

El sometimiento a arbitraje de los contratos de permuta financiera (swaps)

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO *

Sumario: I. Introducción. II. Ausencia de consentimiento. III. Condición de consumidor. IV. Cláusula abusiva: desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. V. Alcance de la cláusula de sumisión a arbitraje. VI. Conclusión.

RESUMEN: *El sometimiento a arbitraje de los contratos de permuta financiera (swaps)*

La cláusula de sumisión a arbitraje en los contratos de swap en principio es válida, aunque se encuentre incluida en un contrato de adhesión, salvo que se trate de una condición general de la contratación y, o bien no se cumplan los requisitos de incorporación, o bien se haya contratado con un consumidor, pues en este segundo supuesto la cláusula se considera abusiva. Mayores problemas suscita la determinación del alcance de la cláusula, en cuanto a si la nulidad por vicios del consentimiento se entiende incluida en los casos de ejecución, cumplimiento e interpretación del contrato, que son los que comúnmente se vienen mencionando en la cláusula de sometimiento a arbitraje. Aunque la respuesta a esta cuestión no es absolutamente unánime, la postura mayoritaria de las Audiencias consiste en realizar una interpretación amplia del clausulado y de este modo entender incluidos también los casos de nulidad en el ámbito del arbitraje.

PALABRAS CLAVE: CONTRATOS DE PERMUTA FINANCIERA SWAPS – CLÁUSULA DE ARBITRAJE – VALIDEZ – CONTRATO DE ADHESIÓN

ABSTRACT: *The Submission to Arbitration of Swaps*

The arbitration clause in swap agreements is in principle valid, even if it is included in an adhesion contract. An exception is the case of a general condition of the contract that not meets the incorporation requirements, and another one the consumer contracts, in which the clause is considered unfair. A major problem emerges in determining the scope of the clause, as to whether the nullity of the clause based on defects of consent is to be considered included in cases of execution, performance and interpretation of the contract, which are the most commonly cases quoted in the arbitration clause. Although the answer to this question is not totally unanimous, the majority position of the Audiencias (Spanish courts of appeal) is to uphold a broad interpretation of the arbitration clause, so as to understand that it includes also the annulment cases in the field of arbitration.

KEYWORDS: SWAP – ARBITRATION CLAUSE – VALIDITY – ADHESION CONTRACTS.

* Profesora titular de Derecho civil. Universidad de Valladolid.

I. Introducción

1. En los últimos tiempos estamos asistiendo a una proliferación de pronunciamientos jurisprudenciales referidos a los contratos de permuta financiera, más comúnmente conocidos como swaps. Se trata de una figura de enorme complejidad desde el punto de vista financiero, que tradicionalmente se ha utilizado por empresas especializadas y con un claro carácter especulativo. Sin embargo, más recientemente se ha comenzado a extender su uso en el marco de la contratación de entidades financieras con consumidores y con PYMES al suscribir un préstamo hipotecario o una línea de crédito, y es en este ámbito donde radica la intensa litigiosidad que estamos viviendo en la actualidad. Los problemas han aparecido de la mano de la crisis económica actual, y ligados a un uso inadecuado de este producto financiero.

Según los expertos, los swaps son una herramienta útil en situaciones de tipos de interés bajos y en los que exista una expectativa de clara subida de los mismos a corto plazo, que quedaría anulada o amortiguada por el swap. Sin embargo, no resultan nada aconsejables en la situación contraria, es decir, cuando los tipos de interés son altos y las expectativas sean de una bajada de los tipos a corto plazo. En una coyuntura así, la contratación del swap sólo beneficiaría a la entidad financiera, porque el prestatario asumiría un pago de intereses muy superior al que correspondería de acuerdo con la coyuntura económica².

