tanto el aspecto material como el procesal⁴³. Dicha enumeración de criterios de valoración interpretativa son la manifestación de la tradicional distinción entre los vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*, “pues aunque son éstos los que ocupan un papel protagonista no cabe duda que la invocación al orden público incluye, si bien con un carácter muy restringido, a los primeros”⁴⁴.

Desde la perspectiva material, el concepto de orden público tradicionalmente se ha ligado al conjunto de valores que aunque se han considerado intangibles, constituyen el fundamento de una sociedad soberana o, siendo más concretos, al conjunto de valores y principios esenciales, con trascendencia y reconocimiento constitucional, que son impuestos al legislador y que, por su condición de principios políticos, económicos, morales y sociales, conforman el marco jurídico identificador de un Estado, en un momento y realidad histórica determinada⁴⁵. Este es el argumento principal que sustenta el entramado jurídico del que se sirve el TSJ de Madrid para resolver la anulación del laudo, sirviéndose en esta línea, del incumplimiento por parte de la entidad financiera oferente de los contratos de swaps, de los deberes de información consolidados en la legislación y la jurisprudencia⁴⁶.

⁴¹ *Ibid.* p. 352. *Vid.*, asimismo, STC 15 abril 1986; SAP Madrid 4 octubre 2003; ATS 24 octubre 1979; STSJ Murcia 28 junio 2012; STSJ Cataluña 7 enero de 2014; STSJ Madrid 28 enero 2015; SAP Alicante 15 junio 2011; STSJ Canarias 9 julio 2012; STSJ Madrid 23 mayo 2012; STS 31 diciembre de 1979; STSJ Cataluña 19 diciembre de 2016; STSJ Madrid 28 setiembre 2016; STC 23 febrero 1989; STSJ Madrid 21 julio 2015; SAP Madrid 26 mayo de 2000; SAP Valencia 6 febrero 2002.

⁴² Parte de la doctrina considera que existe una cuádruple perspectiva, material, procesal, constitucional e incluso una perspectiva de orden público comunitario o europeo, *cf.* R.C. Pelayo Jiménez, “El concepto de ‘orden público’ y la anulación de laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, Nº 8568, 24 junio 2015, p. 10.

⁴³ *Ibid.* p.352.

⁴⁴ J.C. Fernández Rozas, “Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI” *Anuario latinoamericano de arbitraje*, nº 1, *Sistema de anulación de los Laudos CIADI*, 2011, p. 33.

⁴⁵ *Ibid.* pp. 352–353. *Vid.*, de igual modo, A.M. Lorca Navarrete, *Jurisprudencia arbitral comentada de los Tribunales Superiores de Justicia. Estudio de las sentencias y autos de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de arbitraje*, vol. IV, t. I, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal 2015, p. 480.

⁴⁶ Conforme a la jurisprudencia sentada desde la Sentencia de 20 enero 2014 (entre las más recientes, 140/2017, de 1 de marzo, 149/2017, de 2 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo).

Desde la perspectiva procesal, el orden público procesal resumido en el art. 24 CE, ha de considerarse que engloba todas las reglas que rigen el debido proceso, concretamente el derecho de audiencia, contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes⁴⁷. La jurisprudencia⁴⁸ se ha pronunciado sobre este extremo definiéndolo como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, pudiendo considerarse nulo por vulneración del orden público aquel arbitraje que contradiga alguno de tales principios. Estos criterios han dominado de forma reiterada y constante en la jurisprudencia, imposibilitándose que a través de la acción de anulación puedan volver las partes a la controversia ya resuelta por los árbitros.

Aunque ambas perspectivas, no operan de manera aislada ante la jurisdicción ordinaria⁴⁹, sino que, tal y como la mayoría de la jurisprudencia de lo TSJ de Cataluña y el propio TC confirman⁵⁰, es preciso abordar el concepto del orden público desde esa doble perspectiva material y procesal, en la acción de anulación de laudos arbitrales, como veremos, debe operar únicamente el orden público procesal. Todo ello a pesar de aquellos que consideran que el orden público es un término procedente del Derecho sustantivo y "su limitación al terreno puramente procesal no deja de ser una lectura reduccionista, que no ha sido justificada por los defensores de tal postura"⁵¹.

