

Orden público como causa de nulidad de un laudo arbitral

Las normas imperativas de protección del contratante débil (consumidor o inversor minorista) son normas de orden público económico y provocan la nulidad del laudo que las inaplica

Se trata de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015**.

El caso se refería a un swap de tipos de interés que, como muchos, salió mal para el cliente. El banco exige al cliente – una PYME – que pague y el cliente se resiste. La cosa acaba en arbitraje y el laudo condena al cliente a pagar. El cliente presenta recurso de anulación y el TSJ anula el laudo por ser contrario al orden público.

La demanda de anulación se basaba en la falta de neutralidad del tribunal arbitral por la vinculación de la institución arbitral y de uno de los árbitros con el banco y en que el laudo vulneraba el orden público económico al no aplicar el art. 79.8 LMV (complejidad del swap) y por no tener en cuenta que el banco no cumplió con las obligaciones de información (análisis de idoneidad del producto financiero para el cliente ya que la operación implicaba asesoramiento, a falta del cual, el banco sólo ha de hacer un test de conveniencia).

El TSJ explica en qué consiste el deber de neutralidad e imparcialidad de los árbitros y se remite a las Directrices de la International Bar Association sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional. Dichas directrices califican los riesgos de falta de imparcialidad del árbitro con colores. Así, por ejemplo, si el árbitro es administrador de una de las partes, estamos ante una condición que entra en el “listado rojo irrenunciable”, de modo que ese árbitro no puede serlo aunque la otra parte lo acepte. Hay un “listado rojo renunciante” cuando el conflicto de interés puede ser dispensado (por ejemplo, el árbitro, en el pasado, asesoró a una de las partes). Añade el TSJ que “la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatar *in casu*... comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversia... así como la efectiva desaparición de esa... apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios...”. Tras ese análisis, el TSJ concluye que los árbitros eran imparciales. Haber sido árbitro de una de las partes en un procedimiento arbitral previo no priva de imparcialidad al árbitro.

La parte más interesante de la sentencia es el análisis del “orden público” como norma imperativa cuya inaplicación o aplicación errónea justifica la anulación del laudo. En concreto, el laudo debe anularse – dice el demandante - “por infracción del orden público, por interpretar y aplicar incorrectamente las normas de conducta recogidas en el título VII de la Ley de Mercado de Valores, en el RD 629/1993 de 3 de mayo y en Directivas y jurisprudencia nacional y comunitaria que las interpreta” que el banco debía cumplir en la comercialización del swap.

El TSJ comienza recordando la limitada *cognitio* del recurso de anulación: no es una nueva instancia ni puede revisarse en él los hechos o el Derecho aplicado por los árbitros y añade (citando sentencias previas):

“el orden público susceptible de protección ex art. 41.1 f) Ley de Arbitraje comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución,

como, por imperativo... 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”.

Cita como ejemplos de normas de orden público económico las que consagran las libertades de circulación del TFUE y la prohibición de cárteles del art. 101 TFUE (por cierto, citan el art. 81, que ya les vale). Y, a continuación, los jueces dicen algo sorprendente:

*“Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico **es el principio de buena fe en la contratación... cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes”***

A continuación, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, repasa la legislación protectora de los que adquieren productos financieros complejos (MiFid y su incorporación a la LMV) y decide que, en el caso, la operación implicaba asesoramiento por parte del banco y, por tanto, la obligatoriedad del test de idoneidad.

“no cabe duda de que en nuestro caso, el banco llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina... aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador de la sociedad inversora, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas (el banco) debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia... (suministrando)... al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía”.

A continuación repasa la doctrina jurisprudencial sobre el error-vicio y la infracción de deberes de información (que está muy bien recogida en esta sentencia del Tribunal Supremo) y pasa a determinar si la infracción de estos deberes – generadores de error en el consentimiento del cliente –, en particular, la ausencia de test de idoneidad, ha de calificarse como una cuestión de orden público que justifica la nulidad del laudo que no consideró la ausencia de test de idoneidad como relevante. Dice el TSJ que el tribunal arbitral cometió “errores de Derecho ostensibles, manifiestos” al no aplicar la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. Que, además, hay en el laudo “omisiones de motivación igualmente patentes”.

De los hechos probados, deduce el TSJ sin asomo de duda que el banco ofreció al cliente la suscripción de un swap de tipos de interés y que “tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap” según ha dicho el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de mayo de 2013.