Y teniendo en cuenta esta recomendación, lo que ha sucedido en nuestro país ha sido que los swaps han comenzado a utilizarse en el marco de préstamos suscritos por consumidores y PYMES en un contexto que, en realidad, no resultaba nada favorable para sus intereses. Hacia los años 2007 y 2008 el Euribor alcanzó sus cotas más altas, y ello hacía que la contratación del swap no resultara nada aconsejable para los deudores. Sin embargo, fue entonces cuando las entidades financieras comenzaron a introducir este producto financiero en los préstamos hipotecarios, muchas veces a modo de seguro de tipos de interés, informando de sus ventajas en los casos de subidas del Euribor pero sin mencionar qué ocurriría en caso de bajada de los tipos, que era lo que precisamente iba a suceder en los años venideros. Cuando a partir de 2009, el Euribor comenzó a bajar, los deudores hipotecarios comenzaron a padecer las negativas consecuencias del swap y se inició la oleada de reclamaciones en la que ahora nos encontramos inmersos.

El problema de fondo que de ordinario subyace en este tipo de procedimientos es la concurrencia de un vicio del consentimiento que permitiría anular el contrato. Sin embargo, en no pocas ocasiones se ha planteado la imposibilidad de que el órgano judicial entre a conocer del asunto por existir en el contrato una cláusula de sometimiento al arbitraje, dando lugar a que la parte demandada (la entidad financiera) interponga una declinatoria por

² En este sentido, J. R. Pardo Gato y J. M. Castro Fernández, "El swap y las hipotecas", *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 2010, n.º 105, p. 83.

falta de jurisdicción sobre la cual se han tenido que pronunciar los órganos judiciales. Es este punto el que centra nuestro estudio.

II. Ausencia de consentimiento

Una de las cuestiones que se han planteado con relación a la validez de la cláusula de sometimiento a arbitraje es si realmente se ha consentido en ella y, por tanto, vincula a las partes. Los swaps suelen concertarse mediante contratos de adhesión cuyo clausulado viene redactado unilateralmente por la entidad financiera, que elabora un contrato marco con condiciones generales y un documento de confirmación del swap.

Uno de los principales problemas que pueden plantearse cuando se contrata con condiciones generales predispuestas unilateralmente por una de las partes radica en que la otra no llegue a tener un conocimiento efectivo de las mismas. Por ello los arts. 5 y 7 LCGC se refieren a esta materia y es imprescindible observar su cumplimiento para que las condiciones generales de la contratación sean válidas y vinculen a las partes. Así, entre otros aspectos, se hace imprescindible que el contrato en el que se incluyen estas condiciones generales haya sido firmado por ambas partes, el predisponente haya informado de su existencia y facilitado un ejemplar (art. 5.1º) y que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 5.5º), pues en otro caso, las condiciones generales no quedarán incorporadas al contrato (art. 7).

Teniendo en cuenta estas previsiones legales, no es extraño en estos casos que se alegue la ignorancia del representante de la mercantil con relación a la cláusula arbitral cuando actuó en nombre de la sociedad al suscribir el contrato de permuta financiera o swap. El mero hecho de que la cláusula se haya incluido en un contrato de adhesión no es causa suficiente para declarar su nulidad. Pero sí podría entenderse nula si no se ha llegado a consentir en ella, cuestión que se resolvería atendiendo a si realmente se ha firmado o no el documento en el que aparece recogida la cláusula de sometimiento a arbitraje, tal y como apunta con claridad el Auto de la AP de Tarragona (Sección Primera) nº 109/2011, de 28 de noviembre, y de conformidad con los requisitos de incorporación que establece la LCGC. En caso afirmativo, se habrá consentido en ella y formará parte del contrato, debiendo resolverse de forma contraria en otro caso.

En este sentido, encontramos algún supuesto poco frecuente en el que la cláusula de sometimiento a arbitraje sólo se incluía en el contrato marco, pero no en el contrato de confirmación, y el primero nunca llegó a ser suscrito. Dándose esta circunstancia, no cabe apreciar que se haya consentido en el arbitraje. Así sucede en el Auto de la AP de Madrid (Sección Decimoctava) nº 155/2012, de 4 de junio. En ese caso, a pesar de que el documento de confirmación hace una referencia al clausulado del contrato marco, éste no se ha firmado y en el documento de confirmación no hay ninguna mención expresa al arbitraje, de lo que se deriva que en las relaciones entre el banco y la empresa no se ha hecho mención a esta cláusula, cuya redacción es oscura a juicio de

la Audiencia, en la medida en que hace referencia a un convenio marco que nunca se ha firmado y, por tanto, no puede vincular a las partes. De este modo, concluye la Audiencia que acuerdo con el art. 5 LCGC, “no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Desde luego, en la relación negocial el predisponente no ha informado en ningún caso de la existencia, no ya de las condiciones que hoy pretende aplicar, sino ni tan siquiera de la existencia del referido convenio marco, por lo que no puede entenderse por incorporada la causa de la operación”³.

