

CONTROL JUDICIAL DE LA VALIDEZ DEL CONVENIO
ARBITRAL EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN: SENTENCIA
NÚM. 409/2017 DE 27 DE JUNIO DEL TRIBUNAL SUPREMO*

ARBITRATION AGREEMENT AND STANDARD FORM
CONTRACTS: JUDGEMENT NUMBER 409/2017 OF 27TH JUNE
OF THE SPANISH SUPREME COURT

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho procesal
Universidad de Valencia*

PABLO QUINZÁ REDONDO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 31.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4135>

Resumen: La sentencia núm. 409/2017 del Tribunal Supremo aborda la posible aplicación de un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión en un asunto sobre la nulidad de contratos financieros SWAP y PUT. En particular, se aborda el alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral, así como las propias cuestiones cubiertas por el mismo.

Palabras clave: arbitraje, contratos de adhesión, convenio arbitral.

Abstract: Judgment number 408/2017 of the Spanish Supreme Court deals with the potential application of an arbitration agreement in the case of a standard form contract. In particular, it focuses on the jurisdiction of the judge to interpret the arbitration agreement and on the questions that are covered by the arbitration agreement itself.

Keywords: arbitration, standard form contract, arbitration agreement.

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de los hechos y de los fallos de las sentencias de instancias anteriores. III. Cuestiones jurídicas controvertidas. 1. El alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral. 2. Cuestiones cubiertas por el convenio arbitral. IV. Reflexión final.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO 2016-74945R (Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia) y Grupo de investigación en mediación y arbitraje (MEDARB) (Proyecto GVA Prometeo II 2014/081 y MICINN DER 2013-44749-R).

I. Introducción

1. El 27 de julio de 2017 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó la sentencia núm. 409/2017¹ por la que declaraba que un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión necesita, para su efectivo cumplimiento, que conste la voluntad “explícita, clara, determinante e inequívoca” del adherente de querer someter los litigios en cuestión a arbitraje. El Tribunal Supremo viene así a confirmar las sentencias dictadas en primera y segunda instancia en un litigio en el que el demandante había acudido a la jurisdicción ordinaria para solicitar la nulidad de sendos contratos de derivados financieros con la modalidad SWAP y PUT, mientras que el demandado consideraba que tales cuestiones debían someterse a arbitraje, al haberse así dispuesto en el convenio arbitral contenido en el contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

2. La sentencia en cuestión aborda específicamente la potencial aplicación de la cláusula arbitral en un contrato de adhesión respecto de contratos diferenciados y con entidad propia al CMOF, como son los contratos SWAP y PUT, respecto de los que se solicita su anulación por vicios del consentimiento. Pero empecemos por resumir los hechos así como los fallos de las sentencias de instancias anteriores (II) para después abordar las cuestiones jurídicas más controvertidas, como son el alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral y el alcance de la propia cláusula de sumisión a arbitraje respecto de las materias que han sido sometidas –o no– a este mecanismo de resolución de conflictos², para concluir con una reflexión final (IV) a tenor de lo establecido por el Tribunal Supremo.

II. Descripción de los hechos y de los fallos de las sentencias de instancias anteriores

3. El litigio en cuestión enfrentaba a la empresa Agrumexport, S.A. (demandante) y al Banco Popular, S.A. (demandado) al solicitar el primero de ellos la nulidad de sendos contratos financieros de SWAP y PUT –con carácter alternativo y subsidiario, únicamente la modalidad del contrato PUT– por concurrir vicios del consentimiento derivados de la falta de información detallada respecto de los riesgos asociados a dichas operaciones, dejándose pues sin efecto todas las posibles deudas o cargos a favor del Banco Popular. La demanda fue presentada en Mayo de 2010 ante el Juzgado de Primera instancia de Murcia. Por su parte, el Banco Popular planteó declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, toda vez que el convenio arbitral establecía que “toda controversia o conflicto que se derive del presente contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá a arbitraje”. Dicha declinatoria fue desestimada, dictándose finalmente sentencia en primera instancia, en junio de 2013, en la que se estimó parcialmente la demanda de Agrumexport, al declararse únicamente la nulidad del contrato PUT.

