

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES POR VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN LAS RECIENTES RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Nuestros juzgados y tribunales han considerado sistemáticamente que un laudo arbitral no puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo y que no corresponde a la jurisdicción corregir los hipotéticos desaciertos de los árbitros. En esta línea, el concepto de «orden público» se ha interpretado tradicionalmente de forma muy restrictiva. Pese a estos antecedentes, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado varias sentencias en las que anula laudos emitidos en procedimientos arbitrales relativos a la validez de contratos de permuta financiera de tipos de interés. El Tribunal anula los laudos después de entrar a revisar la decisión de fondo porque considera que serían contrarios al orden público, interpretando este concepto de forma abierta. Esta línea de decisión constituye a nuestro juicio una equivocada y aislada excepción, que se limita a los casos de disputas sobre permutas de tipos de interés contratadas por pequeñas y medianas empresas. De hecho, la Sala ha recuperado su tradicional interpretación restrictiva del orden público en otros casos: «el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros» (STSJ Madrid de 21 de abril de 2015).

The annulment of arbitral awards on the grounds of public policy violation Superior Court of Justice of Madrid

Spanish courts have consistently held that an award cannot be reviewed on its merits and that it is not the role of the courts to correct hypothetical mistakes from arbitrators. Accordingly, the concept of «public policy» has been traditionally interpreted in a very restrictive fashion. Despite this background, the Superior Court of Justice of Madrid has issued several judgments setting aside awards granted in arbitrations concerning the validity of interest rate swap contracts. The Court annuls the awards after reviewing the merits of the decision taken by the relevant arbitral tribunals on grounds of public policy, based on a broad interpretation of this concept. These decisions constitute rare and misguided exceptions, which are limited to banking disputes on interest rate swap concerning small and medium-sized business. In fact, when recently dealing with different cases, the same Court has revisited its traditional view: «the concept of public policy cannot turn into a backdoor to allow control of the decision granted by the arbitrators» (Judgment of the Superior Court of Justice of Madrid of 21 April 2015).

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, Laudo, Anulación, Orden público.

KEY WORDS

Arbitration, Award, Annulment, Public policy.

Fecha de recepción: 3-5-2016

Fecha de aceptación: 30-5-2016

INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015 inició una línea de decisión —luego seguida por las sentencias de 6 de abril, 14 de abril, 23 de octubre y 17 de noviembre de 2015— que ha suscitado un intenso debate en la comunidad arbitral. La razón para tan encendida discusión reside en la concepción del «orden público» que estas resoluciones han adoptado en sede de anulación de laudos arbitrales. El resultado de esta línea doctrinal ha sido el sometimiento de la decisión de los árbitros

a una revisión judicial del mayor o menor acierto de la motivación del laudo y, con ello, a nuestro juicio, un desbordamiento del alcance de la acción de anulación, que parece, no obstante, ceñirse a un muy concreto tipo de asuntos: la litigiosidad vinculada a las permutas de tipos de interés.

Todos estos casos siguen una secuencia similar, que responde al siguiente esquema: (i) una sociedad mercantil —generalmente una pequeña o mediana empresa— formula demanda de arbitraje contra una entidad financiera en la que solicita la declaración de nulidad de un contrato de permuta finan-

ciera de tipos de interés por error en el consentimiento; (ii) tras la sustanciación del procedimiento arbitral, el laudo emitido por el colegio arbitral concluye que no se produjo el error vicio alegado, pues las circunstancias del caso permiten concluir que el contratante comprendió el producto y sus riesgos; (iii) la mercantil demandante formula acción de anulación contra el laudo; y (iv) la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta sentencia anulando el laudo por considerarlo contrario al orden público. La Sala considera que estos laudos infringen el orden público en una doble vertiente: por un lado, por vulneración del orden público económico y, por otro, al considerar que la motivación del laudo sería arbitraria.

Esta doctrina judicial se ha circunscrito, como se anticipó, al ámbito de las normas de protección del inversor frente a entidades financieras y no se tiene constancia de su extensión a otras esferas del ordenamiento jurídico. En cualquier caso, este limitado alcance no justifica, a nuestro juicio, la ampliación de los límites del control del laudo en sede de anulación con base en la invocación del orden público. De hecho, la doctrina que comentamos no se ha producido de forma unánime, pues han existido votos particulares en las sentencias citadas.

