

# *La validez de la cláusula arbitral en una operación de swap derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)\**

(Comentarios de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 409/2017 de 27 de junio)

DR. FRANCISCO PROL

SUMARIO: *I. Introducción. II. Aplicación del principio kompetenz-kompetenz. III. Requisitos para la validez de la cláusula arbitral. IV. Conclusiones.*

## **I. Introducción**

El Tribunal Supremo (“TS”) ha dictado recientemente (27 de junio de 2017) una sentencia (de aquí en adelante “la Sentencia”) en la que fija su posición en relación con varios problemas relacionados con la validez del pacto arbitral.

En la Sentencia nuestro Tribunal Supremo decide sobre los sucesivos recursos interpuestos contra la decisión del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 12 de los de Murcia, sobre una declinatoria interpuesta por Banco Popular, a raíz de una demanda de Agrumexport, S.A., en la que ésta solicita la nulidad de los “contratos financieros” suscritos entre esta compañía y Banco Popular. El mencionado Juzgado de 1.ª Instancia declara no haber lugar a la declinatoria y estima parcialmente la demanda de Agrumexport, S.A., anulando el contrato de put (no así el de swap) celebrado entre las partes.

\* Publicado también en Diario La Ley, N.º 9070, Sección Tribuna, 27 de Octubre de 2017, Editorial Wolters Kluwer y N.º 2 (2017) de *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*; CIAMEN, Madrid.

La decisión del juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia fue confirmada por la Audiencia de Murcia, que en su sentencia de 7 de julio de 2014 expone una serie de argumentos que han tenido gran influencia en la decisión final de la Sentencia que ahora comentamos. En particular, la Sentencia manifiesta el acuerdo de nuestro más alto tribunal con la interpretación que la decisión de la Audiencia Provincial hace de la repercusión que puede tener para el caso el hecho que el CMOF deba ser considerado como un contrato de adhesión<sup>1</sup>.

Estos comentarios tienen por objeto realizar un breve examen de los puntos más relevantes que se tratan en la Sentencia y analizar las conclusiones a las que llega nuestro más alto tribunal. Para mayor comodidad del lector, se sigue el mismo orden en el que los diferentes temas a comentar han sido expuestos en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia.

## II. Aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*

El primer tema que es necesario examinar es la decisión que la Sentencia toma en relación con la extensión del enjuiciamiento del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional (a la hora de decidir sobre la declinatoria).

El TS reconoce la existencia y aplicación al arbitraje del principio de *kompetenz-kompetenz*. Sin embargo, a la hora de elegir entre la tesis “fuerte” de aplicación de este principio (realización de un análisis superficial del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional a la hora de decidir sobre la declinatoria) y la tesis “débil”<sup>2</sup> (enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral) se decanta, sin ambages, por esta última solución.

Prevé la Sentencia que el órgano jurisdiccional deberá apreciar de oficio la nulidad radical del convenio arbitral prevista en la legislación de consumidores<sup>3</sup> (aunque en el caso al que se refiere la Sentencia, no es claro que se pueda atribuir al cliente del banco demandado el carácter de “consumidor”). Ahora bien, el TS no limita el control a realizar por el órgano judicial encargado de decidir sobre la declinatoria al examen de si el convenio está viciado o no de nulidad radical, sino que “...el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre las cuestiones objeto de la demanda en el

<sup>1</sup> *Vid.* Razonamiento Jurídico n.º 4 de la Sentencia.

<sup>2</sup> “fuerte” y “débil” son términos utilizados por la Sentencia.

<sup>3</sup> Arts. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

ámbito de la materia arbitrable, **no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia del convenio arbitral**<sup>4</sup>”.

El TS cita en apoyo de la utilización de este criterio la Convención de Nueva York de 1958 y el Reglamento UE n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I Bis) (aunque, como es bien sabido, este último instrumento excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación -art. 1.2.d.-). Y así, mientras en el Convenio de Nueva York permite al órgano judicial del país en el que se va a intentar hacer valer el convenio arbitral, comprobar si el acuerdo que da origen al arbitraje es “... nulo, ineficaz o inaplicable”, el Reglamento UE 1215/2012 permite al órgano judicial competente examinar si el convenio arbitral es “... **nulo de pleno derecho**<sup>5</sup>, ineficaz o inaplicable, de conformidad con el derecho nacional”.