III. Normas imperativas y orden público. El concepto de orden público de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

1. El orden público económico a través de las normas imperativas

El punto común sobre el que se vertebra el esqueleto de la argumentación de la referida jurisprudencia, es la calificación jurídica constituyente del presupuesto básico para determinar el alcance de los deberes de información exigibles a la entidad financiera oferente del swap, considerándose por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que existe un error patente que

⁴⁷ P. Sala Sánchez: "sería factible añadir que también a principios derivados de los anteriores, como podrían ser el respeto al litis consorcio necesario, cuya falta podría afectar directamente al principio de contradicción; o a las normas que, en materia de prueba, permitan a las partes ejercer adecuadamente su derecho; o el respeto a la cosa juzgada, salvo que las partes aceptaran someter a arbitraje una cuestión ya decidida sobre la que pudiera disponer, o que hubieran renunciado o transigido sobre su ejecución; y el respeto, por último, a la necesidad de motivación suficiente del laudo que excluya arbitrariedad" (*loc. cit.*, p. 354) con referencia a J.A. Xiol Ríos, "Comentario al art. 41", *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (C. González Bueno, coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 834 ss.

⁴⁸ Jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS 21 marzo 1991, 15 diciembre 1987, y 4 junio 1991, no siendo misión de los Tribunales en este recurso corregir hipotéticas deficiencias en cuanto a las cuestiones de fondo debatidas (STS 7 junio 1990).

⁴⁹ P. Sala Sánchez, *loc. cit.*, p. 354.

⁵⁰ SSTC 11 febrero 1989, y 30 junio 1998, así como las SSTSJ Cataluña 5 mayo 2014, 15 junio 2015, 22 enero 2018 entre otras.

⁵¹ Cf. R.C. Pelayo Jiménez, *loc. cit.*, p. 10.

implica *per se*, la expresión de la arbitrariedad constitucionalmente prescrita. Los principales puntos de colisión que se analizan en la reiterada jurisprudencia son la vulneración del orden público económico, así como el principio de buena fe en la contratación que lo integra, el error como vicio del consentimiento, entendido como consecuencia directa de la vulneración de los deberes de información proclamados en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores, y la infracción del mandato imperativo sobre la realización del test de idoneidad para clientes minoristas. El TSJ fundamenta su argumentación en la jurisprudencia del TJUE⁵² y en la del Tribunal Supremo⁵³, y señala que dentro del concepto jurídico indeterminado de orden público, se incluye el denominado orden público económico, previsto en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.

El Tribunal Supremo define el orden público económico como “el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos”⁵⁴, sirviéndose en este contexto del análisis de la normativa MIFID⁵⁵, manifiesta: “estamos (...) ante una normativa de orden público económico con un carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios”⁵⁶.

En este plano confrontan dos figuras de especial relevancia como son la autonomía de la voluntad de las partes y las normas imperativas que vedan la libre disposición de la materia en cuestión, entendido como un supuesto de especial protección y observancia obligatoria⁵⁷, dado que la asimetría en la posición contractual entre contratante y entidad oferente quiebra las condiciones de igualdad⁵⁸.

La información asimétrica en los contratos de swaps implica la existencia de un “sujeto estructurador, quien sitúa las barreras o escoge las posibles opciones, disponiendo de información de carácter relevante, así como de herramientas analíticas adecuadas para detectar oportunidad e identificar y

⁵² STJ 30 mayo 2013 (ECLI:EU:C:2013:344), C-604-11.

⁵³ SSTS 18 junio 2012 (Roj: STS 5966/2012 – ECLI: ES:TS:2012:5966), 20 enero 2014 (Roj: STS 354/2014 – ECLI: ES:TS:2014:354), 30 junio 2014 (Roj: STS 2823/2014 – ECLI: ES:TS: 2014:2823), 8 septiembre 2014 (Roj: STS 3903/2014 – ECLI: ES:TS:2014:3903), entre otras.

⁵⁴ J. Ruiz de Villa y P. Franquet, “¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público”, *Abogacía española*, 1 marzo 2015, en deferencia a la STS 5 febrero 2002 (j: STS 709/2002 – ECLI: ES:TS:2002:709).

⁵⁵ Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE y su reflejo en la Ley del mercado de valores, en consonancia con J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* destacando las SSTS 19 junio 1997 (Roj: STS 4344/1997 – ECLI: ES:TS:1997:4344) y 24 junio 1997 (Roj: STS 4507/1997 – ECLI: ES:TS:1997:4507).

⁵⁸ Comunicación Poder Judicial: “El TS confirma la nulidad de un contrato de swap por vicio en el consentimiento del cliente”, *Poder Judicial España*, 18 marzo 2014.

valorar los riesgos⁵⁹. Y por contraparte se sitúa el cliente contratante, quien por imperativo legal debe ser evaluado conforme a su perfil para determinar si actúa como minorista o como profesional⁶⁰, determinándose de este modo el nivel de incidencia que tiene dicha asimetría en la contratación de este tipo de productos derivados.