4. Como es lógico, el Banco Popular recurrió dicha sentencia en apelación impugnando la desestimación de la declinatoria. La Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de julio de 2014³, estableció expresamente, respecto de los contratos financieros de SWAP y PUT, que “la acción nuclear ejercida en el escrito de demanda es la nulidad...de manera que no cabe considerar que este punto hubiera sido objeto de sumisión a arbitraje...”, es decir, se diferenció claramente la interpretación, cumplimiento y ejecución del CMOF –cuestiones todas ellas que las partes habían pactado someter a arbitraje– de las cuestiones relativas a la validez de los contratos financieros SWAP y PUT, a las que no hacía referencia el convenio arbitral y, por tanto, no podían entenderse incluidas como materia objeto del arbitraje. Res-

¹ Sentencia núm. 409/2017 de 27 junio. RJ 2017\3021.

² F.G PROL PÉREZ destaca el reconocimiento que realiza el Tribunal Supremo en esta sentencia de la validez del arbitraje como método de solución de disputas, criticando, a su vez, que algunos tribunales se hayan referido al arbitraje en términos no tan halagüeños, como por ejemplo el TSJ de Madrid, en su sentencia 63/2015 de 15 de septiembre, donde señala que “la decisión de someterse a arbitraje limita el derecho a la tutela judicial efectiva”. F.G PROL PÉREZ, “La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)”, *Diario La Ley*, núm. 9070, Sección Tribuna, 27 de Octubre de 2017.

³ Sentencia núm. 302/2014 de 7 julio. JUR 2015\4043.

pecto de los productos financieros, la Audiencia Provincial recordó que la demandante es una empresa dedicada a la producción de zumos naturales para la exportación, no familiarizada con los productos financieros, por lo que pese a no poder ser calificada como consumidor⁴ de conformidad con el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido para la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios⁵, debía haber contado con una mayor asistencia por parte del Banco Popular, en el sentido de haberle proporcionado esta última información detallada y suficiente sobre los posibles riesgos y beneficios de los productos que contrataba, cosa que no tuvo lugar. La Audiencia Provincial, por tanto, confirmó la sentencia dictada en primera instancia, recalcando la existencia de un vicio del consentimiento derivado, precisamente, de dicha desinformación.

III. Cuestiones jurídicas controvertidas

5. Una vez descritos los hechos y habiendo hecho referencia a los fallos de las sentencias de primera y segunda instancia, es turno de analizar la sentencia del Tribunal Supremo. Para ello, tal y como distingue el propio tribunal se abordará, por un lado, el alcance del análisis que el juez ordinario puede hacer del convenio arbitral (1) y por otro, si el acuerdo de sumisión a arbitraje incluye la materia objeto de la controversia (2).

1. El alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral

6. Una de las primeras cuestiones que se plantean en la sentencia es la problemática de hasta qué punto y con qué profundidad pueden los órganos jurisdiccionales realizar un enjuiciamiento sobre el convenio arbitral en el sentido de si únicamente deben comprobar la existencia de tal convenio –para, en su caso, estimar la declinatoria– o si, por el contrario, no siendo éste válido, eficaz o aplicable –es decir, realizándose una valoración completa del mismo–, puede un juez rechazar la declinatoria y continuar conociendo del proceso sin que el propio árbitro haya decidido sobre su propia competencia. Para ello, el Banco Popular pone en liza el art. 11 de la Ley de Arbitraje y los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, referentes a la obligación de las partes de acudir a arbitraje si así lo han acordado en el convenio arbitral y la necesidad de plantear declinatoria si una de las partes hubiera acudido a la vía judicial, así como el art. 22 de la también Ley de arbitraje, que establece expresamente que los árbitros estarán facultados para “decidir sobre su propia competencia” (regla que la doctrina ha bautizado con la denominación alemana de principio *Kompetenz-Kompetenz*) así como respecto de la existencia o validez del convenio arbitral. Al respecto de este último aspecto, la Audiencia Provincial de Ciudad Real confirma que la posible declaración de nulidad de un convenio por su invalidez o inexistencia, no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral, pues éste es independiente del resto de estipulaciones del contrato⁶. Ello conlleva que el contrato podría subsistir sin el convenio arbitral. Y viceversa, un convenio arbitral puede considerarse válido aun cuando el contrato en el que estuviera inserto hubiera sido declarado nulo.