LOS LÍMITES DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN COMO MECANISMO DE CONTROL EXTERNO DEL LAUDO

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, la «**Ley de Arbitraje**») configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes (STS de 15 de septiembre de 2008). Por el convenio arbitral, las partes deciden sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes. En consecuencia, únicamente corresponde al poder judicial realizar tareas de soporte, auxilio y control externo (STS de 22 de junio de 2009).

La acción de anulación se configura, en ese contexto, como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Como indicó el Tribunal Constitucional en relación con la entonces

vigente Ley 36/1988 de Arbitraje, «*al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo*» (SSTC de 23 de noviembre de 1995 y de 30 de abril de 1996).

Ese juicio externo no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, órgano al que se encomienda actualmente el conocimiento de la acción de anulación, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues las «*exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales*» (STJCE de 26 de octubre de 2008, as. C-168/05, Mostaza Claro). Por ello, en la fase de control postarbitral, se impone a los tribunales «*el deber de actuar con extrema cautela y efectiva conciencia de sus limitaciones*» (ATSJ País Vasco de 19 de abril de 2012).

Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues, en palabras del Tribunal Constitucional, «*la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo*» (STC de 18 de julio de 1994).

EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Y LOS RIESGOS DE SU INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

La noción de orden público

La contravención del «*orden público*» se establece en el artículo 41.1.f) de la Ley de Arbitraje como motivo de anulación y en el artículo V.2.b) de la Convención de Nueva York de 1958 como causa de denegación de reconocimiento de laudos extranjeros.

El orden público se define generalmente como el núcleo de normas o principios fundamentales que rigen la organización y funcionamiento de la sociedad. La Audiencia Provincial de Madrid señala en su sentencia de fecha 26 de mayo de 2000: «*Si por orden público material se entiende el conjunto*

de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 Feb., 116/1988, de 20 Jun. y 54/1989, de 23 Feb.) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público». El orden público no se agota, por tanto, con los derechos y libertades fundamentales consagrados en el capítulo II, título I de nuestra Constitución, sino que comprende otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente.

El fundamento de este motivo de anulación o denegación de reconocimiento es claro: establecer el orden público como límite único a la autonomía de que deben gozar los árbitros al interpretar y aplicar el Derecho. En consecuencia, el margen de interpretación de los árbitros a la hora de resolver las disputas que las partes someten a su decisión termina, precisamente, donde comienza el orden público. De ahí que sus decisiones, y los fundamentos en los que estas se sustentan, sean inmunes al control de los jueces mientras respeten el único límite que se les impone. El orden público opera así como *«un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado: límite que se impone también al árbitro y que éste no puede traspasar, constituyendo este motivo de nulidad precisamente un control jurisdiccional de ese límite a fin de asegurar que la decisiones arbitrales respetan ese conjunto de valores y derechos indisponibles»* (SAP Valencia de 6 de febrero de 2002).

En caso contrario, cuando los laudos vulneran ese límite, los jueces pueden y deben revisar la decisión de los árbitros por expreso mandato legal (art. 41.2 LA). De lo contrario, las partes de los procedimientos arbitrales quedarían indefensas ante los eventuales excesos y abusos que los árbitros pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones. Los jueces

y tribunales se erigen así en garantes de la adecuación de los laudos al orden público.

En suma, el motivo de anulación basado en la vulneración del orden público sí permite una limitada penetración en el control de fondo del laudo. Pero, como se verá a continuación, ese control es necesariamente restringido, pues el orden público cubre tan solo una parcela del ordenamiento jurídico.

Los riesgos de una interpretación extensiva del orden público

El orden público es, por su propia naturaleza, un concepto jurídico indeterminado. Por ello, el peligro de dotar a la noción de orden público de una excesiva amplitud ha venido siendo tradicionalmente advertido por la jurisprudencia y la doctrina. Y es que los difusos contornos del orden público multiplican el riesgo de que ese motivo de anulación se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. El ensanchamiento del concepto jurídico indeterminado que es el orden público supondría en la práctica abrir un portillo a una revisión judicial del fondo de la decisión arbitral, que desnaturalizaría la institución arbitral y frustraría la finalidad última del arbitraje, asentado sobre la autonomía de la voluntad de las partes y el reconocimiento de la plena fuerza vinculante del convenio arbitral.