A tenor de la referida normativa MIFID se instaura un régimen de protección con el claro objetivo de unificar criterios normativos generales, estableciéndose normas de conducta del mercado de valores que imperiosamente son integrantes del orden público económico, tratando de evitar así, posibles distorsiones interpretativas en el mercado europeo que puedan perturbar la transparencia, eficacia y la seguridad de los mercados de valores⁶¹. Esta interpretación como orden público material como causal de anulación ha producido una injerencia judicial en el arbitraje y ha sido advertida en reiteradas ocasiones tanto por la doctrina⁶² como por la jurisprudencia⁶³, llegando a ser objeto de discrepancia en los votos particulares emitidos en algunas de las sentencias mencionadas inicialmente. La tendencia jurisprudencial de los últimos años directamente anteriores a la que ahora interesa, parecía vislumbrar una posible consolidación interpretativa en torno a la anulación de los laudos arbitrales, disipándose aquellos fantasmas del recelo que envolvían a la figura. Un claro ejemplo de esta corriente la encontramos en la SSTSJ Madrid de 16 noviembre 2011⁶⁴, en la que se desestima la anulación de un laudo sobre swap por falta de motivación, así como la de 13 junio 2013⁶⁵, en la que se advierte de la cognición limitada en fase de anulación.

Parte de la doctrina señala que la anulación de los laudos por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no se funda en una infracción directa del mencionado principio de buena fe en la contratación, sino que, la línea argumental parece actuar por extensión a otra normas conexas con el mismo⁶⁶. Tales consideraciones se han puesto en tela de juicio por parte de la doctrina, habiendo quienes consideran que se realizan una serie de conceptualizaciones y sistematizaciones exhaustivas, al estilo del *civil law*, que lo único que pretenden es sustituir el argumentario del árbitro por el del propio ponente⁶⁷.

⁵⁹ Sacristán & Rivas Abogados, "Contratación de Swaps complejos. Reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo", 4 diciembre 2015.

⁶⁰ Art. 203, 204 y 205 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁶¹ J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

⁶² J.C. Fernández Rozas, "Riesgos de la heterodoxia...", *loc. cit.*, p. 2.

⁶³ M. Vélez Fraga y L. Gómez-Iglesias Rosón, *loc. cit.*, p. 88.

⁶⁴ STSJ Madrid 16 noviembre 2011(Roj: STSJ M 14474/2011 – ECLI: ES:TSJM:2011:14474).

⁶⁵ Vid. P. Perales Viscasillas, "Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid (2011–2015)", *Diario La Ley*, nº 8700, 11 febrero 2016, p. 2.

⁶⁶ M. Vélez Fraga y L. Gómez-Iglesias Rosón, *loc. cit.*, p. 88.

⁶⁷ A.M. Lorca Navarrete, "A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico...", *Diario La Ley*, nº 8615, 29 septiembre 2015, p. 8.

Este nuevo concepto de orden público económico, que “incluye como paradigma el principio de buena fe en la contratación extensivo a los productos financieros complejos para establecer un carácter tuitivo de la parte débil en la contratación”⁶⁸, se asimila de manera notoria al tratamiento establecido por la ordenación en materia de protección de consumidores y usuarios.

Postura contraria a la manifestada por el TSJ de Madrid en su múltiples resoluciones, postula parte de la doctrina, argumentándose por su parte que

“... la sentencia, apelando a una supuesta violación del ‘orden público económico’, entra de lleno en el contenido sustantivo del laudo, actúa como instancia de apelación y desvirtúa la acción de nulidad de la Ley de Arbitraje. El TSJ, al citar en abundancia la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 2014, parece olvidar que dicho Tribunal ejercía una función casacional y, además, que la disputa objeto de esa sentencia era relativa a un ‘swap de inflación’, instrumento financiero infrecuente, mucho más complejo que un swap simple de tipos de interés y no contemplado en la Ley 36/2003”⁶⁹.

Es jurídicamente cuestionable, que la vulneración del orden público comprenda cualquier infracción de una norma jurídica, con independencia de si estamos ante una norma de carácter imperativo o no, dado que, no cualquier infracción de norma imperativa es cuestión de orden público, “y así, el matiz en que se concreta, es que la contravención sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con evidente infracción de los derechos fundamentales, atendiendo a la normativa procedimental aplicable”⁷⁰. Si bien es cierto que “en los últimos años ha cobrado carta de naturaleza la noción de ‘orden público económico’, concepto que, desde un punto de vista positivo, caracteriza gran parte de las normas materiales imperativas”⁷¹.