En otros casos, quizás más habituales, la cláusula se ha incluido con claridad en el contrato firmado por el representante, y en este supuesto no puede alegar este último desconocimiento de la misma, por lo que ha de vincular a la mercantil⁴. Así, aun cuando el convenio marco nunca se haya llegado a firmar, si la cláusula arbitral se ha insertado en la confirmación de swap firmada por el representante, habrá que entender que se ha consentido en ella y que vincula a las partes⁵.

Además de estos casos ya abordados por la jurisprudencia menor, hay que entender que tratándose de condiciones generales establecidas en contratos de adhesión, cualquier incumplimiento de los requisitos de incorporación del 5 LCGC derivaría en la nulidad de la cláusula correspondiente. Así, por ejemplo, si el contrato marco no se entregase a quien contrata el swap, su clausulado no podría entenderse incorporado al contrato firmado por las partes⁶.

III. Condición de consumidor

Como se acaba de indicar, el hecho de que la cláusula arbitral se introduzca en un contrato de adhesión no determina de forma automática su nulidad, al contrario, la cláusula puede ser perfectamente válida. Establece el art. 9.2º de la Ley de Arbitraje que “si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato”, lo que supone una remisión a la LCGC. El art. 8 de esta última determina la nulidad de las condiciones generales de la contratación en dos supuestos: 1) si contradicen en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley; y 2) si el contrato se ha celebrado con un consumidor y la cláusula es abusiva.

³ De forma similar, el AAP Alicante 5ª, nº 118/2012, de 26 de julio.

⁴ Es el caso del AAP Asturias 7ª, nº 7/2012, de 10 de febrero y el AAP Barcelona 14ª, nº 31/2012, de 16 de febrero.

⁵ Así, el AAP Madrid 14ª, nº 234/2011, de 25 de noviembre; el AAP Madrid 19ª, nº 176/2012, de 20 de junio y el AAP Gerona 1ª, nº 35/2012, de 28 de febrero.

⁶ Así sucede, aunque no con relación a una cláusula arbitral, en la sentencia comentada por P. Rodríguez-Palmero Seuma, “Declarada la nulidad de un nuevo producto financiero: la opción put o worst of sobre cierta cesta de acciones, acompañada de swap”, *Diario La Ley*, nº 7588, 14 de marzo de 2011, La Ley 2680/2011.

Es este segundo supuesto el que ahora interesa, porque el art. 90.1º del texto refundido de la Ley de Consumidores atribuye carácter abusivo a la cláusula por la que se establezca la sumisión a “arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”. En consecuencia, si la persona que contrata el swap con la entidad financiera tiene reconocida la condición de consumidor, la cláusula de sometimiento a arbitraje que centra nuestro estudio sería nula por abusiva.

Por este motivo, es frecuente encontrar resoluciones judiciales que resuelven acerca de la posible condición de consumidor de quien ha suscrito un contrato de swap con una entidad financiera y en el mismo se ha incluido una cláusula arbitral. De obtener el reconocimiento de su condición de consumidor, este sujeto lograría evitar el arbitraje, ya que respecto de los consumidores sólo se considera válida la cláusula de sumisión al arbitraje de consumo, mientras que fuera de este supuesto, la cláusula arbitral se considera nula por abusiva.