⁴ “Téngase en cuenta que una sociedad mercantil actúa en el marco de su actividad empresarial no solo cuando lleva a cabo los actos propios de su objeto social, sino también cuando desarrolla otras conductas cuya finalidad es propiciar tales actos, ya sea para establecerse, para aprovisionarse, para contratar personal o para financiarse” (SSTS, Sala primera, de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 1223), F.D. 2º y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 2008, 472), F.D. 7º).

⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁶ El TSJ de Cataluña, en el FJ 5º de su sentencia 26/2013, de 4 de abril, (RJ 2013\6382), alude al tratamiento y protección que debe otorgarse a un consumidor y a un profesional, pues si bien es cierto que los consumidores tienen un mayor grado de protección contra las cláusulas abusivas en los términos establecidos en el art. 82.1 TRLGDCU, puede existir una situación de desigualdad notoria entre no consumidores –profesionales y empresas– como consecuencia del abuso de posición de dominio de la entidad de crédito. En consecuencia, trae a colación la Exposición de Motivos de la LCGC, donde se establece que la protección de la igualdad de los contratantes es “presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales”, además de “uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”. Por ello, con independencia de la calidad de consumidor o profesional, ambos deben quedar protegidos por el ordenamiento contra cualquier posible abuso derivado de un contrato de adhesión. En la misma línea encontramos la SAP de Madrid, 4 de junio, F.J. 4º (JUR/2008/212147).

⁶ SAP Ciudad Real (Sección 2ª), 30 de junio (JUR/2017/218275), F.J. 8º.

7. Por tanto, el art. 22 de la Ley de arbitraje desarrolla la alegación de las excepciones, con la finalidad obvia de evitar que el arbitraje se desarrolle con vicios que posteriormente desemboquen en la anulación no solo del laudo sino también del proceso y, por ende, se frustre la eficacia del propio arbitraje⁷. En este sentido, iniciado un procedimiento arbitral, los árbitros son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, siendo que su propia decisión solamente puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, de conformidad con el art. 41 de la Ley de arbitraje. *Sensu contrario*, iniciado un proceso judicial, el juez no puede apreciar de oficio su falta de jurisdicción, pues ésta debe plantearse mediante declinatoria basada en la existencia de un convenio arbitral⁸.

8. Para resolver dicha cuestión, el Tribunal Supremo reflexiona acerca de las posibles interpretaciones sobre la “competencia para decidir sobre la propia competencia”, que constituyen, en esencia, la clave de la cuestión. Así, por un lado, de acuerdo con la “tesis fuerte”, la mera existencia de un convenio arbitral debe llevar aparejada la consecuente estimación de la declinatoria, y la vía judicial solo entrará de nuevo en juego, en su caso, cuando los propios árbitros decidan sobre su propia (in)competencia a tenor de dicho convenio. En la “tesis débil”, sin embargo, se entiende que el juez puede realizar un análisis más profundo sobre la posible invalidez, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral y dándose alguna de dichas circunstancias, deberá entonces rechazar la declinatoria para entrar, correlativamente, a resolver el fondo de la cuestión.

9. Esta última tesis es la seguida por el Tribunal Supremo y sobre la que precisamente se cimienta la resolución que se está analizando: se entiende que el convenio arbitral no cubre la disputa en cuestión –a ella haremos referencia en el epígrafe siguiente– y, por ello, resulta perfectamente lógica la desestimación de la declinatoria y posterior resolución del fondo del asunto. ¿Qué argumentos da el Tribunal Supremo para justificar su preferencia por la “tesis débil”? Lejos de ofrecer un listado de argumentos –más allá de indicar que, si el legislador así lo hubiera deseado, habría mostrado su inclinación por la “tesis fuerte” en la ley española de arbitraje– se hace referencia a diversa normativa internacional reguladora del arbitraje para evidenciar la preferencia respecto del enjuiciamiento previo por parte del juez en relación con la validez, eficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral: el art. II.3 de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, el art. 8.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985 y el Reglamento 1215/12012 (Reglamento Bruselas I *bis*), que aunque no incluye en su ámbito de aplicación material el arbitraje, sí hace referencia al mismo en el art. 1.2.c). En efecto, tanto el Convenio de Nueva York como el Reglamento permiten al órgano judicial –del país en el que se trata de hacer valer el convenio arbitral o el competente, respectivamente–, comprobar si el acuerdo que da origen al arbitraje es “nulo, ineficaz o inaplicable”.