⁶⁸ J.C. Fernández Rozas, “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Arbitraje*, vol. VIII nº 3, 2015, p. 827.

⁶⁹ Cf. M. Conthe, “Swap de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 enero 2015”, *Revista La Ley*, nº 8515, Sección Doctrina, 9 abril 2015, p. 10.

⁷⁰ J.C. Fernández Rozas, “Contravención...”, *loc. cit.*, p. 830, STSJ Madrid 6 abril 2015 (Roj: STSJ M 4051/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:4051): “No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral”, STSJ Madrid 21 abril 2015 (Roj: STSJ M 4055/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:4055): “No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público (...). Y si no toda vulneración (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro”.

⁷¹ *Ibid.* p. 830, SAP Madrid 13ª 4 abril 2008 (Roj: SAP M 7706/2008 – ECLI: ES:APM:2008:7706): “No toda vulneración de norma imperativa o prohibitiva debe tenerse por contraria al orden público, sino sólo las lesiones que contravienen en lo sustancial e imprescindible nuestro vigente sistema jurídico, económico y de convivencia con trascendencia y repercusión colectiva o lesión de derechos individuales fundamentales”, SAP Madrid 10ª 12 mayo 2008 (Roj: SAP M 6652/2008 – ECLI: ES:APM:2008:6652): “La infracción del orden público no puede asimilarse a cualquier infrac-

En lo concerniente al orden público, compartiendo la visión de los votos particulares de la jurisprudencia que nos ocupa, y de acuerdo con el voto particular de uno de los magistrados del Tribunal Constitucional, “no debería quedar excesivo espacio para discrepar sobre lo arbitrario, o manifiestamente irrazonable; en otros términos, la irrazonabilidad manifiesta no debería requerir un excesivo esfuerzo de argumentación”⁷².

En consonancia con el literal citado, es consideración de este humilde doctorando, que la artificiosa utilización de los términos palmario y ostensible por parte del TSJ de Madrid, aun cuando a todas luces, requieren de una exhaustiva y compleja argumentación para desmontar lo decidido en sede arbitral, no atiende una verdadera facultad atribuida *ex lege* al Tribunal, sino a una posible extralimitación por su parte con el riesgo adherido que implica el subjetivismo en la apreciación de la irrazonabilidad y de la arbitrariedad. Pues si de tal suerte, el espíritu de la acción de anulación fuera el de fijar otra interpretación de la legalidad más ajustada al caso, o el de seleccionar otra norma como *ratio decidendi* para una mejor solución del conflicto⁷³ estaríamos dando un paso atrás y tiraríamos por tierra todos los avances de años y años de mejora en el entendimiento entre ambas jurisdicciones.

En conclusión, participando de las recientes palabras del TSJ de Asturias, “la invocación del orden público como causa de anulabilidad no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control judicial de la decisión de fondo adoptada por los árbitros, o para discutir la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...”⁷⁴, y siguiendo con las del TSJ de la Comunidad Valenciana⁷⁵, no cabe el entendimiento de la acción de anulación como medio de impugnación en sentido estricto que tienda a corregir los errores *in procedendo* o *in iudicando*, puesto que el arbitraje se diseña como instrumento de resolución de conflictos de instancia única.

ción de una norma jurídica, ni siquiera a infracción de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión de orden público, como tampoco cualquier infracción de los principios de justicia y equidad puede equipararse a infracción del orden público, sino tan sólo la conculcación de aquellos principios de justicia y equidad que conforman el concepto de orden público constitucional según viene interpretándose por la doctrina jurisprudencial”, STSJ Madrid 28 enero 2015 (Roj: STSJ M 1286/2015 – ECLI: ES:TSJM:2015:1286): “El orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar ‘orden público económico’, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”.

⁷² STC 126/1994 de 25 de abril (ECLI:ES:TC:1994:126), voto particular del magistrado Pedro Cruz Villalón.

⁷³ A. González Alonso, *La tutela jurisdiccional de los derechos del art. 24.1 de la Constitución española*, 2012, Tesis Doctoral Universidad Autónoma de Madrid, p. 127.

⁷⁴ STSJ AS 16 enero 2018 (Roj: STSJ AS 65/2018 – ECLI: ES:TSJAS:2018:65), FD 2.

⁷⁵ STSJ CV de 5 mayo 2015 (Roj: STSJ CV 3413/2015 – ECLI: ES:TSJCV:2015:3413), FD 6.