El problema se plantea en los casos en que quien ha contratado con la entidad financiera es una persona jurídica, o, siendo persona física, desarrolla una actividad empresarial. Como decíamos antes, los swaps se han empezado a comercializar al inicio de la crisis con particulares y PYMES, si bien tradicionalmente eran las empresas especializadas en productos de inversión quienes contrataban este producto. Y respecto de quienes reúnan la condición de consumidores, lo que nunca sería posible al contratar la permuta financiera es introducir una cláusula de sometimiento a un arbitraje distinto del arbitraje de consumo. Se hace preciso entonces delimitar los sujetos que pueden tener atribuida la condición de consumidor para excluir en estos casos la posibilidad de introducir una cláusula arbitral que se remita a un arbitraje distinto del arbitraje de consumo. La cuestión reviste cierto interés por el hecho de que el art. 3 del texto refundido de la Ley de Consumidores (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) define a los consumidores o usuarios como “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. En el Derecho español, ampliando el concepto de consumidor establecido a nivel comunitario, se admite, por tanto, que incluso una persona jurídica pueda llegar a tener atribuida la condición de consumidor, y ello conecta directamente con los casos en que el swap ha sido contratado por una empresa. Pero la condición de consumidor de la persona jurídica queda supeditada a que no actúe en su ámbito empresarial o profesional.

Es decir, si una persona física contrata un swap en el marco de un préstamo hipotecario para la compra de su vivienda, no cabe duda de que estaríamos ante un consumidor y que la cláusula arbitral sería nula por abusiva. Mientras que si una persona jurídica, como es una sociedad mercantil que desarrolla una actividad empresarial o profesional, contrata un swap, en principio no tendrá la condición de consumidor y no podrá prosperar una pretensión de nulidad de la cláusula arbitral por entenderse abusiva. Pero esto sucederá siempre y cuando el swap se haya contratado en el marco de su

actividad empresarial o profesional, lo cual, en principio, parece que será el supuesto más normal. Es lo que sucede, por ejemplo, en el Auto de la AP de Barcelona (Sección Decimocuarta) nº 31/2012, de 16 de febrero, en el que la empresa que contrató el swap desarrollaba una actividad empresarial y la gestión financiera de su patrimonio (obtención de préstamos, gestión de negocios de financiación) se llevaba a cabo de forma puramente profesional; o en el Auto de la AP de Gerona (Sección Primera) nº 35/2012, de 28 de febrero, en el que una empresa fotovoltaica contrató el swap y pretende tener la condición de consumidor porque la actividad empresarial que desarrolla nada tiene que ver con la actividad bancaria, pero la Audiencia rechaza sus argumentaciones entendiendo que quien “suscribe una póliza de préstamo para financiar instalaciones fotovoltaicas cuya explotación pretende” no puede tener la condición de consumidor porque el contrato se celebra directamente en el ámbito de su actividad empresarial. En sentido parecido, el Auto de la AP de Barcelona (Sección Cuarta) nº 103/2012, de 6 de junio, niega la condición de consumidora a la persona jurídica por tratarse de “una empresa del sector del transporte cuyo objeto social es el transporte de mercancías por carretera y actividades propias de una agencia de transportes y comercialización de áridos, y suscribió la permuta financiera en el marco de su actividad empresarial, para reducir el riesgo de subida de tipos respecto de una línea de crédito contratada por la actora para el ejercicio de la actividad mercantil propia de su objeto social”⁷.

No obstante, frente a estos supuestos mayoritarios existen otros en los que una persona (generalmente una persona física) que desarrolla una actividad profesional o empresarial, y por tanto escaparía en un principio de la noción de consumidor, contrata un swap en el marco de un préstamo solicitado para satisfacer sus necesidades personales, y no las necesidades derivadas de su actividad empresarial o profesional. En tales supuestos, los órganos judiciales vienen reconociendo a estas personas la condición de consumidor, lo que lleva a declarar la nulidad de la cláusula arbitral introducida en el contrato de adhesión por resultar abusiva. Concretamente, encontramos varios pronunciamientos en este sentido dictador por la AP de Asturias (Sección Séptima). Es el caso de la Sentencia nº 367/2012, de 16 de julio, en el que D^a Trinidad, titular de un negocio de zapatería, suscribe un contrato de permuta financiera, pero entiende el tribunal que si bien el contrato de adhesión indicaba que el swap se contrataba con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de las deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional, debe atenderse a la finalidad real buscada por las partes, más allá de las declaraciones contenidas en el contrato y que han