10. En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el juez ha de realizar un análisis global respecto de la validez, eficacia y aplicación del convenio arbitral para estimar o desestimar la declinatoria y, en su caso, continuar resolviendo el asunto. Es por ello que resulta pertinente plantearse, es decir, qué cuestiones se entendían cubiertas por el convenio arbitral que concluyeron ambas partes.

2. Cuestiones cubiertas por el convenio arbitral

11. Como acabamos de indicar, la segunda cuestión controvertida analizada por el Tribunal Supremo es la interpretación del convenio arbitral, que disponía expresamente “Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de equidad”.

⁷ V. GUZMÁN FLUJA, “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en S. BARONA VILAR, (ed.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 806. El autor prosigue en las páginas 810-814 a analizar en profundidad el significado y alcance de este principio *Kompetenz-Kompetenz*.

⁸ M. F. VÁSQUEZ PALMA, “Comprensión del principio “Competencia-Competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral o ineficacia del acuerdo arbitral”, *Revista chilena de Derecho Privado*, núm. 15, 2010, p. 182 y M. GÓMEZ GENE, *El arbitraje internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000, p. 104.

12. De acuerdo con el Banco Popular, dicho convenio debía aplicarse a la materia objeto de la controversia por dos motivos. Primero, porque los contratos cuya nulidad ha sido solicitada (SWAP y PUT) son contratos concertados en ejecución del CMOF, cuestión esta última (“la ejecución”) incluida en la cláusula de sumisión a arbitraje. En segundo lugar, con carácter general, debido al efecto “onmi-comprendido” y “expansivo” del convenio arbitral, tanto porque el convenio arbitral se refiere a “Toda controversia o conflicto...”, como porque, de acuerdo con cierto sector jurisprudencial, la sumisión a arbitraje puede extenderse a cuestiones relacionadas con la eficacia del acuerdo cuando el pacto inicial se limitaba a su interpretación o cumplimiento. En ambos casos se toma como referencia el art. 1284 Cc, referente a la interpretación del negocio en cuestión –en este caso, el convenio arbitral–, de manera que éste produzca efecto, y se rehúsa la aplicación del art. 1288 Cc, sobre la interpretación de cláusulas oscuras. Ambos motivos son desestimados de forma rotunda por el Tribunal Supremo, de una manera entrelazada y poniendo el énfasis en una de las características esenciales del arbitraje como es la voluntariedad de las –ambas– partes.

13. Así, en primer lugar, se resalta la importancia de que el convenio arbitral no fue incluido como resultado de la negociación de las partes, sino propuesto por una de ellas y aceptado por la otra, es decir, contenido en un contrato de adhesión. Ello no resulta, desde luego, baladí. En este sentido, de acuerdo con el art. 9.2 de la Ley de Arbitraje “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”, a lo que cabe añadir también, las normas generales de la contratación. De la normativa sobre condiciones generales de la contratación, recogida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación⁹ no se desprende la inadmisibilidad de las cláusulas de sumisión a arbitraje en los contratos de adhesión, ni aquellos celebrados con profesionales o empresarios ni tampoco aquellos formalizados con consumidores, siempre y cuando no haya una imposición del arbitraje con exclusión de la vía jurisdiccional, pues ello sería contrario a la esencia del arbitraje, además de suponer una vulneración del art. 24.1 CE¹⁰, pudiendo ser dicha cláusula declarada nula por abusiva¹¹. Por tanto, el art. 9.2 de la Ley de arbitraje debe ser completado con las exigencias formales establecidas en los arts. 5 y 7 de la LCGC de la cláusula de sumisión, cuya redacción debería integrar, de forma completa y bajo criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, los elementos esenciales que el adherente deba conocer, con la finalidad de que la propia redacción no pueda ser tildada de ilegible, ambigua, oscura o incomprensible.