2. La anulación del laudo por aplicación de normas imperativas a través del orden público económico

Curiosamente el argumento de la jurisprudencia del TSJ de Madrid parte de la idea de que la acción de anulación del laudo arbitral no le permite reexaminar la cuestión litigiosa, llegando a afirmarse el tenor literal que sigue: “Desde esta perspectiva, la Sala ha de respetar el juicio de hecho, salvo valoración irracional o ilógica de la prueba deducible de su motivación, y puede revisar sin limitaciones el juicio de Derecho para delimitar, eso sí, si la entidad de la infracción jurídica es subsumible en la categoría de infracción de orden público”⁷⁶.

El TSJ de Madrid categoriza de “yerros patentes” los cuatro pilares jurídicos sobre los que se funda la decisión arbitral⁷⁷, y que comentaremos con mayor detenimiento más abajo. El primero de los yerros patentes es la consideración del swap como un instrumento financiero no complejo, en contra de lo establecido en el art. 79 bis 8 (en conexión con el art. 2.2º) de la Ley del mercado de valores, interpretado dicho precepto legal como mandato categórico que implica una presunción *iuris et de iure*⁷⁸. El segundo yerro gira entorno a la calificación jurídica que constituye el presupuesto básico para determinar el alcance de los deberes de información, induciendo al imperativo legal de realización del test de idoneidad en lugar del test de conveniencia⁷⁹. El tercer yerro lo integra la carencia de motivación sobre la cuestión concreta de la cancelación anticipada⁸⁰. Se advierte por parte del TSJ de Madrid que el laudo ignora elementos esenciales propios del swap concernientes a los “concretos riesgos” inherentes a la operación financiera, así como los gastos y costes que por naturaleza le son propios, destacándose la necesidad de comprensión por parte del cliente del carácter aleatorio del negocio, y de los riesgos asumidos por parte de la entidad financiera. El último de los errores patentes apreciados por el Tribunal lo conforma la falta de obligación por parte de la entidad financiera de proporcionar información detallada sobre el posible coste de una eventual cancelación anticipada del swap⁸¹.

En síntesis de todo lo expuesto con anterioridad, el TSJ de Madrid considera que los laudos asientan su decisión sobre unos presupuestos jurídicos que contravienen de manera manifiesta normas imperativas aplicables al

⁷⁶ STSJ Madrid 28 enero 2015 (Roj: STSJ M 1286/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:1286), FD 6.

⁷⁷ J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

⁷⁸ Confluyendo con M. Conthe, *loc. cit.*, p. 4 y J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

⁷⁹ El Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia: SSTS 20 enero 2014 (Roj: STS 354/2014 – ECLI: ES:TS:2014:354), 8 julio 2014 (Roj: STS 2666/2014 – ECLI: ES:TS:2014:2666), y más recientemente, 1 marzo 2018 (Roj: STS 649/2018 – ECLI: ES:TS:2018:649), entre otras, se pronuncia sobre la diferencia entre la mera comercialización de un producto financiero y la prestación de un servicio de asesoramiento en su suscripción.

⁸⁰ M. Conthe, *loc. cit.* p. 4.

⁸¹ J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

asunto. "Nuestro ordenamiento jurídico configura el orden público y las normas imperativas como límites a la autonomía privada, haciéndose distinción expresa entre normas imperativas (arts. 6.3º y 12.4º Cc) y orden público (arts. 1.3º, 12.3º, 594, 1255 Cc)"⁸². Hermanar ambas figuras implicaría una extensión inapropiada del territorio de operatividad del orden público, atribuyéndose a la acción de anulación un ámbito de cognición desmesurado e irreconocible⁸³.

La jurisprudencia del TSJ de Madrid desmiembra lo que a su juicio son "errores de Derecho ostensibles", "infracciones jurídicas ostensibles" y "un error grosero de calificación de los deberes de la información de la entidad financiera"⁸⁴.

Como es sabido, la acción de anulación no se configura como un recurso que posibilite una segunda instancia procesal, sino que, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional⁸⁵, se trata de un juicio externo que no habilita a inmiscuirse en un juicio valorativo que reexamine el fondo del asunto, habiendo de limitarse en consecuencia, al control de las garantías procedimentales o formales y al respecto del orden público⁸⁶.

La discordancia con las decisiones del TSJ se postula tanto por parte de la doctrina ya mencionada con anterioridad, como por parte del Excmo. Presidente del TSJ de Madrid, quien considera a través de sus votos particulares, que la Sala se extralimita e invade competencias jurisdiccionales que no considera atribuidas, desbordándose en todo sentido la noción de orden público tal y como se conocía hasta el momento, y convirtiendo la acción de anulación en un recurso de naturaleza devolutiva, como si de un órgano jerárquicamente superior se tratase.

