

Las pymes ganan la batalla de los 'swaps' también en el arbitraje

Se generaliza el patrón de que la Justicia anule laudos favorables a la banca que entran a juzgar el fondo del asunto, con lo que las pymes salen victoriosas de todas sus vías de reclamación contra las entidades.

Mercedes Serraller. Madrid

La batalla entre la banca y las pymes por los *swaps* se decanta con claridad del lado de las pequeñas empresas. Las pymes ganan cerca del 90% de los pleitos en los tribunales y ahora ya consiguen también salir victoriosas del arbitraje, vía tradicionalmente favorable a las entidades financieras. El pasado 10 de abril, EXPANSIÓN adelantó una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) que anulaba un laudo favorable a la banca y no lo hacía por un motivo formal, como es preceptivo, sino que entró en el fondo del asunto. Este patrón se está generalizando y ya son varias las sentencias en esta línea a las que ha accedido este diario.

Este fallo causó conmoción en el sector del arbitraje, que temía que este fallo dañara la reputación de España y de la Corte de Arbitraje de Madrid como sede de arbitrajes, temor que se está viendo refrendado por la acumulación de fallos contrarios a la banca que está dictando el TSJM.

El primer caso atañía a una pyme de hostelería que renegó con BBVA y que alegó que no había sido informada de los riesgos. El laudo fue favorable al banco, pero el TSJ lo anuló porque entendía que atenta contra el "orden público económico". A partir de entonces, el TSJ ha dictado varias sentencias



Protesta de afectados por las preferentes.

con el mismo argumentario para casos muy parecidos. Tres de ellas tratan de *swaps* de BBVA que los expertos consideran "sencillos" y han conseguido la unanimidad del tribunal. Una cuarta afecta a Banco Popular, sobre un *swap* complejo y ha tenido un voto particular contrario (ver informaciones adjuntas).

Además, el TSJM afirma en sus fallos que la motivación de los laudos es arbitraria porque asegura que un producto financiero de estas características no era "complejo", cuan-

BBVA ejercerá las acciones legales que aún resultan viables conforme al marco constitucional

Estas sentencias podrían provocar que no se deriven los conflictos de pymes hacia el arbitraje

do existe una previsión legal que obliga a considerar estos *swaps* como productos complejos y acusa al laudo de no haber tenido en cuenta que no se realizó el test de idoneidad al cliente y de que no se le informó de los riesgos del producto. También afea que no se diera cuenta de que el banco realizó no sólo una labor comercializadora, sino de asesoramiento.

Desde el sector del arbitraje señalan que la anulación por infracción del orden público se reserva a casos que violan

La Jurisprudencia que cita el TSJ

● El TSJ se basa en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 "para delimitar el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos. Lo relevante no es tanto la evaluación de la conveniencia de la operación como si tenía un conocimiento suficiente del producto y de los riesgos".

● Cita del fallo Tribunal de la UE de 30 de mayo de 2013: "Tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un 'swap' por la entidad financiera... que se presente como conveniente para el cliente".

derechos fundamentales. Según el TSJ, "comprende tanto la tutela de los derechos fundamentales como, por imperativo incluso del Derecho de la UE, del orden público económico", en el que se incluyen reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección".

Los asesores de las pymes recurrentes consideran que las sentencias son positivas para quienes tienen contratos de productos financieros so-

SESGO

La banca tiende a proponer árbitros que cree que le son favorables y son muchos los árbitros especializados en casos de 'swaps' de minoristas.

metidos a arbitraje.

Fuentes del sector apuntan a que estas sentencias podrían provocar que los conflictos de *swaps* en los que el cliente sea una pyme no se deriven hacia el arbitraje ya que, en último término, las pymes están desprotegidas frente a las entidades, lo que ha llevado al tribunal a entrar en el fondo del asunto como intento de reequilibrar fuerzas. Este desequilibrio se produciría, además, añaden las mismas fuentes, porque la banca tiende a proponer árbitros que cree que le son favorables y son muchos los árbitros especializados en casos de *swaps*.

Fuentes de BBVA apuntan que "el Tribunal ha penetrado en un terreno que la Ley reserva en exclusiva al arbitraje y lo ha hecho hasta un grado en que, si se generalizan este tipo de pronunciamientos, pudiéramos estar asistiendo al final de la institución arbitral en nuestro país". BBVA ejercerá las acciones legales que aún resultan viables conforme al marco constitucional español.

Manuel Conthe, árbitro independiente y presidente del Consejo Editorial de EXPANSIÓN y *Actualidad Económica*, recuerda que ha participado como árbitro en seis arbitrajes sobre *swaps* y que en ninguno fue designado por el banco. Cree que las sentencias que está dictando el TSJM se extralimitan.

La primera sentencia que abrió la veda

El TSJ de Madrid anuló por primera vez un laudo, favorable a BBVA, porque entendía que vulneraba el orden público económico. Una pyme, a la que asesoró Jausas, impulsó la renovación del contrato y BBVA le ofreció suscribir un 'swap'. La empresa esgrimió que creyó que estaba contratando un seguro, que podría cancelar con libertad, que no entendió la permuta, que BBVA no le dio información completa y que le asesoró sin hacerle un test de idoneidad. El TSJ anula el laudo porque cree que viola derechos fundamentales, como el "orden público económico, en el que se incluyen reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección".

El TSJ mantiene su doctrina

La segunda sentencia del TSJ reitera los argumentos de la primera. Apunta que el propio laudo reconoce que no se hizo debidamente el test de idoneidad y no argumenta su afirmación de que la pyme conocía la normativa. En lo que respecta al orden público económico, establece: "No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público sino que la infracción de norma imperativa, cuando afecta a principios constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral".

Sigue la tendencia contra los laudos

El TSJM volvió a dictar una sentencia que anula un laudo de la Corte de Arbitraje de Madrid favorable a BBVA. La sentencia reitera que el orden público comprende también el orden público económico, esto es, que se aplica a los clientes minoristas como esta pyme, a la que asesora Zaballos Abogados. Censura a BBVA que no hizo el "test de idoneidad". No obstante, de las declaraciones testimoniales el Tribunal arbitral dedujo que la pyme sí había entendido el producto y no padeció error esencial. El laudo aplica la sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2014, que establece que la no realización del test de idoneidad permite presumir que el cliente padeció error esencial sobre el 'swap', salvo que quede acreditado por otra vía que sí lo tenía.

Caso del Popular, con voto particular

El TSJ anula un laudo favorable al Banco Popular que había rechazado la pretensión de una pyme de que se declarara nulo un 'swap' con 'put', es decir, un producto complejo, por un error en el consentimiento de la pyme, a la que asesora Ramón C. Pelayo Abogados. A pesar de las críticas del sector arbitral, la sentencia reitera que el laudo viola el orden público económico. Contiene, por primera vez, un voto particular discrepante del presidente del TSJ de Madrid, Francisco Javier Vieira. Sostiene que, aunque se reputara equivocada la motivación del laudo, ello no era suficiente para anularlo, pues la función del TSJ al conocer la acción de anulación es muy limitada y no puede asimilarse al recurso de apelación.