14. Es aquí donde el art. 1288 Cc entra en escena. Un artículo que, sorprendentemente, menciona el Banco Popular a su favor, pero que en realidad debe ser interpretado de manera opuesta: fue él mismo quien introdujo/propuso tal cláusula, quien de haber “oscuridad” alguna la provocó, por lo que la interpretación del convenio arbitral no debería favorecerle a él. Pero además, el hecho de que se trate de un convenio arbitral contenido en contrato de adhesión y no en un contrato concluido por negociación de ambas partes implica, como el Tribunal Supremo indica en la sentencia que “...la interpretación elástica del convenio arbitral (en los contratos de adhesión)...no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje...de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción”.

15. En suma, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que aúna el criterio contenido en el art. 1288 CC con el art. 6.2 LCGC –establecido en idéntico sentido–, permite confirmar que el Tribunal basa su argumentación en el principio de interpretación del consentimiento *contra proferentem*, en lugar de los principios de la buena fe y de interpretación efectiva¹².

⁹ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

¹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre de 1995 (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995), FJ. 3º.

¹¹ SAP de Valencia, 3 de octubre de 2005 (AC 2005\1914), F.D. 2º.

¹² Sobre estos principios, véase, M. GÓMEZ GENE, “El Convenio Arbitral: Statu Quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2017, vol. 9, núm. 2, p. 10

16. La siguiente cuestión relevante se refiere a si del contenido literal del convenio arbitral puede inferirse que se incluye la nulidad de los contratos financieros SWAP y PUT. Así, mientras que el Banco Popular argumenta la estrecha relación entre dichos contratos y el CMOF, lo cierto es que el Tribunal Supremo insiste –pese a no negar tampoco la reglamentación común del CMOF respecto de las cuestiones no incluidas específicamente en los SWAP y PUT– en su “sustantividad negocial diferenciada”, en el sentido de que para haber sometido a arbitraje la nulidad de dichos contratos, debía haberse pactado nueva y expresamente tal sometimiento. Así pues, el hecho de que el CMOF quede sujeto a arbitraje no conlleva ni implica que los demás contratos que puedan derivarse del mismo también lo hagan, pues el arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes, por lo que resulta cuanto menos obvio que éstas deban pactarlo expresamente y que su voluntad quede recogida de forma clara, especialmente cuando estamos ante contratos de adhesión¹³.

17. El carácter individualizado de tal cuestión se justifica por el Tribunal Supremo de la siguiente manera: por un lado, resulta perfectamente posible, como es el caso, que se declare la nulidad del contrato financiero SWAP y CMOF y, por otro, es importante destacar que este último también posee un contenido propio y diferenciado respecto de los contratos financieros a que estamos haciendo mención. Lo anterior justifica que tampoco pueda ser aceptado el argumento introducido por el Banco Popular respecto del art. 1284 Cc, pues no se está pretendiendo dejar sin efecto el convenio arbitral, sino limitar su aplicación a aquellas controversias que se entiende que el adherente aceptó claramente.

18. En definitiva, el Tribunal Supremo, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 136/2010, de 2 de diciembre¹⁴, consideró que el convenio arbitral no abarcaba la nulidad de los contratos financieros de productos SWAP y PUT, tanto porque del tenor literal de tal convenio no se desprendería una voluntad “explícita, clara, terminante e inequívoca” de querer someter a arbitraje tales cuestiones, como porque tratándose de un contrato de adhesión el “efecto expansivo” del convenio arbitral debía ser entendido de manera limitada, esto es, no incluyendo cuestiones distintas –a la interpretación, cumplimiento y ejecución del CMOF– a las expresamente contempladas en el propio convenio arbitral y, por ende, aceptadas por ambas partes.