Es decir, el Reglamento UE, en punto al examen de la posible nulidad del convenio arbitral, parece limitarlo a la nulidad de pleno derecho, la forma más extrema de nulidad, dando la impresión de que otras formas de nulidad de menor relevancia no estarían sujetas al control judicial y sólo podrían ser examinadas por los árbitros, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*.

Podría pensarse que la extensión del control de la nulidad del laudo por parte del órgano judicial, debería limitarse a aquellos casos en los que son patentes, claras, manifiestas, la nulidad del convenio, su ineficacia o su inaplicabilidad. Es decir, seguir una vía intermedia situada entre la tesis “fuerte” y la tesis “débil” de interpretación de la aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, que antes fueron evocadas.

Como ya se ha dicho, el TS no es partidario de ninguna vía intermedia y sí de aquella que permite al órgano judicial la revisión de todas las circunstancias que puedan afectar a la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Posición ésta un poco extrema, ya que, entre que el órgano judicial conozca sólo de la mera apariencia de la existencia de un convenio arbitral y que tenga que conocer de cuantas circunstancias (sin importar su relevancia) puedan afectar a la validez y producción de efectos del convenio arbitral, no parece que haya dificultades irresolubles para encontrar territorios intermedios, que permitieran el respeto a la voluntad de las partes (que han acudido al procedimiento arbitral), compaginándola con el necesario control por parte de los juzgados y tribunales de la validez y adecuación del procedimiento arbitral a la normativa vigente.

<sup>4</sup> El subrayado es del autor.

<sup>5</sup> El subrayado es del autor.

Es lástima que el Tribunal Supremo no haga suya la doctrina establecida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017, que otorga un carácter “global” (y ha de entenderse esta expresión como relativa a la totalidad de la operación financiera acordada) al convenio arbitral contenido en el CMOF, cuando dice:

*“Entendemos que es posible incluir un convenio global de sumisión arbitral en el CMOF y sus anexos sin que sea necesario que deba incluirse solo en el documento que establezca las condiciones de cada operación que se suscribe (es decir, en cada una de las confirmaciones)”<sup>6</sup>*

Como lo que late en esta sentencia, es que el CMOF y las confirmaciones son documentos “complementarios” y no independientes el uno del otro, no es de extrañar que conceda plenos efectos legales a la cláusula arbitral que conste en uno de ellos.

### III. Requisitos para la validez de la cláusula arbitral

La Sentencia también se pronuncia sobre cuáles son los requisitos que es necesario cumplir, para que la cláusula arbitral pueda considerarse como válida y susceptible de producir los efectos queridos por las partes.

Comienza el TS citando varias sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se da validez y plena eficacia al arbitraje como método de solución de conflictos, basado en la autonomía de las partes, que ha sido reconocido y regulado por el ordenamiento jurídico estatal.

A continuación, el TS condiciona la eficacia de la cláusula arbitral a que las partes manifiesten su voluntad inequívoca “... de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros”, por lo que no puede extenderse la validez del convenio arbitral (lo que conlleva la renuncia a acudir a la jurisdicción de los jueces y tribunales estatales) a cuestiones que no estén expresamente contempladas en la cláusula arbitral.

En el caso sobre el que la Sentencia decide, el convenio arbitral contenido en el CMOF dice: “*Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de Equidad*”. No parece que haya, pues, problemas en considerar plenamente válida la cláusula arbitral insertada en el CMOF.

<sup>6</sup> Razonamiento Jurídico n.º 10.3 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017.

Ahora bien, de la redacción de la Sentencia se infiere que, en el caso sobre el que decide, se solicitó ante el Juzgado de 1.ª Instancia la nulidad de los contratos de swap y put, que el demandado (Banco Popular) presentó declinatoria de jurisdicción y que ésta no fue aceptada ni por el Juzgado de 1.ª Instancia, ni por la Audiencia Provincial. Este último tribunal estimó que las partes no se habían sometido válidamente a arbitraje, ya que, al ser un contrato de adhesión, tal sumisión sólo hubiera sido aceptable si el adherente, en el momento de adherirse al contrato, hubiera manifestado su voluntad “*explícita, clara, terminante e inequívoca*” de someterse a arbitraje y al no constar expresa e inequívocamente en los contratos de swap y put tal sumisión (aunque si constase en el CMOF), no se puede entender sometida a arbitraje la decisión sobre las cuestiones que pudiesen surgir de los mencionados contratos, ya que, a juicio de los tribunales juzgadores, el CMOF y los contratos de swap y put tienen una “*sustantividad negocial diferenciada*”.

