

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Arbitrabilidad y normas imperativas

**(Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza
nº 63/2010, de 12 de febrero de 2010)**

Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ

Abogado. Catedrático de Derecho civil

Sumario: I. Los antecedentes del supuesto y lo decidido en ambas instancias. 1. El supuesto litigioso. 2. La decisión en la instancia. 3. El recurso de apelación. 4. El Auto de la Sala desestimatorio de la alzada. II. El contenido decisorio del auto y su valoración. 1. La posibilidad de arbitrar materias sometidas a reglas imperativas. 2. La cláusula arbitral y el perjuicio de los consumidores. 3. La extensión del pacto arbitral a las cuestiones atinentes a su nulidad. 4. Los actos propios de la entidad bancaria. 5. La autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato sustantivo en que se incluye.

I. Los antecedentes del supuesto y lo decidido en ambas instancias

1. El supuesto litigioso

El supuesto sometido a consideración de la Sección Quinta de la Audiencia de Zaragoza, que quizás pueda resultar complejo en orden a la deficiencia claudicatoria de los contratos que subyacen en el compromiso arbitral, no lo es desde la perspectiva del arbitraje, única que se enjuicia por la Sala y, por ende, exclusivo objeto de este comentario.

Sucintamente expresado el problema planteado se concreta en la existencia de una inicial demanda interpuesta por una entidad mercantil contra el BBVA con el fin de lograr la nulidad de cinco contratos de permuta financiera (SWAP). Pretensión fundada en el eventual vicio del consentimiento prestado por la referida mercantil. Tema, el de fondo, susceptible de una valoración que se intuye compleja.

Frente a tal pretensión la entidad bancaria demandada opone la correspondiente declinatoria fundada en la existencia de un pacto arbitral que alcanzaba a dichos contratos.

La respuesta de la entidad demandante ante tal incidencia –que va a ser lo único a decidir por la Sala en el Auto que comentamos– radicó, por un lado, en argumentar que la nulidad contractual no es materia susceptible de arbitraje por ser cuestión indisponible; se considera asimismo contrario tal pacto

a la Ley 7/1998 de CGC, va en contra de los propios actos de la entidad de crédito y, finalmente, considera incongruente el sometimiento a arbitraje de la nulidad de un contrato cuando lo que se pretende es la anulación global de dicho contrato por causa de nulidad que en consecuencia debiera alcanzar al pacto arbitral.

2. La decisión en la instancia

El Auto del Juzgado de Primera Instancia rechaza los referidos argumentos del opositor a la declinatoria sobre la base de que no se considera abusivo el pacto ni se está a presencia de un consumidor en los términos de tal legislación; se argumenta en segundo lugar que la contratación mercantil no es indisponible, que existió específico consentimiento al pacto arbitral y, finalmente, que no hay contradicción con los actos propios de la entidad de crédito derivada del hecho de que el Defensor del Cliente hubiera efectuado determinadas contestaciones sobre el tema a otros clientes de la entidad.

3. El recurso de apelación

Frente al referido Auto se interpone por la entidad mercantil Recurso de Apelación que, como recoge el FJ 2º del Auto de la Sala supone insistir en “todos y cada uno de los argumentos empleados para oponerse a la declinatoria” a los que se va a dar respuesta individualizada.

4. El Auto de la Sala desestimatorio de la alzada

Con pleno respeto tanto al principio de congruencia como a la debida motivación y respuesta de las cuestiones planteadas –al menos de las que se dicen planteadas– sin los excesos que, para pretendidamente integrar la exigencia de motivación, son habitualmente cometidos con la inestimable ayuda a tal fin de herramientas que el CGPJ proporciona, el Auto de la Sala da individualizada respuesta a los argumentos contrarios a la declinatoria.

Lo hace no solo motivadamente sino, a mi juicio, en términos difícilmente objetables y que pueden resumirse en los siguientes argumentos:

A) Conforme a la vigente LA es posible el arbitraje cuando sean disponibles los derechos en liza sin que ello obste a la sujeción a normas de Derecho imperativo determinante, tan solo, de la necesaria aplicación de tales reglas. Así ocurría en el ámbito de los contratos litigiosos donde solo se debatían derechos económicos de las entidades implicadas.