IV. Reflexión final

19. La sentencia que acabamos de analizar pone en tensión uno de los principios esenciales del arbitraje respecto de un contrato en particular. Así, el binomio voluntariedad-contratos de adhesión manifiesta ciertas dificultades prácticas derivadas, por un lado, de la necesidad de que las partes acepten someterse a arbitraje y, por otro, de las singularidades propias de los contratos que son dispuestos por una de las partes y aceptados por la otra. Así, en los contratos de adhesión no puede darse por hecho y aceptar la interpretación elástica o expansiva del convenio arbitral, en el sentido de abarcar no solo aquellas cuestiones claramente pactadas –como son su interpretación o cumplimiento– sino también aquellas

¹³ En contra de la doctrina jurisprudencial por la que se entiende que el CMOF y los contratos de SWAP y PUT pueden entenderse contratos separados e individuales, se sitúa PROL PÉREZ, afirmando que “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”, añadiendo que “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. (...) todo parece indicar que las partes (...) pretenden con esta atribución, que se establezca la conjunción 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”. Por tanto, considera que las partes no estaban firmando operaciones distintas, no llegando a entender esta “sustantividad negocial diferenciada” que establece el Tribunal Supremo, considerando que en todo caso existiría una “singularidad documental”. F. G. PROL PÉREZ, “La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF)”, *op. cit.*

¹⁴ Precisamente, el FJ 2º de la sentencia establece que el carácter irrenunciable e indisponible del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 de la Constitución, no excluye la posibilidad de una renuncia voluntaria y transitoria del ejercicio de las acciones en sede judicial, siempre y cuando dicha renuncia se haga de manera “explícita, clara, terminante e inequívoca”.

intrínsecamente relacionadas –como es, por ejemplo, su eficacia–, dado que este tipo de contratos requiere, más si aún cabe, que sea evidente y manifiesta la voluntad de ambas partes de querer someterse a dicho mecanismo de resolución de conflictos. En este sentido, consideramos que el Tribunal Supremo ha resuelto acertadamente la controversia posicionándose a favor de Agrumexport, ya que del tenor literal del convenio arbitral no podía inferirse una voluntad de sometimiento a arbitraje respecto de la nulidad de los contratos financieros SWAP y PUT.

20. Sin embargo, las bondades de la sentencia se acompañan de algunos aspectos que, quizás, podrían haberse abordado de manera distinta o más profunda. Así, por ejemplo, consideramos que hubiera sido conveniente analizar con mayor detalle la relación, desde un punto de vista sustantivo, entre el CMOF y los contratos financieros SWAP y PUT, ya que pese a que el Tribunal Supremo afirma con rotundidad que todo ellos son perfectamente individualizables, lo cierto es que ambos –CMOF por un lado y SWAP y PUT, por otro–, presentan una “regulación contractual común”, como expresamente se indica en la sentencia. Es cierto que lo que solicita Agrumexport es la nulidad y no la “interpretación, cumplimiento y ejecución” y, por tanto, resulta relativamente claro que tal cuestión no se encontraba cubierta por la clausula de sumisión a arbitraje, aunque consideramos que una mayor distinción de ambos contratos habría enriquecido, todavía más, la posición del Tribunal Supremo.

21. En último lugar, finalizaremos por donde hemos comenzado: ¿puede un juez realizar un enjuiciamiento detallado respecto de la invalidez, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral para, dándose alguna de dichas circunstancias, rechazar la declinatoria y continuar con el proceso? La respuesta a dicha cuestión constituye también uno de los aspectos que más controversia puede generar. Así, pese a que la normativa internacional en la materia parece inclinarse por la “tesis débil”, el encaje con el contenido del art. 22 de la Ley arbitraje no termina de perfilarse. Por tanto, aunque en el Fundamento de Derecho III, punto 7, se indique que “lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral... los árbitros... son competentes para pronunciarse sobre sus propia competencia”, lo cierto es que ello solo tendrá lugar si, previamente, una de las partes no ha iniciado un proceso judicial, pues de ser así, ya hemos visto que el juez ordinario puede realizar una valoración global respecto del convenio arbitral para, de no ser éste aplicable, entrar a conocer del asunto.

22. En conclusión, nos encontramos con una sentencia de una calidad notable en términos generales respecto de su fundamentación jurídica, pero que podría haber desarrollado con más detenimiento algunas cuestiones para justificar, todavía más, la no extensión de la clausula arbitral contenida en el contrato de adhesión al objeto de la controversia.