Varias son las cuestiones que es necesario analizar en el razonamiento expuesto en el párrafo inmediatamente anterior.

A. En primer lugar es necesario examinar la normativa en la que la Audiencia Provincial primero y el TS después basan la aceptación de la regla de interpretación *contra proferentem* empleada por la Audiencia Provincial.

El TS utiliza en apoyatura de la utilización de la regla antes mencionada los artículos 1.288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que efectivamente plasman –especialmente la segunda– el criterio *contra proferentem*.

La duda surge, cuando se ve que ambos artículos se refieren a las cláusulas (o condiciones generales de contratación) “oscuras”. ¿Quiere decir esto que el TS considera una cláusula “oscura” la cláusula arbitral incluida en el CMOF del que trata la Sentencia, con la redacción que se le da en el mismo?<sup>7</sup>

No parece que la cláusula en cuestión pueda ser tildada de oscura. Sin embargo, parece conveniente intentar precisar qué es lo que entiende el TS por cláusula oscura.

En este intento de precisión la misma Sala 1.ª del TS viene en nuestra ayuda, pues en la sentencia núm. 267/2017 de 4 mayo (RJ 2017\2394), de su Sección 1.ª (que curiosamente se refiere también a un caso de swap) y al tratar el oscurantismo que una de las partes intenta atribuir

<sup>7</sup> “Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de Equidad”.

a las cláusulas 5 y 7 del contrato (referentes a las consecuencias de la liquidación del contrato de swap) dispone:

*“...No apreciamos que ambas cláusulas carezcan de estas exigencias [claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente]. La cláusula 5.ª, en la única parte que podría ser controvertida (recordamos que el recurrente se limita a denunciar que es abusiva) manifiesta con toda claridad que la liquidación del swap deberá hacerse «en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución», pues de antemano no es posible determinar el importe de dicho coste. Esta remisión, como hemos advertido en otras ocasiones, ni supone una atribución unilateral de la fijación del coste de cancelación, ni una cláusula oscura. Al respecto se complementa con la cláusula 7.ª, que contiene la fórmula a seguir para realizar la liquidación, y especifica con la máxima claridad posible en qué consiste cada una de las variables de la ecuación. En atención a la complejidad de las operaciones, no se advierte que hubiera existido un oscurecimiento en su explicación, ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo.”*

Es decir, el TS considera que una cláusula, en la que se contiene la fórmula de liquidación de una operación de swap (que no es necesariamente fácilmente comprensible), no puede ser considerada como una cláusula oscura, mientras que se le debe dar tal carácter a una cláusula de sumisión a arbitraje, redactada además con la sencillez y claridad que adornan al convenio arbitral que las partes acordaron en el CMOF del que trata la Sentencia.

Parece un poco excesivo considerar esta particular cláusula de sumisión a arbitraje como una cláusula oscura, especialmente teniendo en cuenta los efectos perjudiciales para el respeto de la voluntad de las partes (que acordaron someterse a arbitraje), que se pueden producir, ya que, a consecuencia de la mencionada oscuridad, el TS considera de aplicación el principio *contra proferentem* (por lo que el banco, que ha “presentado” la cláusula arbitral, no puede prevalerse de los beneficios que para él se puedan derivar<sup>8</sup> de la aplicación de dicha cláusula).

Y parece excesivo incluso en el campo de los contratos de adhesión, en el que el TS tiene (como es lógico) una mayor rigidez en la interpretación de las cláusulas que pueden perjudicar al adherente. En efecto, la Sentencia admite que la misma Sala ha empleado, en el caso de convenios arbitrales concertados por negociación, una interpretación más

<sup>8</sup> Parece ser que la cláusula arbitral favorece solamente al banco.