B) Se rechaza asimismo la condición de consumidor de la entidad contratante y, sobre todo, se discrepa de que intrínsecamente pueda ser abusiva una cláusula que se limita a someter a arbitraje las controversias entre las partes: tal conclusión sería radicalmente incompatible con la potenciación del arbitraje.

C) Niega que haya de excluirse del compromiso arbitral lo atinente a la eventual nulidad del contrato dada la generalidad del pacto compromisorio que se refería a la interpretación, cumplimiento y ejecución de tales contratos señalando que la nulidad del contrato y la del convenio arbitral en que se

incluya son materias diferentes y contratos separables tal y como recuerda el propio art. 22 LA.

D) La independencia del Defensor del Cliente, en relación con la personalidad de la entidad de crédito, hace que no quepa predicar acto propio alguno.

E) Finalmente, frente a la incongruencia aludida se argumenta que tal incongruencia es la que se autopredica de la propia actuación de la recurrente —que por un lado pide la nulidad de los contratos y no sería congruente que no pidiera la nulidad de la cláusula arbitral—por lo que ninguna incidencia tiene sobre una eventual incongruencia del Auto dictado. Y ello la margen del diferente tratamiento, ya expresado, de uno y otro convenio a efectos de su eventual nulidad.

II. El contenido decisorio del auto y su valoración

1. La posibilidad de arbitrar materias sometidas a reglas imperativas

El recurrente argumenta inicialmente, como ya hemos visto, la indisponibilidad de todo lo vinculado con la nulidad del contrato, regido argumenta por normas imperativas, en términos determinantes de que por aplicación del art. 2.1º LA se estuviera a presencia de una materia que no se encuentra sujeta a la libre disposición de los contratantes.

El argumento, a mi juicio, no es feliz tal y como con escueta claridad expone la Audiencia. Ciertamente el debate sobre esta cuestión fue especialmente virulento, con vaivenes jurisprudenciales, en el marco del viejo art. 2 de la LA/1988. Concretamente cabe recordar la polémica existente en su día acerca de la arbitrabilidad o no de la eventual nulidad de la convocatoria y celebración de las Juntas societarias así como de la impugnación de sus acuerdos¹. Cuestión definitivamente resuelta por al STS, Sala 1ª, 18 de abril de 2008 sobre la base, fundamentalmente, de que el carácter imperativo de las normas reguladoras de la impugnación de acuerdos societarios no empece el carácter negocial y por lo tanto dispositivo de los mismos.

De esta manera, frente al tradicional confusionismo entre indisponibilidad y aplicación de reglas imperativas, creo que en el ámbito del arbitraje es tema jurisprudencial y doctrinalmente resuelto², y así lo confirma el Auto re-

¹ Lo mismo acaeció en el ámbito de arbitrabilidad de las materias vinculadas con los arrendamientos urbanos —duda también radicalmente disipada en la actualidad— por considerar que se trataba de una normativa eminentemente imperativa.

² En este sentido puede verse C. Saciñeña Asurmendi, “Comentario al art. 2.1º”, *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (V. Guilarte Gutierrez, dir.), Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 66. En esta línea cabe la cita de la SAP Barcelona 6 de noviembre de 2000, donde con precisión se afirmó que “la imperatividad de ciertas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquellas”. Y con cita de la STS 18 de abril de 1998 afirma que debe distinguirse “entre la imperatividad de las normas reguladoras de una determinada materia y la arbitrabilidad de la misma de forma que el convenio arbitral no alcanza a las normas de *ius cogens* sino al cauce arbitral en que se aplican pues en definitiva debe atenderse a su carácter, en su caso negocial, y por tanto dispositivo de las cuestiones sobre las que recae la controversia”.