Tras la corriente de respeto y consideración al arbitraje en materia de orden público, en el periodo comprendido entre 2011 y 2015, considerándose por propio TSJ de Madrid que "la función del Tribunal en el marco de un recurso de anulación no tiene una naturaleza revisora ni resulta equiparable a la de un órgano de apelación"⁸⁷, se daría paso a una nueva etapa en la que la Sentencia de 28 enero 2015, abriría el camino a una nueva corriente jurisprudencial, que tomaría en consideración el orden público económico u orden público material, incluyendo como "paradigma el principio general de buena fe en la contratación extensivo a los productos financieros complejos"⁸⁸ "estableciéndose "un claro

⁸² M. Vélez Fraga y L. Gómez-Iglesias Rosón, *loc. cit.*, p. 89.

⁸³ *Ibid.* p. 89.

⁸⁴ J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

⁸⁵ SSTC 259/1993, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1993:259) 174/1995, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TC:1995:174), 43/1998, 16 de marzo (ECLI:ES:TC:1988:43) y ATC 228/1993, de 12 de julio (ECLI:ES:TC:1993:228^a) entre otras.

⁸⁶ J. Ruiz de Villa y P. Franquet, *loc. cit.*

⁸⁷ STSJ Madrid 13 junio 2013 (Roj: STSJ M 8233/2013 – ECLI: ES:TSJM:2013:8233), FJ 3, *vid.* también en este mismo sentido: SSTSJ PV 12 junio 2012 (Roj: STSJ PV 1223/2012 – ECLI: ES:TSJPV: 2012:1223) FD 3, de 25 septiembre 2012 (Roj: STSJ PV 1232/2012 – ECLI: ES:TSJPV: 2012:1232) FD 7, y mas reciente, 25 junio 2017 (Roj: STSJ PV 1592/2017 – ECLI: ES:TSJPV:2017: 1592).

⁸⁸ J.C. Fernández Rozas, "Contravención...", *loc. cit.*, p. 827.

carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios”⁸⁹.

Aunque tal planteamiento pudiera tener una justificación⁹⁰, su utilización en la revisión del fondo del asunto de un laudo arbitral, arrogándose competencias que les están expresamente vedadas en el ejercicio de sus funciones, y valiéndose para tal finalidad, del control de todos los elementos de hecho y Derecho que puedan constatar el respeto y la aplicación de los principios de orden público o normas imperativas de importancia trascendental, implican además un control del resultado del laudo arbitral, un control exhaustivo de su motivación⁹¹.

V. Conclusiones

Como cierto adagio popular manifiesta, “*quien no conoce su historia está condenado a repetir sus errores*” y es en este contexto temporal, cuando resulta necesario reflexionar y echar la vista atrás en el tiempo. Según mi entender, no podemos obviar la evolución jurídica de la acción de anulación, cuyo entendimiento en un temprano inicio, y bajo el marco legal de la Constitución de 1812, no hacía justicia al espíritu de la institución con la introducción del término “*apelar*” en su redacción⁹².

Bajo mi punto de vista, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico lejos de congraciarse con el procedimiento arbitral, y más concretamente con la acción de anulación, le ha hecho un flaco favor con el suceder de los tiempos, confrontando de manera inintencionada, o eso quisiera creer, el arbitraje y la jurisdicción ordinaria. Reflejo de lo afirmado puede localizarse en los recursos de apelación y casación frente al laudo arbitral de la LEC/1881⁹³, en los recursos de casación y anulación de la Ley de arbitraje de 1953⁹⁴, bajo el marco del autoritarismo propio de la época, que abogó por monopolizar la jurisdicción ordinaria; y finalmente por el todavía residual recurso de anulación de la LA/1988⁹⁵, bajo la vigencia de la Constitución de 1978, donde no solo no se citaría al arbitraje sino que se atribuiría a los jueces en exclusiva la facultad de juzgar y hacer valer lo juzgado⁹⁶.

Sería el legislador quien otorgara protagonismo a la figura de la acción de anulación mediante la redacción de la Ley de arbitraje de 2003⁹⁷, donde de

⁸⁹ STSJ Madrid 28 enero 2015 (Roj: STSJ M 1286/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:1286), FD 5.

⁹⁰ J.C. Fernández Rozas, “Contravención...”, *loc. cit.*, p. 827.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Art. 281 de la Constitución Española de 1812.

⁹³ Arts. 818 a 836 LEC/1881.

