

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Hacia un rumbo incierto en el control judicial del arbitraje

Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 enero 2015

Gonzalo STAMPA *

1. Con esta Sentencia, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la preocupante deriva con la que actualmente navega hacia un rumbo incierto en el control judicial del arbitraje, alejado, en todo caso, de la previsibilidad deseable para la adopción de decisiones judiciales en cuestiones tan sensibles como las que nos ocupa. Una deriva provocada por una serie de resoluciones recientes, de técnica harto discutible, en cuanto que empeñadas –como denominador común– en desbordar sistemáticamente los estrictos límites formales en los que esta intervención judicial debe desenvolverse y optar, en consecuencia, por adentrarse en terrenos sustantivos, ignotos y vedados a su conocimiento, por expresa disposición legislativa (*cf.* art. 7 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje – LA–). Lejos de lo que el lector de este comentario pueda pensar, las afirmaciones precedentes no constituyen una crítica acerada ni gratuita a los componentes de la Sala autora de la Sentencia que analizamos, sino que, por el contrario, expresan la preocupación fundada de quien observa como el que esperaba como su principal aliado en el desarrollo y consolidación de la institución arbitral en nuestro ordenamiento jurídico, ha devenido –sin preaviso, ni solución de continuidad– en uno de los principales obstáculos para la consecución de este ansiado objetivo.

* Abogado. Stampa Abogados. Madrid (www.stampaabogados.com). Doctor en Derecho (*Dr. Jur.*) (Universidad Complutense Madrid, 2010); Master of Laws (L.I.M.) (University of London, 1993); Licenciado en Derecho (Universidad Complutense Madrid, 1991). FCI Arb (2012). Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2013). Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (Cima).

2. El laudo aquí concernido se refiere a las diferencias surgidas entre las partes contendientes durante la ejecución del contrato de *swap* o permuta financiera suscrito entre ellas. Sobre esta base, la demandante pretende su anulación invocando –aparentemente– la concurrencia del motivo de orden público, contemplado en el art. 41.1º.f LA. Y decimos aparentemente porque, en su desarrollo y aprovechando el objeto de la controversia decidida por el laudo, la demandante –sin fundamento legal alguno– amplía su alcance a una discutible vertiente económica de este motivo formal, con la única finalidad de invitar a la Sala a que reexamine las cuestiones sustantivas ya decididas por el tribunal arbitral en el laudo, en ejercicio de su competencia exclusiva conocida como principio *kompetenz-kompetenz*, desde la resolución del Tribunal Federal Alemán de 3 marzo 1955 (Bgh, Bb 1955, 552): exactamente, sesenta años, tiempo más que razonable para haber aprehendido la dificultad de su concepto.

3. La defensa articulada frente a esta pretensión es de correcta factura técnica, en tanto que la entidad financiera demandada denuncia este injustificado exceso de alcance en el planteamiento impugnatorio de la demandante. Sin embargo y al contrario de lo que hubiese sido deseable en buena técnica jurídica, esta impugnación, lejos de constituir un impedimento, se convierte en un mero obstáculo, a sortear por la Sala, en pos de su irrefrenable atracción por lo desconocido. Sabedora de la difícil –por no decir, imposible– articulación de la figura del orden público económico como motivo inexistente de anulación del laudo que nos ocupa, la Sala justificará su posición en la Sentencia desarrollando unos argumentos contradictorios que, a buen seguro, han constituido el origen de los intensos debates habidos para alcanzar una artificiosa unanimidad en la decisión adoptada, cuya existencia refiere el último de sus antecedentes.

4. Desde noviembre de 2014, la Sala ha fundamentado sus decisiones en una premisa argumentativa inadmisibles: la tácita presunción de parcialidad de las instituciones arbitrales, encargadas de administrar los arbitrajes de los que derivan los laudos que la Sala está obligada a controlar formalmente, siempre que las partes ejerciten la oportuna acción de anulación. Una premisa que, de nuevo, subyace en el razonamiento que impregna la Sentencia que comentamos (*cf.* fundamento tercero, primer párrafo, con cita de su Sentencia 63/2014) y que, al igual que ha ocurrido en otras decisiones precedentes de esta misma Sala, está huérfana de todo soporte probatorio; ausencia que nos lleva a concluir en que en su elaboración ha primado la consideración de los prejuicios ideológicos y subjetivos de algunos de los ponentes, sobre meras razones de técnica jurídica.