“elástica” de la cláusula arbitral<sup>9</sup>, que permite que el convenio arbitral tenga efecto expansivo.

La conclusión a la que se llega con la postura del TS en la Sentencia, es que la firma de un contrato de adhesión, sin salvedad ni reserva de ningún tipo por parte del adherente, no puede ser considerada como una declaración explícita, clara, terminante e inequívoca de la voluntad del adherente de someterse a arbitraje, renunciando así a dilucidar sus litigios con el proponente del contrato de adhesión ante la jurisdicción civil ordinaria.

La aplicación de la línea de pensamiento antes expuesta, puede causar efectos demoledores en el mercado de derivados y pueden ser especialmente perjudiciales para los clientes de las entidades financieras con las que contratan estos productos, ya que, si los bancos se ven obligados a presentar, discutir y firmar contratos hechos para cada operación en particular, aumentará el tiempo que se emplea en cerrar estas operaciones y encarecerá las condiciones del producto estructurado (encarecimiento que, de una forma u otra, las entidades financieras acabarán repercutiendo al cliente).

Por otro lado, se ha dictado recientemente alguna decisión en la que se realiza una aproximación distinta al problema de la transparencia que debe impregnar las cláusulas del CMOF (siempre dándole a dicho contrato el carácter de contrato de adhesión). Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017, se refiere al control de la transparencia de los contratos marco, recordando lo dispuesto en:

*“... la STS de 9 de mayo de 2013 en el sentido de que ésta ya aclaró que el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha consideración con independencia de que el adherente sea consumidor (F.J. 201); sin embargo, el control de abusividad quedaba restringido a la contratación con consumidores [F.J. 233 c)].*

*De ahí que el TS concluyera que el control cualificado de transparencia no resulta de aplicación a la contratación entre profesionales, a los que sólo resultará aplicable el control de incorporación ordinario de claridad gramatical y legibilidad”.*<sup>10</sup>

Se puede observar de la lectura de la Sentencia que ésta realiza una interpretación de la transparencia que se debe predicar de las cláusulas

<sup>9</sup> Por ejemplo en la sentencia del TS 741/2007, de 2 de julio.

<sup>10</sup> Razonamiento Jurídico 10.1 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017.

del CMOF acorde con la legislación aplicable a los contratos con consumidores, sin tener en cuenta que es más que dudoso que se le pueda dar al demandante el carácter de consumidor y, por tanto, sin que la normativa aplicable a los mismos debe presidir la interpretación que ha de hacerse de las obligaciones de transparencia exigibles al oferente del CMOF.

Si el control de transparencia debe limitarse a la “*incorporación ... de claridad gramatical y legibilidad*”, parece necesario reiterar el comentario anterior referido a la distinta vara de medir utilizada por el Tribunal Supremo a la hora de apreciar la claridad de una cláusula arbitral y de otra de liquidación del swap.

- B. El segundo tema merecedor de atención que surge de la lectura de las disposiciones de la Sentencia, en relación con la validez de la cláusula arbitral, es la afirmación del TS de que el CMOF y los contratos de swap ligados a éste y que lo complementan; las “confirmaciones” (“Confirmaciones”), tienen una *sustantividad negocial diferenciada* (y, por lo tanto, los efectos de la cláusula arbitral no pueden ser extendidos de una “*unidad negocial*” a otra).

El autor de estos comentarios, desde el inmenso respeto que tiene por las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo y por la doctrina que de ellas emana, no está seguro de poder compartir esta tesis y ello por las siguientes razones:

- a. Desde un punto de vista práctico; lo cierto y verdad en este tipo de operaciones, es que las partes que intervienen en las mismas, no piensan más que en una sola operación, sin diferenciar entre CMOF y la “confirmación” que lo desarrolla.

El funcionamiento del CMOF ha sido definido con precisión por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017, cuando dice:

“*El Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) se trata de un modelo norma elaborado por la Asociación Española de Banca. El CMOF establece las condiciones de una gran variedad de productos financieros en términos generales. Así pues, es preciso suscribir documentos contractuales complementarios que puedan permitir adaptar estas «reglas del juego» a la gran variedad de productos que ampara y a las necesidades de las partes.*”<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Razonamiento Jurídico n.º 10.2 de la sentencia de la Audiencia Provincial de 16 de mayo de 2017.