⁹⁴ Exposición de Motivos, y arts. 28 a 31 Ley de Arbitraje de 1953.

⁹⁵ Exposición de motivos y art. 45 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje.

⁹⁶ G. Jiménez Blanco, “Arbitrando, que es gerundio: Constitución y arbitraje”, *El Confidencial*, 24 octubre 2015.

⁹⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, por la que se eliminaría la histórica distinción entre laudo firme y definitivo, otorgándose efectos de cosa juzgada al laudo arbitral en la nueva redacción del art. 43.

manera manifiesta se argumentaba en su Exposición de Motivos la necesidad de olvidar la expresión "*recurso*" por ser *técnicamente incorrecta*. No obstante, la aparición del término acción en sustitución del ya reiterado recurso, no cerraría el capítulo de la polémica en torno a la figura.

Una vez puestos en antecedentes, y con el peso a la espalda de más de un siglo de convicciones fijistas en cuanto a la acción de anulación, es opinión de un servidor, en consonancia con el voto particular emitido por el magistrado Francisco Javier Vieira Morante, que el art. 11 de la Ley de arbitraje es taxativo al establecer el efecto negativo del convenio arbitral, impidiendo a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, entendiendo el convenio arbitral como culmen del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia arbitral, y asumiendo que el sometimiento a arbitraje de las partes no implica una renuncia implícita al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que por voluntad de las partes, se sustituye el sujeto con el deber de prestarla⁹⁸. En esta línea se pronuncia el Tribunal Constitucional al decir que no "por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos"⁹⁹.

Es de necesidad imperativa no confundir las facultades del tribunal de anulación con las propias de un tribunal de apelación, principalmente por cuanto ello lleva asociado, dado que implicaría el reconocimiento de una segunda instancia procesal no contemplada por nuestro ordenamiento jurídico en la materia, y por ende se autorizaría al completo examen de las cuestiones litigiosas decididas tanto en el aspecto fáctico como jurídico¹⁰⁰, desvirtuándose por completo la figura del procedimiento arbitral.

No obstante, lo anteriormente argumentado no es óbice para precaver los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio conferido mediante la acción de anulación, puesto que la propia Ley de arbitraje en su art. 41.1º.f) habilita al conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes, todo ello sin olvidar, que la competencia atribuida para tal finalidad, no es premisa habilitante para sustituir los criterios ya debatidos por otros que pudiera considerarse más justos. Es regla reiterada por parte del Tribunal Constitucional, la consideración de que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el acierto judicial en la aplicación del Derecho, ya sea en su interpretación o en la selección de la norma, ni tampoco en el triunfo de las pretensiones¹⁰¹, dado que como ya anunciaba con anterioridad, dicha facultad le fue vedada en pos de una atribución competencial a la institución arbitral para la resolución del conflicto.

⁹⁸ A. Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Bosch, 2017, pp. 34–35.

⁹⁹ *Ibid.* p. 35, en alusión a la STC 2ª 176/1996, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1996:176), FJ 4.

¹⁰⁰ STC 21/1993 de 18 de enero (ECLI:ES:TC:1993:21), FJ 3. STC 272/1994 de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1994:272), FJ 2.

¹⁰¹ A. González Alonso, *op. cit.*

Compartiendo postulado con la doctrina, considero preocupante el posicionamiento que ha adoptado el TSJ de Madrid frente a los contratos de swaps o permuta financiera, invalidando de manera sistemática todo laudo arbitral que suponga la validez de este instrumento financiero¹⁰².

Existe la posibilidad de que nos encontremos en el punto más extremo y candente de la materia, y que esta etapa sea un breve descenso a la penumbra, a la espera de que el TSJ abra las puertas en lo sucesivo a la reflexión y al comedimiento interpretativo, de tal suerte, que el eje gravitacional del asunto vuelva a ocupar su lugar y se reinstaure el equilibrio jurídico y racional entre arbitraje y justicia estatal.

Quizás lo acertado para resolver esta encrucijada, en opinión de una parte de la doctrina científica, pasaría por plantear un recurso en interés de la ley, para la unidad de la doctrina jurisprudencial, como el contemplado en el art. 490 LEC, o el recurso de casación para la unificación de la doctrina regulado en el Título IV; arts. 218 a 228 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, pudiendo ser una posible vía de solución que zanjara las discrepancias habidas en torno a la materia que nos ocupa¹⁰³.