Por ello se ha apuntado con acierto que el *«control judicial enderezado a verificar la conformidad o contrariedad del laudo con el orden público no debe confundirse con una segunda instancia ni con una tarea propiamente jurisdiccional de revisión de la valoración de la prueba efectuada por el árbitro»* (SAP Barcelona de 30 de junio de 2009) y que debe evitarse que el empleo de esta causa de anulación se convierta en *«una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica»* (SAP Barcelona de 11 de marzo de 2009).

Se hace necesario, por tanto, restringir al máximo la interpretación de la cláusula de orden público a fin de no convertir el necesario control externo de la validez del laudo en una indebida revisión interna sobre la corrección de la decisión arbitral. Esta causa de anulación debe tener *«un papel reducido que*

limite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales» y ello «tan sólo es posible a partir de una concepción limitada del orden público y una determinación adecuada, una vez establecido lo que resulta controlable del laudo, de la intensidad con la que debe ejercitarse el control» (ATSJ País Vasco de 19 de abril de 2012). De lo contrario, bajo una retórica invocación del orden público, la acción de anulación se convertiría en una vía habilitante para la revisión judicial de la decisión de fondo del asunto o del mayor o menor acierto de la motivación del laudo.

LA ANULACIÓN DEL LAUDO POR VULNERACIÓN DEL «ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO»

Ese riesgo de injerencia judicial repetidamente advertido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina se ha producido, a nuestro juicio y desde el respeto debido a la Sala, en la línea de decisión iniciada con la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015 y seguida por las sentencias de 6 de abril, 14 de abril, 23 de octubre y 17 de noviembre de 2015, según se ha advertido también en los votos particulares de alguna de estas sentencias.

El exorbitante concepto de orden público manejado por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

El razonamiento que la Sala ha reiterado en esas resoluciones comienza por enunciar el principio de la «buena fe en la contratación» como integrante del orden público económico. A nuestro juicio, la invocación de la buena fe en la contratación como principio integrante del orden público plantea la dificultad asociada a que tal principio requiere de una concreción normativa en donde el legislador goza de un amplísimo margen de disponibilidad. No se trata, por tanto, de un principio genuinamente integrante del orden público en tanto que indisponible para el legislador, sino de un estándar de conducta cuya plasmación en reglas concretas requiere necesariamente de una decisión legislativa.

Adicionalmente, ocurre que la anulación de los laudos por la Sala no se funda en una infracción directa de ese principio de buena fe en la contratación. Por el contrario, la línea argumental parte de la afirmación del principio general para, después, considerar como normas de orden público todas aque-

llas que tengan conexión con él. En otras palabras, se califica como orden público un conjunto de normas de legalidad ordinaria por entender que esas normas concretan las exigencias de la buena fe en su proyección a los casos resueltos por los laudos. De este modo, se encaja en el orden público no ya la infracción de un principio general, sino todo un marco normativo ordinario. En ello radica el peligro que, a nuestro modo de ver, existe en esta línea de decisión, pues sería suficiente en todos los casos con explicitar la *ratio* de una norma jurídica o su anclaje constitucional para automáticamente transformarla en una disposición de orden público.

En las sentencias citadas, a partir de la calificación de la buena fe como un principio de orden público, se eleva a la categoría de orden público el marco jurídico regulador de la prestación de servicios de inversión integrado por la normativa MIFID. Al afirmarse que dicho marco normativo es expresión del principio de la buena fe contractual, todo el bloque queda incorporado, conforme a las sentencias comentadas, en el círculo de lo que se califica como orden público económico. Se entiende así que todas las normas de legalidad ordinaria y todos los criterios jurisprudenciales o interpretativos que, a juicio de la Sala, mejor satisfagan el citado principio general pertenecen también a esa esfera del orden público.