Es decir, el CMOF contiene la descripción de una serie de operaciones financieras que pueden ser acordadas por las partes (todas o alguna de ellas<sup>12</sup>) y unas reglas generales de aplicación a las mencionadas operaciones (dada la generalidad de dichas reglas, éstas serán aplicables a todas las operaciones financieras previstas en el CMOF)

Por ceñirnos al caso más común —el swap de tipo de interés— tanto los clientes como las entidades financieras aceptan de buen grado la firma de un contrato marco, en el que se regulan los principios generales de la operación que van a realizar y la firma de otro documento (la confirmación) en el que se precisa cual es la operación financiera que se va a realizar (swap, FRAs, operaciones de opciones y futuros u operaciones de compra de divisas<sup>13</sup>) y se desarrollan algunos aspectos (normalmente las condiciones aplicables a la operación financiera), que no constan ni en el CMOF ni en sus anexos, sin que tengan la conciencia que están firmando dos operaciones distintas<sup>14</sup>.

Cierto es que a veces se ha producido una cierta “corruptela” en la forma en que se ha organizado la operación de swap. El banco y el cliente han firmado en primer lugar una Confirmación (o varias), para a renglón seguido firmar el CMOF que da cobertura a las ya acordadas Confirmaciones. Se firma, pues, en primer lugar el documento que especifica (y fija las condiciones) de la operación a realizar y con posterioridad se procede a la firma del documento que recoge los principios generales por los que se va a regir la operación que las partes pretenden realizar.

Pero, aún en este caso, parece claro que las partes quieren dar al CMOF el carácter de marco regulador de la operación que realizan, ya que se dota a dicho contrato de efecto retroactivo, a los efectos de que las Confirmaciones queden “*amparadas*” por el CMOF. Independientemente de la eficacia de esta atribución de efectos retroactivos, todo parece indicar que las partes (las dos, pues son las dos las que firman el CMOF y las Confirmaciones), pretenden con esta atribución, que se establezca la conjunción

<sup>12</sup> Como ocurre en el tema tratado por la Sentencia.

<sup>13</sup> Estipulación SEGUNDA del CMOF.

<sup>14</sup> A lo mejor, se solucionaban muchos problemas dándole a las Confirmaciones el carácter de Anexo del CMOF y manifestando en las mismas que le son aplicables las disposiciones del CMOF “en el que se amparan”.

entre el CMOF y las Confirmaciones, necesaria para la debida precisión de los términos y condiciones de la operación de swap que están de acuerdo en celebrar.

Incluso esta conducta (que no era normal cuando se empezaron a contratar swaps en España) ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia, pues la ya mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017 acepta que se pueda firmar el CMOF con posterioridad a haber acordado las confirmaciones, al decir:

*“El hecho de que el contrato marco se otorgara con posterioridad no invalida la cláusula de sumisión arbitral pues el CMOF y sus anexos, como hemos visto, responden a modelos preestablecidos a los cuáles se adhiere el cliente/inversor, no resultando controvertido que, en el caso, se esté frente a una contratación por adhesión y a una contratación-tipo, sin que ello, en realidad, incida con los efectos pretendidos por la parte apelante en la presente controversia.”<sup>15</sup>*

Hay que tener en cuenta, que, en el caso de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, y según se desprende de la propia sentencia, se había firmado una cláusula arbitral contenida en el Anexo I del CMOF, sin que conste que se haya firmado cláusula arbitral alguna en las confirmaciones “amparadas” por el CMOF.

- b. Tomados aisladamente el CMOF y las Confirmaciones, se ve que no tienen *sustantividad negocial* propia (solamente la conjunción de los dos documentos, referidos a la misma operación, y no cualquiera de ellos independientemente considerado, puede dar origen al nacimiento y correcto desarrollo de la Operación). En efecto, en el CMOF se regulan una serie de situaciones de carácter general de gran importancia para la creación, desarrollo y terminación del marco en el que se va a desarrollar la operación financiera que las partes elijan<sup>16</sup>. Así, por ejemplo, se regula en el CMOF (sin pretender que los ejemplos que se muestran a continuación constituyan una lista exhaustiva de los términos y