⁷ En la misma línea, el AAP Madrid 18^a, nº 142/2011, de 20 de junio; el AAP Barcelona 16^a, nº 155/2011, de 30 de junio; el AAP Asturias, 7^a, nº 56/2011, de 2 de junio; el AAP Murcia 4^a, nº 14/2011, de 15 de marzo; el AAP Pontevedra 1^a, nº 198/2011, de 14 de diciembre; el AAP Tarragona 1^a, nº 109/2011, de 28 de noviembre; y, el AAP Cáceres 1^a, nº 107/2011, de 26 de septiembre. De conformidad con estos planteamientos, en el caso del AAP Asturias 7^a, nº 7/2012, de 10 de febrero, la propia sociedad reconoce no tener la condición de consumidor porque ha contratado por razón de su actividad profesional.

sido establecidas unilateralmente por el banco en un contrato impreso. Y de acuerdo con esto, la Audiencia considera suficientemente acreditado “que el contrato se concertó con la finalidad primordial de protegerse la demandante contra posibles subidas de los tipos de los intereses del préstamo hipotecario a interés variable que le había concedido el Banco, con destino a la adquisición de vivienda habitual”, es decir, para satisfacer una necesidad personal de D^a Trinidad (necesidad de vivienda) y no en el marco de su actividad empresarial. Por este motivo, considera la Audiencia que esta persona, en el caso concreto, merece tener reconocida la condición de consumidora. En la misma línea, la Sentencia n^o 464/2011, de 13 de octubre resuelve sobre un caso en el que D^a Adolfina, titular de un negocio de lencería, contrata un swap para cubrirse de los riesgos de variaciones en los tipos de interés en el marco de un préstamo hipotecario a interés variable destinado a la adquisición de su vivienda habitual. La AP de Asturias, con idénticos argumentos al caso anterior, concluye que en el caso concreto D^a Adolfina reúne los requisitos necesarios para tener reconocida la condición de consumidora. En la misma línea se pronuncia el Auto n^o 98/2011, de 14 de octubre, dictado por el mismo órgano jurisdiccional.

La consecuencia en estos casos es decretar la nulidad de la cláusula arbitral, por haberse incluido en un contrato de adhesión celebrado con un consumidor, remitiéndose a un arbitraje distinto del arbitraje de consumo y que no sea tampoco un arbitraje institucional, lo que provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Veamos más detenidamente esta cuestión.

IV. Cláusula abusiva: desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes

El motivo por el que la ley considera que una cláusula arbitral de este tipo resulta abusiva y por tanto nula cuando se contrata con un consumidor parece anudarse a un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Si se impone en el contrato de adhesión un determinado tipo de arbitraje por parte del predisponente y éste no es un arbitraje de consumo ni un arbitraje institucional, cabe esperar que sea un arbitraje que por algún motivo interese a quien lo incluye en el contrato de forma unilateral. Como se detalla en varias resoluciones que se han pronunciado sobre la cláusula arbitral en contratos de swap celebrados con consumidores, con ella se permite al banco agrupar todos los litigios que se susciten sobre esta materia “en un órgano arbitral, que aunque no está situado en el lugar de su domicilio social, le facilita la organización de su comparecencia, mientras que obliga al consumidor a litigar fuera de su domicilio, con renuncia al fuero del lugar de celebración del contrato, que le reconoce el art. 50.1^o LEC, y además le priva de los recursos ordinarios que dicha Ley permite interponer contra las Senten-

cias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, puesto que contra el Laudo arbitral sólo cabe interponer recurso extraordinario de anulación”⁸.

El desequilibrio de derechos y obligaciones se vincula por tanto a dos extremos: 1) la necesidad de que el consumidor se tenga que trasladar fuera de su domicilio para litigar, lo que además de una molestia le producirá sin duda un coste, y 2) la pérdida del derecho a recurrir en los términos previstos en la LEC, pues contra el laudo arbitral sólo cabe el recurso extraordinario de anulación.