currido, mediante la conclusión de que tan solo son indisponibles las materias que afectan al orden público patrimonial, rindiéndolas inarbitrables, lo cual nada tiene que ver con que la relación jurídica sobre la que recae el pacto arbitral esté en parte disciplinada por normas de derecho imperativo. No puede fungibilizarse imperatividad y orden público desde el momento en que una materia sometida a una norma imperativa no quiere decir que se trate de una materia de orden público. Es evidente que las relaciones jurídicas, especialmente las de índole contractual, están a menudo parcialmente sometidas a reglas imperativas o prohibitivas sin que por ello trasciendan el interés particular de los contratantes, es decir son relaciones de contenido puramente patrimonial que tan solo a éstas afectan. Precisamente en esta línea la nueva legislación arbitral dispuso toda duda en orden a al arbitrabilidad de la contratación mercantil

Es oportuno por ello rescatar la idea de relación jurídica contractual constituida en su regulación por un todo unitario en el que, cada vez con mayor frecuencia, se mezclan aspectos predeterminados a través de la voluntad de los contratantes y otros sometidos a reglas imperativas normalmente en defensa del interés del contratante que se encuentra en una posición de inferioridad como acaece en el ámbito del derecho de consumo y de las condiciones generales de la contratación. Sin embargo ello no permite escindir, a los efectos que nos ocupan, la propia relación jurídica en aspectos arbitrables y otros que no siéndolo tan solo pueden verse sometidos al trámite jurisdiccional pues la división de la relación contractual sería ingobernable como lo sería el reenvío de ciertos aspectos claudicatorios a la vía jurisdiccional ordinaria y otros a la vía arbitral. Lo determinante es la disponibilidad global de la relación jurídica y en este sentido no parece pueda haber duda alguna de que así ocurría ante la litigiosa.

Por ello, como bien dice el Auto recurrido la incidencia de la existencia de normas imperativas –si es que pueden considerarse como tales las que afectan a la nulidad contractual– radica mas limitadamente en que los árbitros, al decidir la controversia, necesariamente han de atenerse a las reglas imperativas que marcan la decisión a tomar sin posibilitar que respecto de ellas pueda tener relevancia la autonomía de la voluntad de las partes. La vulneración de tales reglas en el laudo que en su día se dicte tendrá otros efectos. Concretamente se ha dicho que si los árbitros al emitir el laudo lo hacen con vulneración de reglas imperativas aplicables al fondo del asunto “el control jurisdiccional no recaerá sobre la materia arbitrable sino sobre la decisión arbitral”³.

Adicionalmente, al margen de la genérica fundamentación alegada para excluir la arbitrabilidad de estas cuestiones cabe hacer dos precisiones:

A) La tradicional consideración de la nulidad contractual como causa de claudicación absoluta del contrato, con una legitimación cuasi universal, unos efectos insubsanables, etc., ha dejado paso, en el ámbito contractual, a

³ L. Muñoz Sabate, “La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas”, *Arbitraje, mediación, conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XXVII, CGPJ, 1995, p. 199.

una conceptualización de tal nulidad en términos muy próximos a lo que en términos se conceptualizaba como anulabilidad, con una legitimación restringida a los interesados en ella y con múltiples posibilidades de subsanación o convalidación sin necesidad de atenernos a la vieja idea de que tan solo era viable la revitalización del contrato nulo mediante la emisión de un nuevo consentimiento por parte de los contratantes.

En este sentido resulta inobjetable que el hecho de que determinados aspectos de una relación contractual estén regidos por normas de *ius cogens* no significa que el titular de los derechos que otorga la norma no puedan renunciarlos una vez producidos. De diferente manera “lo que significa la imperatividad de las normas es que las decisiones con eficacia de cosa juzgada —judiciales o arbitrales—no pueden contradecir el régimen de protección de orden público que aquella dispone”⁴.

Ello hace que la imperatividad que puede predicarse de las causas de nulidad sea muy relativa y, sobre todo, absolutamente alejada de la idea de indisponibilidad y del concepto de orden público que son los que muy restringidamente cualifican la inarbitrabilidad del objeto. Baste con significar que el propio art. 6.3º Cc prevé alternativas a la nulidad caso de contravención de norma imperativa de igual manera que es doctrina jurisprudencial reiterada la que propugna una cierta flexibilidad en la interpretación del precepto pues no toda vulneración normativa debe conllevar la sanción de nulidad, especialmente si no aparece expresamente sancionada en una concreta Ley —la vulnerada—tal contravención y la misma no es contraria al orden público.