<sup>15</sup> Razonamiento Jurídico 10.4 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2017

<sup>16</sup> Entre las que están mencionadas en la Estipulación SEGUNDA del CMOF.

condiciones del CMOF) el sistema de liquidación por saldos<sup>17</sup>, el régimen de los intereses de demora<sup>18</sup>, las causas de vencimiento anticipado (y los efectos de dicho vencimiento)<sup>19</sup>, la validez de las grabaciones<sup>20</sup> (que son la forma habitual de probar el consentimiento prestado por el cliente) y la posibilidad que tienen las partes de acudir a un procedimiento arbitral (o especificar el fuero al que quieren someterse)<sup>21</sup>.

Es necesario, para mejor comprensión del sistema de funcionamiento de una operación de swap, detenerse, siquiera brevemente, en la Estipulación SÉPTIMA.- CONFIRMACIONES del CMOF. En efecto, en el punto 7.2, al hablar del contenido de las Confirmaciones, el CMOF dispone:

*“Las Confirmaciones contendrán los elementos esenciales para cada tipo de Operación, así como una referencia al Contrato Marco en que se amparan”.*

Es decir, en las Confirmaciones deben constar:

- Los elementos específicos que sirvan a identificar que tipo de operación de las previstas en el CMOF las partes están contratando, así como las características financieras de la operación, y
- Una referencia al Contrato Marco en el que se amparan. La utilización de la idea de “amparo”<sup>22</sup> refleja la intención de las partes de considerar al CMOF, como lo que es; un “Marco” bajo cuya cobertura se pueden ir acordando operaciones, mediante la precisión de las mismas en las Confirmaciones.

Por el contrario, ni en el CMOF, ni en ninguno de sus anexos, en los que también se pueden encontrar reglas de carácter general, constan las condiciones financieras que se van a aplicar a la operación financiera pactada por las partes. Ni el CMOF contiene tampoco la precisión de cuál es el tipo de operación que las

<sup>17</sup> Estipulación QUINTA.

<sup>18</sup> Estipulación SEXTA.

<sup>19</sup> Estipulaciones de la NOVENA a la DECIMOCUARTA.

<sup>20</sup> Estipulación VIGESIMOCTAVA.

<sup>21</sup> Estipulación VIGESIMOTERCERA.

<sup>22</sup> Como también se contempla en el punto 7.3 del CMOF.

partes van a realizar (lo único que hace el CMOF a este respecto, es “ofrecer” a las partes la posibilidad de realizar las operaciones antes vistas<sup>23</sup>, siendo la elección por éstas de la operación a realizar, explicitada en la confirmación correspondiente).

Todas estas precisiones se pueden encontrar sin embargo en las Confirmaciones (juntamente<sup>24</sup> con la determinación específica de las condiciones económicas de la Operación, quien va ser el Banco Pagador, las modificaciones al CMOF que las partes pudiesen acordar<sup>25</sup> y, en algunos casos, un convenio arbitral<sup>26</sup>).

De lo expuesto en los párrafos anteriores, no se puede sacar la conclusión que las partes han deseado firmar dos operaciones distintas (por mucha relación que una pudiera tener con la otra), con dos contratos distintos, sino que al amparo del CMOF<sup>27</sup> y con la precisión de que tipo de operación se desea realizar y de las condiciones económicas que se le van a aplicar, realizadas a través de la Confirmaciones, acordar la realización de una operación financiera que se registrará por los términos que se contengan en el CMOF, en sus Anexos y en las Confirmaciones.

En suma, no parece que se pueda predicar del CMOF y de las Confirmaciones que lo desarrollan el carácter de “*sustantividad negocial*” que la Sentencia les atribuye. A lo más que se podría llegar, es a considerarlos como elementos formales (que plasman la voluntad de las partes) dotados de una cierta “singularidad documental”, ya que son dos documentos diferentes, pero de cuya conjunción surge la operación, el negocio, que las partes han querido realizar.

- c. Aspecto procesal. No parece lo habitual que, en caso de que surjan disputas sobre la operación de swap realizada por las partes, se

<sup>23</sup> *Vid.* punto ii. a. anterior.