Este argumento de partida de la Sala deriva de una interpretación cuando menos discutible y, en todo caso, errónea del alcance del principio de igualdad, concebido como derecho procedimental fundamental de las partes, en el art. 24 LA. Tal y como indica el primer párrafo del ap. VI de su Exposición de Motivos, el principio de igualdad constituye "...un límite a la actuación de los árbitros...", debiendo, por tanto, predicarse y observarse en su trato de las

partes durante la tramitación de las actuaciones arbitrales; es decir, durante el desarrollo del procedimiento arbitral, fase a la que la institución arbitral, por definición y salvo necesidad, es ajena.

La Ley de Arbitraje –al igual que sus homologas extranjeras de primer nivel técnico– reconoce a los árbitros el poder de decisión, por virtud del cual tienen competencia exclusiva para dictar las órdenes procedimentales que permitan organizar las actuaciones arbitrales (*cf.* art. 25.2º en relación con el art. 7 LA). Por el contrario y a pesar de las aseveraciones de la Sentencia, la institución administradora del arbitraje nada decide sobre el fondo de la controversia debatida, ni sobre la tramitación del procedimiento, una vez éste se encuentra ante el tribunal arbitral constituido, con lo que siempre se presume *iruis tantum* tanto su inocencia, como su imparcialidad. Motivo por el cual resultan gratuitas afirmaciones tan tajantes como que “...*el escrupuloso respeto al principio de igualdad... es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del thema decidendi...*”. El conocimiento, si no se sabe aplicar, es peor que la ignorancia (Charles Bukowski).

La Sentencia parece olvidar que la Ley de Arbitraje es armoniosa tanto con sus disposiciones, como con el ordenamiento jurídico donde debe desenvolverse. Reflexión que, de haberse realizado durante los intensos debates que dice haber precedido a su indiscutible fallo (en su sentido lato), le debiera haber permitido detectar que, como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad en el sentido previamente expuesto, el art. 41 LA no refiere entre ninguno de sus motivos tasados para la anulación de un laudo ni el comportamiento de la institución, ni su eventual ruptura del principio de igualdad, según la incorrecta acepción aplicada por la Sala como base de su razonamiento contenido en la Sentencia.

A pesar de lo que pueda pensarse, esta opción no es un capricho; obedece, simplemente, a la apuesta decidida del Legislador de 2003 por respetar los postulados más avanzados sobre esta cuestión, articulando una solución basada en la Ley Modelo, en el Convenio de Ginebra y en el Convenio de Nueva York y, afortunadamente, alejada de los parámetros del art. 45 LA/1988, cuya aplicación judicial irreflexiva tanto daño causó al prestigio de España como sede fiable de arbitrajes internacionales. En este sentido, baste con recordar los efectos de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 marzo 1994, que creíamos ya superados y que ahora reviven – como un mal sueño – con resoluciones judiciales como la que comentamos.

Debemos afirmar en descargo de la Sala, que, en esta ocasión, ha modificado su criterio respecto de la decisión 63/2014 que cita, para evitar anular el laudo por una cuestión formal inasumible. De haberse quedado en este límite y haber desestimado la anulación del laudo por no apreciar la existencia de motivos formales en los que subsumir sus alegadas infracciones, la Sentencia que comentamos se hubiese convertido en una tácita y honrosa rectificación de los argumentos que sirvieron para fundamentar aquella decisión, igualmente desafortunada. Pero no ha sido así.