En ello radica la auténtica clave para poner de manifiesto las razones que, en nuestra opinión, explican el error de esta línea decisoria. Y es que esa aplicación muestra que lo relevante ya no es el orden público, sino cuestiones claramente incardinadas en el ámbito de la legalidad ordinaria, como son, entre otras, la interpretación más o menos dudosa sobre el efecto directo de una Directiva, la interpretación del régimen transitorio de la Ley 47/2007, la aplicación al caso concreto de normas sobre la clasificación de clientes en el ámbito de los servicios financieros o el alcance que habría de tener la información que debía proporcionarse al cliente según una determinada exégesis de las normas aplicables.

El resultado de tan amplia interpretación supondría que el orden público dejaría de estar reservado a un conjunto de materias concretas, como son los derechos fundamentales o ciertos principios indisponibles para el legislador, y pasaría a estar integrado por todo el bloque normativo y jurisprudencial que, a juicio del órgano judicial, mejor satisfaga el principio general de buena fe. Y esto es justamente lo que corresponde determinar a los árbitros. No

corresponde al poder judicial impartir justicia en el caso concreto, que es lo que termina ocurriendo con la interpretación del orden público que alienta el bloque de sentencias que se comenta.

Este modo de razonar autorizaría cualquier revisión de sectores íntegros del ordenamiento jurídico privado. Bastaría con invocar el principio de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC) para considerar que la entera regulación del Código Civil, fuertemente inspirado en los principios de autonomía de la voluntad, responsabilidad y buena fe, forma parte del orden público. Cualquier controversia sometida a arbitraje quedaría así al albur de un juicio en el caso concreto por parte del tribunal que conoce de la acción de anulación. Esta fluida concepción del orden público abriría de par en par la puerta a una inaceptable revisión del fondo de la decisión de los árbitros.

Normas imperativas y orden público

Las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid traslucen una asimilación entre los conceptos de «normas imperativas» y «orden público». Así, por ejemplo, la sentencia de 28 de enero de 2015 considera que «*el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción legal patente de normas imperativas*» basándose en «*unos presupuestos jurídicos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables*», y considera que su motivación contraviene el orden público por arbitraria «*en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas*».

Esta identificación entre normas imperativas y orden público es, a nuestro juicio, desacertada. Aunque el orden público se manifiesta habitualmente en forma de normas de Derecho imperativo, no toda ley imperativa forma parte del orden público. Nuestro ordenamiento configura ambos conceptos como límites a la autonomía privada, pero distingue expresamente entre orden público (arts. 1.3, 6.2, 12.3, 594 y 1255 CC) y normas imperativas o prohibitivas (arts. 6.3 y 12.4 CC). Esa indebida equiparación contribuye a la impropia ampliación de las fronteras del orden público, que extiende el ámbito de cognición de la acción de anulación hasta hacerla irreconocible.

Los votos particulares

La extralimitación que a nuestro juicio se produce ha motivado una serie de votos particulares del

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien expresamente disiente de la posición mayoritaria por el desbordamiento de la noción del orden público a que conduce esta línea de decisión.

En líneas generales, estos votos particulares consideran que la mayoría de la Sala hace una aplicación errónea del concepto de orden público, que conduce a transformar la acción de anulación en un auténtico recurso de naturaleza devolutiva y que desborda los límites de la jurisdicción que al órgano judicial le otorga la Ley de Arbitraje en el marco de esta acción. El Excmo. Sr. Presidente denuncia así la «*invasión*» llevada a cabo por la posición mayoritaria de la Sala en esas materias excluidas del ámbito de conocimiento de la jurisdicción en el contexto de la acción de anulación.

CONCLUSIÓN

El motivo de anulación fundado en la contravención del orden público es, dada su intrínseca indeterminación, terreno fértil para decisiones polémicas. En la adecuada configuración del concepto de orden público se juega la acción de anulación para convertirse en un riesgo para el arbitraje y no en una garantía. Se trata, por esa razón, de una cuestión trascendental.

La línea de decisión seguida por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las sentencias que se comentan mantiene un concepto abierto del orden público como motivo de anulación. Sin embargo, se trata de una concepción cuya proyección aparece limitada a una tipología concreta de casos. La Sala rebasa, a nuestro juicio, los límites del control de anulación. Los votos particulares de algunas de estas sentencias lo describen con claridad porque, como ha recordado la propia Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recientemente, «*el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros*» (STSJ Madrid de 21 de abril de 2015).

MANUEL VÉLEZ FRAGA y LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN*

* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).