<sup>24</sup> Aquí no se pueden citar las estipulaciones en donde constan los detalles que se exponen a continuación, pues las Confirmaciones, al no ser un contrato marco (igual para todos los que quieran utilizar sus términos), sino la precisión de las operaciones que al “amparo” de aquel van a realizarse, cambian de banco a banco y pueden tener una confección distinta para cada operación.

<sup>25</sup> Lo que prueba que el cliente puede modificar los términos del CMOF, si el banco estuviese de acuerdo.

<sup>26</sup> Normalmente idéntico al que consta en el CMOF.

<sup>27</sup> En expresión coloquial; bajo el paraguas del CMOF.

realicen dos peticiones diferenciadas (una solicitando la nulidad del swap y otra en demanda de la nulidad de las Confirmaciones).

Teniendo en cuenta que, en la mayoría de los pleitos y procedimientos arbitrales que surgen de las operaciones de swap, el demandante (cliente) solicita la nulidad de los contratos que han servido de base a la operación de este tipo de derivado, por ausencia o error en el consentimiento, debido a que el demandado (banco) no ha cumplido con sus obligaciones en punto a la información que debió de dar al cliente, para que éste pudiese tener un conocimiento completo de los términos y condiciones de la operación y de los riesgos que para él se podían derivar del desarrollo de ésta, no parece tener sentido el solicitar la nulidad del CMOF y no la de las Confirmaciones o viceversa.

Lo que le interesa al demandante es probar la ausencia de información por parte del banco o la falta de adecuación de la proporcionada con las necesidades del cliente, para estar debidamente informado y comprender las repercusiones que para él se podrían derivar de la operación de swap. Sería, pues, peligroso para el demandante pedir la nulidad de sólo uno de los documentos, ya que sería difícil de explicar que sí había recibido información completa, clara y pertinente en relación con la Confirmación y no con el CMOF (o viceversa). Lo que acontece con cierta frecuencia, es que el cliente alega que la información que se le proporcionó sobre la operación no fue la adecuada, pero sin distinguir entre Confirmaciones y CMOF y se ve obligado a pedir la nulidad de todos los documentos en los que se plasmó la voluntad de las partes (porque el consentimiento para acordar la operación de swap estaba viciado por una mala conducta del banco al no dar la información requerida).

Por otro lado, tampoco parece haber dificultades para admitir que se pueda pedir la nulidad de algunas cláusulas de un contrato y no de otras, como acontece cuando en el contrato de compraventa se solicita la nulidad de la cláusula por la que se fija el precio de la cosa vendida, pero no se contesta, por ejemplo, la definición que se hace de la cosa vendida, del objeto del contrato.

En el caso de los swap tampoco habría dificultades para solicitar la nulidad de uno de los documentos contractuales (una Confirmación, por ejemplo) en los que las partes plasman su voluntad, sin solicitar al mismo tiempo la nulidad del otro documento

contractual, sin perjuicio de la falta de efectos prácticos que tal actuación pueda conllevar<sup>28</sup>.

- d. Por lo que respecta al aspecto formal de las operaciones de swap, cuando los documentos en los que se plasma la voluntad de las partes para fijar los términos de dichas operaciones, se han formalizado en documento público, dicha formalización se ha realizado a través de la elevación a una sola escritura pública en la que se recogían el CMOF y, al menos, la primera Confirmación. En el caso de Confirmaciones subsiguientes, éstas podían ser objeto de formalización en otra escritura pública distinta (ya que son de fecha posterior), pero siempre mencionando la escritura pública que contiene el CMOF y que traen causa de dicho contrato (lo que no permite que puedan ser consideradas como contratos independientes de los recogidos en la primera escritura, ni que tienen una sustantividad negocial diferenciada de los mismos).

No parece, pues, que sea la voluntad de las partes formalizar separadamente contratos independientes entre sí, sino dar el rango de documento público a todos aquellos que sirven para plasmar la voluntad de la partes, manifestando la íntima relación que existe entre dichos documentos.