5. Dice el refrán que quien ama el peligro, en él perece; la Sentencia no es una excepción. Anteriormente destacábamos la atracción fatal que la Sala parece sentir por adentrarse en terrenos sustantivos, en contra todo criterio técnico en materia de control judicial del arbitraje y sirviéndose para tal fin del desarrollo de una argumentación con la que la Sala alcanza el culmen de su incoherencia argumentativa.

Es cierto que la Sentencia comienza sus razonamientos acotando, con corrección, los límites de su función enjuiciadora del control formal de los laudos. Admite que la acción de anulación de un laudo no es una instancia en cuya sede la Sala tenga competencia para reexaminar las cuestiones sustantivas debatidas en el seno del procedimiento arbitral y resueltas por el laudo. Acierta, incluso, al considerar que su intervención en estos supuestos debe limitarse a comprobar que en el procedimiento se cumplieron las debidas garantías fundamentales (esas a las que se refiere el art. 24 de la Ley de Arbitraje), que el laudo se acogió en su decisión a los límites del acuerdo arbitral y de la controversia planteada por las partes en el arbitraje, que el arbitraje se formuló sobre la base de un acuerdo arbitral válido y que la disputa se refirió a una materia disponible para las partes. Fuera de estos límites formales, la actuación de control carece de sustento legal para su desarrollo, tal y como sostiene la Ley de Arbitraje en el Título VIII de su Exposición de Motivos: *"...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..."* (cf. Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 enero 2006; Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 mayo 2007; Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 mayo 2008; Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 7 mayo 2010). Un criterio igualmente seguido por la jurisprudencia arbitral de control comparada, como por ejemplo, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Federal Suizo, en el fundamento 2.2, primer párrafo de su Sentencia de 3 marzo 2014, sobre la aplicación del Art. 190 del Capítulo 12 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 18 diciembre 1987, equivalente a nuestro Art. 41 (cf. ATF 138 III 27010, en 32 ASA Bull 384[2014]).

Pero superada esta inicial y prometedor declaración de principios, la comprensión de los posteriores argumentos de la Sentencia exige cierta condescendencia para descartar otras tipificaciones, porque, pese a las limitaciones expuestas en su Fundamento Cuarto y contenidas en los Arts. 41.1 y 7 de la Ley de Arbitraje, la Sala aún admite el reto de la demandante y entra, de pleno, en la revisión del fundamento sustantivo de anulación del laudo impugnado, con una sola finalidad: acreditar la existencia de un alegado orden público económico; en definitiva, demostrar la concurrencia de una causal de anulación sustantiva del laudo, que, por más empeño que ponga la Sentencia en su justificación, habita extramuros de las causas limitadas, tasadas y formales de anulación de los laudos, que impone *numerus clausus* el art. 41 LA y, por tanto, excede de su competencia decisoria. Esta no es una

cuestión interpretable, sino —esta sí— de orden público, relacionado con el principio de legalidad (cf. arts. 9 y 117 CE).

El carácter sustantivo de la argumentación en sustento de su pretensión de anulación del laudo está expuesto —sin recato— por el demandante y recogido de forma sintetizada en el primer fundamento jurídico de la Sentencia que comentamos. Admitiendo su tramitación y valorando su contenido con el alcance que conocemos, la Sentencia ha vulnerado el criterio continuo y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha impedido sistemáticamente a las partes volver a plantear y revisar por vía de anulación la controversia ya resuelta por los árbitros, ya que no es "...misión de los Tribunales en este recurso corregir hipotéticas deficiencias en cuanto a las cuestiones de fondo debatidas..." (cf. SSTS 1ª 15 diciembre 1987, 7 junio 1990, de 21 marzo 1991 y 4 junio 1991; SAP Madrid 19ª 13 octubre 1997; SAP Vizcaya 4ª 18 junio 1998).