Respecto del mayor coste que supone litigar fuera del domicilio, se ha pronunciado el TJUE en Sentencia de 27 de junio de 2000 refiriéndose a un supuesto de sumisión a una jurisdicción distinta del domicilio del consumidor, lo cual, siendo distinto de la sumisión a arbitraje, resulta equiparable en lo que ahora interesa. En la referida sentencia, indica el TJUE que la cláusula por la que se renuncia al domicilio del consumidor para litigar puede llegar a ser disuasorio, derivando en una renuncia del particular a recurrir y a defenderse, con lo que suprimiría u obstaculizaría el ejercicio de acciones judiciales o recursos por parte del consumidor, frente a las ventajas que se derivan para el profesional, que puede “agrupar todos los procedimientos contenciosos derivados de su actividad profesional en el Tribunal en cuyo territorio se encuentra su domicilio, lo que facilita la organización de su comparecencia, al mismo tiempo que hace que ésta sea menos gravosa”. Concluye así el TJEU que una cláusula de este tipo debe considerarse abusiva por provocar un perjuicio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Respecto de la pérdida del derecho a recurrir que comporta la cláusula de sumisión a arbitraje, es también un claro motivo para apreciar el desequilibrio por la merma que supone en las posibilidades de actuación del consumidor para la defensa de sus intereses.

Una cláusula de esta índole sólo puede ser válida, como reconocen las mismas resoluciones citadas, si se demuestra de manera indubitada que fue negociada de forma expresa e individual con el consumidor. Es decir, dentro de la autonomía de la voluntad se admite que las partes puedan renunciar a algún derecho provocando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes del contrato, pero esto sólo es válido en el caso de contratar con un consumidor si se demuestra que ha existido una verdadera voluntad de éste de acordar este extremo, lo cual no sucede en los casos analizados.

Si quien ha contratado el swap con sumisión a arbitraje no es un consumidor, sino un empresario o profesional, la cláusula arbitral provocará en un principio el mismo desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, esta circunstancia no será determinante de la nulidad de la cláusula. Al no tratarse de un consumidor, no será de aplicación la remisión que hace el art. 8.2º LCGC a la normativa sobre consumidores, que califica como abusiva una cláusula de este tipo en el art. 90.1º del texto refundido de la Ley

⁸ SSAP Asturias 7ª, nº 464/2011, de 13 de octubre y nº 367/2012, de 16 de julio y AAP Asturias 7ª, nº 98/2011 de 14 de octubre.

de Consumidores, sino las normas generales en materia de contratos y, tratándose de un contrato de adhesión, se aplicará también lo dispuesto en la LCGC.

Es evidente que la aplicación de las normas generales sobre derecho de contratos no determina la nulidad de la cláusula arbitral, pues tiene perfecto encaje dentro de la autonomía de la voluntad aun cuando suponga un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Y con respecto a la LCGC, sólo determina en su art. 8.1º la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales cuando contradigan en perjuicio del adherente las disposiciones de esta ley u otra norma imperativa. La LCGC no alude al desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes como causa para determinar la nulidad de una condición general de la contratación. Sí sería nula, por ejemplo, la cláusula arbitral si no se cumplieran los requisitos de incorporación del art. 5 de esta ley, lo que llevaría a reconducirnos a una cuestión ya abordada en este estudio, o si concurre algún otro de los supuestos de no incorporación del art. 7: cláusula ilegible, ambigua, oscura o incomprensible.

Así, por ejemplo, cuando no se trate de un consumidor, podríamos entender que la cláusula arbitral no vincula si forma parte de las condiciones generales de la contratación y el contrato en el que se incorporan éstas no se ha firmado. Es el caso visto anteriormente del contrato marco que contenía la cláusula arbitral pero nunca se firmó, mientras que el documento de confirmación del swap no contenía una alusión expresa a la sumisión a arbitraje. En tal caso, la cláusula arbitral no puede entenderse válida ya que no se ha consentido con relación a la misma (pero, como vemos, su nulidad no deriva aquí del desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes). Lo mismo sucedería, por ejemplo, si se demuestra que el predisponente no informó expresamente al adherente acerca de su existencia y no le ha facilitado un ejemplar de las condiciones generales de la contratación (art. 5.1º segundo párrafo LCGC).