#### IV. Conclusiones

De todo lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- i. No puede considerarse favorable para el desarrollo del arbitraje (como método válido y eficaz para la solución de disputas) que el TS opte por la tesis “débil” a la hora de analizar la eficacia del principio *kompetenz-kompetenz*, sin intentar encontrar un punto intermedio entre las tesis “débil” y “fuerte” relativas a la extensión del examen que el órgano judicial debe hacer de la validez de la cláusula compromisoria (lo que podría haberse conseguido sin demasiado esfuerzo), lo que trae como consecuencia el privar a los árbitros de establecer su propia competencia

<sup>28</sup> *Vid.* párrafos anteriores donde se explica la intención del demandante/cliente de anular toda la operación de swap y no una parte de la misma.

para conocer de las disputas entre las partes, a través del procedimiento por éstas elegido.

Cierto es que los jueces deben examinar la validez de la cláusula arbitral<sup>29</sup>, pero de ahí a investigar la cláusula arbitral hasta sus últimas consecuencias, sin limitarse a la apreciación de aquellas ausencias de validez de la cláusula arbitral que puedan considerarse como relevantes y claramente demostrativas de que, en realidad, no hubo una voluntad de las partes, expresada de forma patente y clara, de someterse a arbitraje, hay un trecho.

- ii. Tampoco ayuda al arbitraje el hecho de que el Tribunal Supremo utilice la regla de interpretación *contra proferentem*, en base a que la cláusula de arbitraje de la Sentencia es “oscura”<sup>30</sup>. Esto implica:
  - Una cierta contradicción de la Sala con otras decisiones emitidas por la misma, en las que no apreciaba “oscuridad” alguna en una cláusula de liquidación de un swap, mucho más complicada que la cláusula arbitral cuyo estudio realiza la Sentencia y más difícil de entender para los clientes bancarios que suscriben estos productos.
  - Si la cláusula sobre la que la Sentencia se pronuncia debe ser calificada de oscura, no parece que ninguna cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión (y el CMOF parece serlo) pueda tener validez, pues raramente se van a encontrar cláusulas arbitrales más claras y que mejor reflejen la voluntad de las partes.

La conclusión de dar una tal amplitud al concepto de “oscura” impedirá a muchas cláusulas arbitrales producir los efectos que las partes esperaban de ellas en el momento de firmar el contrato; que, en caso de surgir disputas entre ellas, dichas disputas fuesen ventiladas en un procedimiento arbitral y no ante la jurisdicción ordinaria.

- iii. Otro punto en el que nuestro Tribunal Supremo también ha escogido la solución menos favorable al arbitraje, es aquel en el que nuestro más alto tribunal atribuye al CMOF y a las Confirmaciones una “*sustanti-*

<sup>29</sup> Entiendo que nadie sostiene que los jueces deben apartarse de examinar la validez de la cláusula arbitral, solamente por el hecho de la existencia de una cláusula en la que se prevea el acudir a un procedimiento arbitral.

<sup>30</sup> Menciones a los artículos 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

*vidad negocial diferenciada*". El resultado (en punto al examen de la validez de la cláusula de arbitraje) es que al entender que el CMOF y las Confirmaciones son "negocios" distintos y al constar la cláusula arbitral en uno y no en el otro, no se aprecia que haya habido una manifestación de voluntad clara y expresa de las partes de someter a arbitraje las disputas que puedan surgir del contrato en el que no se ha incluido la cláusula arbitral (que sí aparece en el otro contrato), sin que el vínculo que pueda existir entre dichos contratos, sea suficiente para entender aplicable la cláusula arbitral a aquel contrato en el que no consta expresamente, en virtud de que los dos contratos son "independientes" o si se prefiere tienen sustantividad negocial diferenciada.

Se ha visto a través de estos comentarios que, si bien el CMOF debe considerarse como un contrato marco, que precisa de las Confirmaciones para precisar la operación a realizar y que éstas han sido utilizadas, raramente, como único apoyo de la realización de operaciones de swap, el propio CMOF contempla que las Confirmaciones (que deben mencionar el CMOF al que se refieren) se "ampan" en sus términos, es decir les presta apoyo para que las mencionadas Confirmaciones puedan desplegar todos sus efectos.

Si quizás, en el caso del CMOF y las Confirmaciones, no se pueda hablar de una "única sustantividad negocial", sí se puede llegar a la conclusión de que ambos contratos no viven vidas separadas, sino que, al contrario, gozan de una profunda ligazón, que impide que puedan ser considerados como contratos enteramente independientes.

Madrid, agosto de 2017