Por referencia al caso que nos ocupa ninguna duda puede quedar en orden a la plena disponibilidad de la entidad mercantil recurrente para voluntariamente renunciar a la existencia del vicio del consentimiento alegado que, por otro lado, quedaría subsanado en todo caso por el decurso del tiempo de su impugnación en los términos sancionados por el art. 1.300 Cc.

B) En segundo lugar, vinculado con el caso concreto enjuiciado, parece evidente tal y como señala la Sala que afectando los contratos cuya validez se discute tan solo a cuestiones estrictamente patrimoniales entre ambas entidades no tiene razón alguna considerar su indisponibilidad pues no puede considerarse en modo alguno la afectación del orden público cuando tan solo se ventilan intereses patrimoniales privados. Desde esta perspectiva, ante la evidente autonomía de las partes contratantes para configurar todos los elementos de su relación contractual no se nos alcanza en que medida puede considerarse indisponible el aspecto debatido que tan solo alcanza la esfera patrimonial de una y otra.

2. La cláusula arbitral y el perjuicio de los consumidores

Como queda dicho se argumenta por el recurrente la eventual contravención de las normas tuitivas del consumidor por considerarse que la existencia

⁴ C. González Carrasco, “Comentario al art. 2.1º”, *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje* (J. Garberí Llobregat, dir.), t. I, Barcelona, Bosch, 2004, p. 28

de una cláusula arbitral, de alguna manera impuesta al consumidor parece pensarse, vulnera, por abusiva, tal normativa.

La Sala rechaza dicha argumentación en función de una doble consideración.

En su primera parte niega la condición de consumidor de la entidad mercantil recurrente con apoyo jurisprudencial y expresa mención de determinados fallos que finalmente, frente a las iniciales dudas sobre el tema, así lo consideran dado la configuración como persona jurídica de la entidad recurrente. Aún reconociendo que es tema de mas amplio aliento que el estrictamente arbitral –los perfiles subjetivos de la idea de consumidor encajando o no en él a las personas jurídicas– parece adecuada la idea sostenida por la Sala si bien un tanto irrelevante pues lo que parece inaceptable es la segunda consideración en que se funda el alegato del recurrente: es decir el eventual carácter abusivo para el consumidor de una aséptica cláusula de compromiso arbitral.

En este punto, tal y como apunta la Sala, ha de considerarse el argumento radicalmente errado salvo que se parta de asumir que el arbitraje es un procedimiento alternativo al jurisdiccional, que se opone a él, fundado en unos principios diferentes en los que el contratante débil –es decir el consumidor–no puede defender adecuadamente sus eventuales intereses. Por ello, como queda dicho y la Sala expresa, el planteamiento es insostenible pues apriorísticamente la cláusula arbitral da la misma respuesta al principio de tutela judicial efectiva que la utilización de la alternativa jurisdiccional. No entenderlo así obligaría a recomponer el sistema normativo arbitral en su integridad.

Cosa distinta es que la cláusula arbitral, no negociada sino impuesta por el predisponente, resultara abusiva en función de las concretas circunstancias concurrentes que colocaran a una de las partes en situación de privilegio respecto a la designación de árbitros o del lugar en que hubiera de desarrollarse el mismo. Así lo decidió, por ejemplo, la SAP Sevilla 2 de febrero de 2001 sancionando la nulidad, por abusiva, de una cláusula arbitral en al que el predisponente incluyó una cláusula arbitral en cuya virtud el arbitraje debía llevarse a cabo en la ciudad en que tenía su domicilio social y resolverse por letrados del Colegio de Abogados de dicha ciudad.

Frente a ello, y por referencia al concreto supuesto litigado, no sobra recordar que lo que se cuestiona –al menos eso se deduce de la lectura del Auto, no suficientemente expresivo en este particular– es la abstracta validez de una aséptica y neutra cláusula arbitral sin que exista indicio alguno que permita considerar alterado el natural equilibrio que en la defensa de los derechos de las partes preside el procedimiento arbitral. De esta manera pensar que la mera existencia de una cláusula arbitral supone un perjuicio para el usuario implica considerar, sin razón alguna que lo fundamente, la primacía del proceso judicial para la defensa del interés del contratante débil lo que como queda dicho supone una prevención degradatoria del sistema arbitral absolutamente rechazable.