V. Alcance de la cláusula de sumisión a arbitraje

Otra cuestión que ha alcanzado cierta conflictividad es la relativa a la interpretación que se debe dar a la cláusula de sumisión a arbitraje en relación con los supuestos que quedan incluidos en el mismo y que escapan, por tanto, de la jurisdicción de juzgados y tribunales. Normalmente, las cláusulas de sumisión al arbitraje en los casos de permuta financiera alcanzan a los litigios, discrepancias, cuestiones o reclamaciones resultantes de la ejecución, el cumplimiento o la interpretación del contrato. No existe una posición unánime entre nuestros órganos jurisdiccionales acerca del alcance o significado que se debe atribuir a este tipo de cláusulas. El problema radica en determinar si dentro de esta cláusula hay que entender incluida también la validez del contrato, porque en este caso el órgano jurisdiccional no se podría pronunciar sobre una demanda de nulidad por vicios del consentimiento, debiendo remitirse la cuestión al arbitraje. La posición contraria consistiría en entender que la validez del contrato queda excluida en estos casos de la sumisión al arbitraje y, por tanto, el órgano judicial puede entrar a conocer del asunto, mientras que los árbitros no podrían resolver sobre este extremo, so

pena de rectificación o anulación, y de acuerdo con los arts. 9.1º, 39.1º y 41.1º LA. Analicemos cada una de estas dos posturas contrapuestas.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la interpretación de la cláusula de sumisión a arbitraje en su sentencia nº 844/2006, de 5 de septiembre de 2006, conforme a la cual no debe equipararse la nulidad y el incumplimiento, y siguiendo este pronunciamiento, parece que cláusulas de sumisión a arbitraje como las mencionadas anteriormente deberían dejar fuera del mismo las controversias relativas a la nulidad por vicios del consentimiento. Sin embargo, la gran mayoría de las Audiencias Provinciales entienden incluidas las cuestiones relativas a la validez o nulidad del contrato dentro de la cláusula de sumisión a arbitraje que se refieran al cumplimiento, ejecución e interpretación del contrato⁹. En este sentido, se viene entendiendo que la generalidad y amplitud de este tipo de expresiones ha de entenderse como una indicación de que todas las cuestiones relativas al contrato quedan sometidas a arbitraje. Y más particularmente, se indica en algunas ocasiones que la referencia a la interpretación del contrato ha de incluir necesariamente la cuestión relativa a la validez o nulidad del mismo, ya que para decidir sobre ésta es preciso interpretar el contrato.

Frente a esta postura mayoritaria, algunas Audiencias Provinciales consideran que en este tipo de cláusulas de sumisión al arbitraje no cabe entender incluidas las cuestiones relativas a la validez del contrato. En este ámbito destaca particularmente la Sentencia de la AP de Álava (Sección Primera) nº 286/2012, de 23 de mayo, en la cual, tras citar algunas resoluciones dictadas por otros órganos en el mismo sentido, apunta a la necesidad de sujetarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, tal y como ya ha puesto de manifiesto la STS de 5 de septiembre de 2006. Y en este sentido, indica que la cláusula no ofrece dudas, de forma que si se refiere a la interpretación, el cumplimiento y la ejecución del contrato, está partiendo de que ya existe un contrato válido, lo cual constituye una cuestión previa a aquéllas. La propia existencia y validez del contrato no se somete a arbitraje, sino sólo las discrepancias que surjan al interpretar su contenido o con relación al cumplimiento. Si se hubiera querido someter a arbitraje la validez del contrato, se habría incluido en la cláusula.

