**Roj:** STSJ M 12653/2015 - **ECLI:**ES:TSJM:2015:12653
**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
**Sede:** Madrid
**Sección:** 1
**Nº de Recurso:** 70/2014
**Nº de Resolución:** 74/2015
**Fecha de Resolución:** 23/10/2015
**Procedimiento:** CIVIL
**Ponente:** JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

***Cuestión:***

*Arbitraje, demanda de anulación de laudo arbitral sobre nulidad de contratos swap. Examen de oficio de la vulneración del orden público constatable en el laudo, motivación arbitraria e infracción de normas imperativas inherentes a la buena fe contractual.*

---

**Resumen:**

Ejercitada en la demanda acción de anulación del laudo dictado en procedimiento administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid que desestimó la nulidad de los contratos de confirmación de swap instada por la actora frente a BBVA, el TSJ, con el voto particular de disentimiento de su Presidente, estima la demanda y anula el laudo arbitral impugnado. Aunque la Sala desestima el único motivo de anulación aducido en relación a los árbitros actuantes, entra a examinar de oficio la posible vulneración del orden público en el laudo, apreciando dicha infracción con la consecuencia anulatoria inherente a ella. Razona la Sala que el laudo descansa sobre la infracción patente de normas imperativas que, en tanto que tuitivas del principio general de buena fe, se integran en el orden público contractual y son de inexcusable observancia, de un lado, un error grosero de calificación sobre los deberes de información de BBVA al no realizar los tests de idoneidad ni de conveniencia, dando por buena la omisión de la información precisa sobre costes y riesgos de la operación, de otro lado, la consideración errada, de que el contratado no era complejo y finalmente, la inferencia irrazonable o arbitraria que sobre el conocimiento del producto tenían los contratantes sin asentar esa presunción sobre hechos-base o indicios de inexcusable observancia, dando lugar así a una motivación arbitraria vulneradora del orden público.

---

**Encabezamiento**

**Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934929,914934977

31001590

NIG: 28.079.00.2-2014/0103708

**Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 70/2014**

**Demandante: GORI TRANSBUR, S.L.**

Procuradora: Dª María Concepción del Rey Estévez.

**Demandado** : **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**

Procuradora: Dª Ana Llorens Pardo.

**SENTENCIA Nº 74/2015**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Francisco Javier Vieira Morante**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García**

**Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a 23 de octubre del dos mil quince.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El 25 de julio de 2014 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª María Concepción del Rey Estévez, en nombre y representación de GORI TRANSBUR, S.L., ejercitando, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (en adelante, BBVA), acción de anulación del laudo arbitral de 12 de junio de 2014, dictado por el colegio integrado por D. Juan de la Cruz Ferrer (Presidente), D. Antonio Fernández de Buján y Fernández y D. Luis Martín Cubillo, en el procedimiento arbitral nº 2490, administrado por la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID.

**SEGUNDO** .- Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 23 de septiembre de 2014 y realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Ana Llorens Pardo, presentó contestación a la demanda mediante escrito de fecha 16 de enero de 2015, registrado en este Tribunal el mismo día.

**TERCERO.-** Por Diligencia de Ordenación de 13 de febrero de 2015 se tiene por comparecida a la demandada y por contestada en tiempo y forma la demanda, dando traslado de la contestación a la parte demandante para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba (DIOR 24.3.2015).

La representación de GORI TRANSBUR, S.L., presentó escrito el siguiente día 14 de abril en que acompaña documentos adicionales y propone práctica de prueba.

En concreto, adjunta texto de tres correos electrónicos remitidos por D. Rafael Retuerta -de la Corte de Arbitraje de Madrid- a las representaciones técnicas de GORI TRANSBUR y BBVA de fechas 6 de noviembre, 7 y 8 de octubre de 2013 -docs. núms. 1, 2 y

3, respectivamente. Como prueba adicional, se propone la remisión de atento oficio a la Secretaría de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, c/ Ribera del Loira, 56-58, 28042, MADRID, a fin de que esa Secretaría General proceda a lo siguiente:

1º) Remitir, testimoniada, toda la documentación, incluidos correos electrónicos habidos, correspondiente a la solicitud de arbitraje de Derecho presentada con fecha 23/09/2013, a las 12:21',46'', al nº de registro de entrada 1015/RG 2821.

2º) Expedir certificado sobre documento remitido por D. Rafael Retuerta Jurado a D. Benedicto Gutiérrez Peña, que contiene listado de árbitros expertos en Derecho financiero y bancario, obrante en el expediente.

**CUARTO** .- Por Diligencia de Ordenación de 23 de abril de 2015 se acordó dar cuenta al Magistrado Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

**QUINTO** .- Por Auto de fecha 6 de mayo de 2015, la Sala acordó: 1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba; 2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada por las partes a sus escritos de demanda y contestación; 3º. No admitir el resto de las pruebas propuestas; 4º. No haber lugar a la celebración de vista pública. 5º Señalar para el inicio de la deliberación el día 26 de mayo de 2015.