3. La extensión del pacto arbitral a las cuestiones atinentes a su nulidad

Se alegó asimismo por el recurrente que el pacto arbitral, referido literalmente a la interpretación, cumplimiento y ejecución de tales contratos, no albergaba en su ámbito literal la posibilidad de que se valoraran por los árbitros las cuestiones vinculadas con la nulidad del contrato y no otra era la cuestión litigiosa principal que, como se ha dicho, consistía en decidir acerca de la eventual nulidad de los contratos por los que se convinieron los SWAP por estimar la ahora recurrente que concurría tal circunstancia claudicatoria derivada de la existencia de vicios del consentimiento prestado por uno de los contratantes.

En este sentido es sabida de antiguo la doctrina jurisprudencial en cuya virtud los límites objetivos del compromiso han de examinarse y valorarse sin atenerse para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias sino procurando intuir la voluntad de las partes de igual manera que la interpretación de los puntos sometidos a la decisión del árbitro no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que coarte su libertad para resolver con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente.

Resulta por ello evidente que todo lo vinculado con las vicisitudes contractuales, enumeradas tan solo ejemplarmente pero en ningún caso con carácter exhaustivo, había de considerarse incluido en el compromiso arbitral pues la solución alternativa supondría dividir el objeto del enjuiciamiento de forma inadmisiblemente y evidentemente no querida por las partes en el momento de formalizar el compromiso. De esta manera dentro de lo afectante al cumplimiento y ejecución del contrato ha de considerarse incluido el problema litigioso como lo estaría el análisis por los árbitros, sin exceder de sus competencias, de cualquiera otra causa de ineficacia o invalidez contractual pues sin duda afectaría a su ejecución o cumplimiento: la declaración de nulidad del contrato al obviar el cumplimiento contractual sin duda afecta a este término —el cumplimiento— específicamente contenido en la cláusula arbitral.

4. Los actos propios de la entidad bancaria

En los términos en los que está expresada, la alegación de que la entidad bancaria va contra sus propios actos toda vez que altera las recomendaciones del Defensor del cliente de la entidad —no se expresa con claridad en el Auto de la Sala en que consistió la toma de postura de dicha institución— parece que tampoco era merecedora de acogimiento a los claudicatorios efectos pretendidos. El razonamiento de la Sala diversificando la personalidad, al menos a estos efectos, entre la entidad bancaria y la de su servicio de Defensa del cliente parece en principio inobjetable. Otra cosa es que los argumentos de dicho Defensor del cliente, que ignoramos en que sentido iban dirigidos, pudieran coadyuvar a considerar la nulidad de los contratos en que se concertaron los SWAP al concurrir vicios invalidantes en la emisión del consentimiento por parte de la referida entidad. Cuestión de fondo ajena al propio procedimiento arbitral y, por ende, a lo que resultaba discutido en el Recurso de Apelación en que recayó el Auto que analizamos.

Parece claro que la aplicación de la doctrina civil del abuso de derecho que acaece cuando alguien incurre en una conducta contraria a sus previos actos propios, en cuanto definidores de un concreto entendimiento acerca de una determinada situación jurídica o configuradores de la misma ante la existencia de posibles alternativas, carece de sentido ante la expresada diversidad subjetiva.

5. La autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato sustantivo en que se incluye

Con una formulación algo confusa, pues se encuadra en la idea de incongruencia en que habría incurrido el propio recurrente caso de haber acudido a la vía arbitral, parece deducirse que éste considera que cuestionándose la nulidad del contrato, como sin duda hace, en el cual está inserta la cláusula arbitral, hubiera resultado incongruente por su parte hacer valer la nulidad contractual por la vía del arbitraje pues la cláusula arbitral, que de esta manera validaría, adolecería sin embargo del mismo déficit claudicatorio en términos determinantes de que lo coherente hubiera sido, como realmente así hizo, acudir al proceso judicial y no al arbitral. Y ello, como se expone, para evitar que se le pudiera imputar la incongruencia derivada de presuponer la validez parcial del contrato –es decir la validez de una de sus cláusulas constituida por el pacto arbitral– rechazando la virtualidad legal del resto.