Advertencia jurisprudencial sobre la que la Sentencia exhibe sus cualidades refractarias. Su fundamento quinto transcribe —sin sentido y sin finalidad— los razonamientos jurídicos sustantivos de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 enero 2014, sin preocuparse ni siquiera por borrar nombres —cita a la entidad Caixa de Penedés, que no es parte en este asunto— ni por evitar la transcripción literal de dicha Sentencia en su párrafo final: "...en consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación, porque la sentencia recurrida, al apreciar el error de vicio y acordar la anulación del contrato de swap no infringió la normativa MiFid ni la jurisprudencia sobre el error vicio...". Fundamentos —insistimos— sustantivos sobre los que fundamentará su decisión anulatoria del laudo impugnado, olvidando —sin justificación precisa— que el objeto de la acción de anulación no era el de rechazar o admitir recurso alguno, sino comprobar formalmente la existencia o inexistencia de una vulneración del orden público procedimental para, en su caso y de haber demostrado la demandante su concurrencia, haber anulado el laudo impugnado por motivos formales y nunca sustantivos. Así, la cita transcrita deviene en un exponente adecuado de la calidad técnica de la Sentencia comentada.

Pero aún hay más. No contenta con esta hazaña editora, la Sentencia, sin haber —esperemos— valorado el resultado de los medios de prueba admitidos como pertinentes y practicados por el tribunal arbitral en el curso del procedimiento arbitral y en el ejercicio de su competencia exclusiva, aun dedica en sus siguientes fundamentos epítetos pocos respetuosos hacia la labor enjuiciadora del tribunal arbitral autor del laudo impugnado, tales como "...el laudo yerra en la calificación...ese yerro patente es expresión de la arbitrariedad constitucionalmente proscrita...", "...el laudo comete otra infracción jurídica ostensible..." u "...otra infracción ostensible del laudo guarda relación con el análisis que efectúa de la alegada falta de información...". Al contrario de la consideración de la Sala expuesta en el fundamento octavo de la Sentencia, los elementos probatorios y sustantivos indebidamente reexaminados por la Sala —en exceso de sus funciones formalmente revisoras de los laudos— contradice la doctrina jurisprudencial comparada sobre orden

público procedimental, único aplicable para anular formalmente un laudo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo —esa sí, constante en sus apreciaciones, una vez establecidas— entiende como insuficiente para anular un laudo por vulneración de orden público procedimental la formulación de alegaciones relativas a una incorrecta valoración de la prueba, a una indebida determinación de los hechos litigiosos o a una norma incorrectamente aplicada por el tribunal arbitral (*cf.* Sentencias de 10 junio 2010 [4A_458/2009; 28 ASA Bull 520 (2010)], de 10 marzo 2010 [4A-4/2010; 28 ASA Bull 848 (2010)] y de 3 marzo 2014 [4A_304/20131; ATF 138 III 27010]).

6. En definitiva, nos encontramos ante una Sentencia desafortunada en todos sus aspectos, cuyo contenido debiera invitarnos a reflexionar sobre la conveniencia de concentrar el poder de decisión sobre el control judicial de los laudos en Salas caracterizadas por una jurisprudencia titubeante, excesiva y ajena a las consecuencias de sus afirmaciones para el correcto desarrollo de la institución arbitral en nuestro ordenamiento jurídico, porque, como decía Cicerón, nada perturba tanto la vida humana como la ignorancia del bien y del mal.

* * *

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal), nº 1286/2015, de 28 enero 2015

Acción de anulación.— Arbitraje administrado.— Cautelas.— Falta de neutralidad del Centro de Arbitraje: indicios.— Independencia y neutralidad de los árbitros.— Deber de revelación.— Directrices de la *International Bar Association (IBA)* sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.—Laudo contrario al orden público.— Aplicación incorrecta de las normas de conducta recogidas en la Ley del Mercado de Valores.— Orden público económico: contravención.—Estimación.

Ponente: Ilmo. Sr. Jesús María Santos Vijande.

Partes: *Repos i Repàs, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*

Fuente: Cendoj: 28079310012015100015.

Normas aplicadas: Arts. 15.2º, 17.1º y 3º, 41.1º.f) y 42.1º.b) LA.

Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte, pero también de la Corte misma y, por inexcusable conexión o consecuencia, se