Además, la referida sentencia apunta otros argumentos en defensa de esta postura que parecen aludir más bien a la conveniencia de que la validez del contrato no se someta en estos casos al arbitraje y no a una verdadera interpretación de la cláusula contractual. Así, se indica la condición de expertos

⁹ Entre otros, el AAP Madrid 8ª, nº 78/2012, de 20 de marzo; el AAP Madrid, 14ª, nº 234/2011, de 25 de noviembre; el AAP Madrid, 18ª, nº 142/2011, de 20 de julio; el AAP Madrid 19ª, nº 176/2012, de 20 de junio; el AAP Barcelona 16ª, nº 155/2011, de 30 de junio; el AAP Barcelona 15ª, nº 31/2012, de 16 de febrero; el AAP Barcelona 4ª nº 103/2012, de 6 de junio; los AAP de Asturias 7ª, nº 56/2011, de 2 de junio, nº 98/2011 de 14 de octubre y nº 7/2012, de 10 de febrero; el Auto de la AP Gerona 1ª nº 35/2012, de 28 de febrero; AAP Cáceres 1ª nº 107/2011, de 26 de septiembre; AAP Zaragoza 5ª nº 63/2010, de 12 de febrero; el AAP Murcia 5ª nº 14/2011, de 15 de marzo; el AAP de Pontevedra 1ª nº 198/2011, de 14 de diciembre. Esta misma divergencia entre el pronunciamiento del Tribunal Supremo y las Audiencias ha sido puesta de relieve por M.M. Cabrejas Guijarro, "Sometimiento a arbitraje en las permutas financieras", *Revista CEFLEGAL*, nº 132, pp. 149 ss.

en productos financieros y derivados que tienen los árbitros en este tipo de supuestos, pero carentes de la suficiente formación jurídica, necesaria por otra parte para decidir sobre la validez del contrato. Se refiere también a la restricción de las facultades procesales de los actores en caso de sometimiento a arbitraje, la inclusión de la cláusula en un contrato de adhesión, que requeriría que fuera aceptada expresamente por el adherente, lo cual no ha sucedido en el caso concreto, y su condición de consumidores, lo que determina la nulidad de la cláusula.

Quizás sea más correcto entender que, a pesar de que nulidad y cumplimiento son dos cosas distintas, como apunta el TS, lo cierto es que la validez es un presupuesto del cumplimiento y ambos extremos se hayan íntimamente conectados. Por tanto, si se menciona el cumplimiento o la ejecución del contrato, parece que debería tener cabida en la cláusula arbitral la validez o nulidad del contrato, porque habrá cuestiones relativas al cumplimiento que sólo se pueden dilucidar analizando la validez del contrato o de alguna de sus cláusulas. En definitiva, la postura mayoritaria de las Audiencias es la que podría considerarse como más acertada, aun cuando se separa del pronunciamiento del alto tribunal. Así, como indican aquéllas, la generalidad de los términos empleados en la cláusula arbitral llevarían a entender incluida también la cuestión relativa a la validez o nulidad del contrato.

VI. Conclusión

A modo de conclusión del análisis realizado, debemos considerar que la cláusula de sumisión a arbitraje en los contratos de swap en principio es válida, aunque se encuentre incluida en un contrato de adhesión, salvo que se trate de una condición general de la contratación y, o bien no se cumplan los requisitos de incorporación, o bien se haya contratado con un consumidor, pues en este segundo supuesto la cláusula se considera abusiva. En consecuencia, aunque la cláusula arbitral pueda resultar gravosa para la empresa que contrata el swap, tiene que pasar por ella si se cumplen los requisitos de la LCGC y no puede atribuirse en el caso concreto a esta empresa la condición de consumidor, por estar actuando en el ámbito propio de su actividad profesional o empresarial.

Determinada la validez de la cláusula arbitral, quedaría por dilucidar el alcance de la misma, en cuanto a si la nulidad por vicios del consentimiento se entiende incluida en los casos de ejecución, cumplimiento e interpretación del contrato, que son los que comúnmente se vienen mencionando en la cláusula de sometimiento a arbitraje. Aunque la respuesta a esta cuestión no es absolutamente unánime, la postura mayoritaria de las Audiencias consiste en realizar una interpretación amplia del clausulado y de este modo entender incluidos también los casos de nulidad en el ámbito del arbitraje.