*“es así manifiesto, patente... que el laudo yerra en la calificación jurídica que constituye el presupuesto básico para determinar el alcance de los deberes de información que le eran exigibles a la entidad financiera oferente del swap. **Ese yerro patente es, en si mismo, expresión de arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 24.1 CE).***

El siguiente error de Derecho del laudo es el de considerar que un swap de tipos de interés no es un producto complejo, en contra de lo que dice el art. 79 bis 8 en conexión del art. 2.2 LMV que el TSJ considera como “una presunción legal iuris et de iure de complejidad, no susceptible de prueba en contrario”. Y el “enfado” del TSJ se eleva cuando aborda el tema de la posibilidad de cancelar anticipadamente el swap. Su duración se había pactado por referencia al préstamo hipotecario al que “protegía” el swap. El laudo decía que, como era un contrato de duración determinada (13 años), no tenía por qué prever su terminación anticipada aunque sea frecuente que se incluya esa posibilidad. No sólo frecuente. Si el swap sirve al deudor para protegerse frente a subidas en tipos de interés, el deudor debería, por lo menos, limitar temporalmente esa protección, de manera que no tiene por qué coincidir la duración del swap con la duración del préstamo cuyo tipo de interés sustituye. El deudor debe conservar

la posibilidad de reevaluar los riesgos a los que está sometido. Dice el TSJ que, el hecho de que el swap no tuviera por qué incluir la posibilidad de su cancelación anticipada no quita para que el banco debiera **“informar... sobre la posibilidad de cancelación anticipada y sus costes** precisamente por lo que juzga evidente el propio laudo: no ser un derecho inherente a los contratos de duración determinada... Y si esa obligación de informar se sustenta, por ejemplo, en la necesidad de conocer los costes derivados de desvincularse de un producto financiero de resultados aleatorios y con elevados riesgos de pérdidas... En efecto, es precisamente el hecho de que, una vez contratado, el deudor no podría terminar anticipadamente el swap que era, además, de una larguísima duración, lo que justifica imponer al banco un especial deber de información respecto a esas consecuencias de la configuración contractual del swap.

El laudo afirmó que el banco había proporcionado información veraz porque había dicho al cliente que, al contratarlo, estaba sustituyendo el tipo de interés variable que pagaba por el préstamo por un interés fijo del 5,29 % protegiéndose así el cliente frente a la subida del tipo de interés variable pactado (euribor más un diferencial) por encima de dicha cifra (que era el de euribor más un 4,64 %). El TSJ parece aceptar la argumentación del laudo en este punto pero

“la Sala entiende determinante el error ostensible en que incurre el laudo al no reputar necesario el test de idoneidad: si, incuestionablemente, según los hechos probados, el banco realizó una labor de asesoramiento... el no realizar el test de idoneidad lleva aparejada una consecuencia legal ineluctable tal y como prevé el art. 79 bis 6 LMV: cuando la entidad no obtenga esta información – la derivada del test de idoneidad –, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente”

Lo que viene a continuación no resulta fácilmente comprensible. El TSJ parece prescindir de si, en el caso concreto, el cliente contrató lo que quería contratar y entendió los riesgos asociados a la contratación (que los tipos de interés no subieran, sólo bajarán y, por tanto, que se viera obligado a pagar intereses muy elevados durante el resto de la vida del préstamo hipotecario) para aferrarse a que, en abstracto, un swap es un instrumento complejo y el que lo ofrece ha de ofrecer la información exigida por la ley exactamente a través de los instrumentos que indica la ley, en el caso, el test de idoneidad. La posición del TSJ es más aceptable cuando añade que, en el caso, el banco no precisó

“los efectos reales que pudiera tener (el swap) en relación con el endeudamiento al que subviene, sin un mínimo análisis del grado de apalancamiento, esto es,, del grado de dependencia de la deuda contraída que tiene la minorista contratante, lo cual... puede incidir derechamente en la subsistencia misma de la empresa (un restaurante).

Parece que lo que quiere decir el TSJ es que **el deudor no podía apreciar lo que iba a suponer una carga de intereses del 5,29% durante trece años y que el banco debió comprobar si esa carga de intereses era asumible por el cliente dado su grado de endeudamiento y sus ingresos**. Si al cliente le preocupaba que subieran los tipos y tuviera que pagar una cuota del préstamo mucho mayor, resulta ilógico que quisiera celebrar un contrato que, en el mejor de los casos no le rebajaría esa cuota y, en el peor de los casos, le haría pagar una cuota (la que resultase del 5,29 %) fuera de las posibilidades razonables del deudor de acuerdo con sus ingresos. Si añadimos que no sabemos si el swap era “neutral”, es decir, que el 4,64 % reflejaba con precisión la probabilidad – según el mercado – de que los tipos subieran o bajarán, se puede aceptar que conocer que el tipo era del 5,29 % podía no ser suficiente o un producto distinto – un seguro, un swap de duración más breve – podría haber sido preferible

“consta acreditado que ni se analizó la situación financiera (del deudor) al efecto de verificar si el swap era el producto más conveniente para sus necesidades ni se le dio información sobre las previsiones de evolución del Euribor... ni se le informó específicamente... sobre costes de cancelación anticipada, sobre posibles riesgos de exceso de apalancamiento – de desproporción entre el capital propio y el crédito etc” estas contravenciones patentes de normas imperativas hacen que la motivación del laudo sea arbitraria

Y

... la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso” constituye un requisito de motivación de las sentencias y de los laudos arbitrales “pues tanto si la aplicación de la

legalidad es fruto de un error patente como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho...

Lo que lleva al TSJ a concluir que el laudo tiene que ser anulado

porque su motivación contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1 CE en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas; como sucede que, además, esas normas de ius cogens son expresión del principio general de buena fe contractual y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes... es cuestión de orden público... (por lo que debe apreciarse) la causa de anulación del art. 41.1 f) de la Ley de Arbitraje”