Bibliografía

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, Comares, 1996, p. 27.
- BONET, R.: "El orden público económico: ¿nueva vía para anular laudos arbitrales?", *elEconomista JURIS&LEX* 85, 12 junio 2015.
- CONTHE, M.: "Swap de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 enero 2015", *Revista La Ley No 8515*, Sección Doctrina, 9 abril 2015, p. 10, "<http://www.fidefundacion.es/docs/sesiones2015/swaps.pdf>", p. 10.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Aranzadi, 2004, pp. 412 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Bosch, 2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje", *La nueva Ley de arbitraje* (J.C. Fernández Rozas, ed.), Cuadernos del Poder Judicial, nº 102, 2006, pp. 65–176.
- : "Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española", *Arbitraje*, vol. VIII nº 3, 2015, p. 827.
- : "Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI" *Anuario latinoamericano de arbitraje*, nº 1, *Sistema de anulación de los Laudos CIADI*, Madrid, 2011, p. 31–45.
- : "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la nacionalidad y la deslocalización", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605–637.
- : "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitral", *Diario La Ley*, nº 8537, Sección Tribuna, 12 mayo 2015, p. 5. "<http://eprints.ucm.es/30072/>".

¹⁰² P. Perales Viscasillas, *loc. cit.*, p. 4.

¹⁰³ J.C. Fernández Rozas, "Contravención...", *loc. cit.*, pp. 823–852.

- GÓNZALEZ ALONSO, A.: *La tutela jurisdiccional de los derechos del art. 24.1 de la Constitución española*, 2012, Tesis Doctoral Universidad Autónoma de Madrid. "https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9207/48355_gonzalez_alonso_alicia.pdf?sequence=1".
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: "Orden público y arbitrabilidad: Dúo–dinámico del arbitraje», en *Revista Auctoritas Prudentium*, nº 1, 2008, p. 21. "<http://studylib.es/doc/4592407/arbitrabilidad-y-orden-publico>".
- GRIJELMO MINTEGUI, G.: "La acción de anulación del laudo arbitral: análisis de los motivos", *Revista Jurídica Arbitraje, Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril de 2014, p. 3.
- HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, Madrid, Edersa, 1991.
- JIMENEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, G.: "Arbitraje y orden público: no es esto, no es esto", *El Confidencial*, 27 marzo 2015, "https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2015-03-27/arbitraje-y-orden-publico-no-es-esto-no-es-esto_742733/".
- JIMÉNEZ BLANCO, G.: "Arbitrando, que es gerundio: Constitución y arbitraje", *El confidencial*, recuperado de:
- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A. y DE BENITO LLOPIS–LOMBART, M.: "El orden público como causa de denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: Criterios para su aplicación práctica", *Revista actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 11, 2015, p. 120.
- LORCA NAVARRETE, A.M.: "A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico...", *Diario La Ley*, nº 8615, 29 septiembre 2015, p. 8.
- : *Jurisprudencia arbitral comentada de los Tribunales Superiores de Justicia. Estudio de las sentencias y autos de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de arbitraje*, vol. IV, t. I, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2015, p. 480.
- PELAYO JIMÉNEZ, R.C.: "El concepto de 'orden público' y la anulación de laudos arbitrales", *Diario La Ley*, nº 8568, Sección Tribuna, 24 junio 2015.
- PERALES VISCASILLAS, P.: "Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid (2011–2015)", *Diario La Ley*, nº 8700, 11 febrero 2016, p. 2.
- REMÓN PEÑALVER, J.: "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2007, p. 7.
- ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, M.A.: "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", *XV Conferencia Trilateral*, Roma 24–27 de octubre 2013.
- RUIZ DE VILLA, J. y FRANQUET, P.: "¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público", *Abogacía española*, 1 marzo 2015, "<http://www.abogacia.es/2015/06/11/efecto-mariposa-nulidad-de-laudo-sobre-un-swap-por-vulneracion-del-orden-publico/#>".
- SALA SÁNCHEZ, P.: "El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones", *Arbitraje*, vol. IX, nº 2, 2016, p. 352.
- TEJADA, A. y JULIANI AZNAR, J.: "La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación", en *Cremades y asociados*, marzo de 2018, p. 1. "<https://www.cremades.com/es/publicaciones/la-anulacion-de-los-laudos-por-insuficiencia-de-motivacion-arbitrariedad/>".
- VÉLEZ FRAGA, M. y GÓMEZ–IGLESIAS ROSÓN, L.: "La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid", *Revista Foro de actualidad*, nº 43, sección de actualidad Jurídica Uría Menéndez, mayo 2016 p. 86, "<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5095/documento/foro01.pdf?id=6756>".
- XIOL RÍOS, J.A.: "Comentario al art. 41", *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (C. González Bueno, coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 834 ss.