El argumento, un tanto rebuscado en la forma en que se plasma, debe a mi juicio ceder radicalmente en función de la propia normativa vigente acertadamente manejada por la Sala. Tal conclusión se funda en la plena autonomía a estos efectos del compromiso arbitral, por un lado, respecto del cual en el caso litigioso difícilmente podrá predicarse el vicio de nulidad que se predica de los SWAP, y el contrato por el que se conciertan los referidos productos financieros, por otro.

Al hilo de todo ello diremos que es incuestionablemente posible que la eventual declaración de nulidad de un contrato en que existe un convenio arbitral no ha de propagarse fatalmente a éste último. Así deriva de la propia literalidad del art. 22.1º LA si bien resulta igualmente lógico pensar que pueden existir supuestos de nulidad que alcancen a uno y otro. Así sucedería, por ejemplo, ante la deficiente capacidad contractual de alguno de los contratantes o, incluso, ante el vicio en el consentimiento de un contratante, como aquí acaece, cuando específicamente la deficiencia alcanzara a uno y otro, es decir afectare por igual a los elementos específicos necesarios para la válida emisión de la voluntad contractual del convenio principal y del pacto arbitral. Sin embargo tal consecuencia no puede predicarse cuando, como previsiblemente ocurría en el supuesto litigioso, el vicio del consentimiento alegado por la recurrente es de imaginar fuera la falta de información sobre las consecuencias de los siempre complejos SWAP –las asimetrías informativas entre las partes– que poco tienen que ver con la comprensión apriorística del alcance del pacto arbitral difícilmente alcanzada por tal asimetría.

Como ya se ha apuntado la autonomía de ambos pactos –el particular arbitral y el global– la refleja en la actualidad, con absoluta transparencia, el art. 22.1º LA en términos que reproducen, con evidentes mejoras técnicas, lo que ya decía su viejo art. 8 y que ratificaron nuestros Tribunales en Sentencias como la de la Sala 1ª de 4 de febrero de 1994 en cuya virtud “la cláusula arbitral es válida aunque no lo fuere el contrato que la recoge”.

De conformidad con todo ello no implicaría incongruencia alguna achacar los vicios de consentimiento tan solo a los contratos por los que se concertó el SWAP, imaginamos que en virtud de al deficiente información recibida por la entidad recurrente, sin que tal vicio afectara para nada a la cláusula compromisoria en la que evidentemente tal deficiencia no existía.

Contrato de distribución y declinatoria internacional: ineficacia de la cláusula arbitral y papel del locus executionis

**(Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona
nº 172/2010, de 14 de septiembre de 2010) ***

Cristian ORÓ MARTÍNEZ

Investigador Postdoctoral de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

Desde la perspectiva de los supuestos de tráfico privado internacional, los dos motivos más frecuentes a la hora de fundamentar la interposición de una declinatoria son, por una parte, la falta de competencia judicial internacional del tribunal al que ha acudido el demandante, por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado; y por otra, la existencia de una cláusula compromisoria suscrita por las partes y en virtud de la cual el asunto haya sido sometido a arbitraje. En la resolución que comentamos la AP de Barcelona se ocupa de ambos extremos, si bien –como veremos– de modo más acertado en lo referente al arbitraje que en lo relativo a la competencia de tribunales extranjeros.

En efecto, el auto examinado suscitó esta doble alegación de falta de competencia judicial internacional en relación a una demanda presentada ante un JPI de Vilafranca del Penedès (Barcelona) por la sociedad 1994 Continental Distribution, S.A. (en adelante, Continental), con sede –presumiblemente– en dicha ciudad, contra la sociedad Macco Apparel S.P.A. (en adelante, Macco),

* *Vid. infra*, pp.