**SEXTO** .-Esta Sala dictó la Sentencia nº 45/2015, de 26 de mayo, en los autos referenciados, estimando la demanda de anulación de anulación de Laudo formulada por GORI TRANSBUR, S.L., por infracción del orden público, que aprecia de oficio, al amparo del art. 41.2 LA.

**SÉPTIMO** .- Mediante escrito de fecha 3 de julio de 2015, presentado ante esta Sala el mismo día 3, la representación de BBVA interpone incidente de nulidad de actuaciones contra la referida Sentencia por vulneración delart. 24.1 CE, que articula en los siguientes motivos, resumidamente expuestos: a) No respetar las exigencias de que la motivación sea razonable y no arbitraria; b) El Tribunal no habría resuelto dentro de los límites de su jurisdicción y competencia que, en el caso de la acción de anulación del laudo, no alcanzaría a la revisión del fondo de la decisión adoptada, a la valoración de la prueba, ni a la suficiencia de motivación del laudo; c) Vulneración de la intangibilidad del laudo al ser revisado por causas distintas de las taxativamente establecidas; y d) Vulneración del derecho de defensa al introducir la Sentencia una causa de anulación del laudo sin dar a las partes la opción de pronunciarse sobre su concurrencia.

**OCTAVO.-** Admitido a trámite el incidente de nulidad con traslado para alegaciones, por cinco días, a la representación procesal de GORI TRANSBUR, S.L. (DIOR 8.07.2015), ésta, por escrito de 18 de julio de 2015 -registrado en este Tribunal el siguiente día 21-, se opone a los motivos de anulación esgrimidos de contrario. En síntesis, considera que la Sentencia es razonada y razonable, sin que su motivación pueda ser tachada de arbitraria; que el Tribunal ha actuado dentro de los límites de su jurisdicción y competencia, sin lesión alguna de la intangibilidad del Laudo, que ha sido anulado por una de las causas legalmente previstas; y entiende, finalmente, que el Tribunal, *ex* art. 41.2 LA, puede apreciar de oficio la infracción del orden público como causa de anulación, sin que la Ley prevea la necesidad de abrir un previo trámite de audiencia, no habiendo introducido el Tribunal elementos novedosos, ateniéndose a lo que resultaba de las actuaciones obrantes en el proceso.

**NOVENO** .- Por Auto de 15 de septiembre de 2015, la Sala acordó:

1º.- Estimar el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la representación de BBVA contra laSentencia 45/2015, de 26 de mayo, que anulamos.

2º.- Reponer las actuaciones al momento anterior a su dictado, emplazando a las partes, a los efectos señalados en el FJ 3º de esta resolución - formular cuantas alegaciones juzguen oportunas sobre si el laudo debe ser anulado por infracción del orden público-, para que comparezcan a la vista pública que se ha de celebrar el día 6 de octubre 2015, a las 10:30 horas.

3º.- Sin expresa condena de las costas del incidente.

**DÉCIMO** .- Celebrado el acto de la vista en el día y hora señalados y habiendo alegado las partes cuanto a su Derecho convino en relación con la eventual infracción del orden público por el Laudo impugnado, quedaron los autos vistos para Sentencia.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande, quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El laudo impugnado desestimó íntegramente la demanda de GORI TRANSBUR, S.L., contra BBVA, por la que solicitaba que se declarase la nulidad: 1º Del contrato de confirmación de swap, operación de referencia nº B00002843644, de fecha 25 de marzo de 2008; 2º Del contrato de confirmación de swap, operación de referencia nº B00004488609, de fecha 10 de marzo de 2010; así como del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), de fecha 26 de marzo de 2009; 3º. De la garantía a primer requerimiento firmada el 10 de marzo de 2010 y unida al anterior contrato; 4º De las liquidaciones trimestrales practicadas por el Banco, correspondientes a ambos contratos. Asimismo solicitaba la actora la condena a que las partes se restituyesen recíprocamente las cantidades percibidas, con imposición de las costas a la parte demandada, si se opusiere a esta petición.

El laudo condena a GORI TRANSBUR a abonar a BBVA las costas del arbitraje, que ascienden a la suma de 36.090,88 euros, IVA incluido.

La demanda de anulación aduce un único motivo, con apoyo en el art. 41.1.d) LA: en este sentido, invoca el apartado tercero del convenio arbitral -cláusula 6ª del contrato de confirmación de swap y Anexo 1.17 del Contrato Marco de Operaciones Financieras-, cuyo tenor literal, en lo que al caso concierne, es el siguiente:

" ***El conocimiento y decisión de las cuestiones litigiosas incumbirán a un Colegio Arbitral compuesto por tres árbitros, que deberán ser abogados en ejercicio y tener un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados*** ...".

Acto seguido, sostiene la demandante que el co-árbitro a ella correspondiente, designado por la Corte administradora del arbitraje a su propia instancia -al no encontrar un árbitro que aceptase la propuesta de nombramiento de GORI TRANSBUR (hecho primero.5 de la demanda)-, no reúne las características objetivas y las condiciones necesarias de idoneidad para haber intervenido en la decisión de la controversia arbitral suscitada: así, señala la actora que, confrontando diversas fuentes de información de libre acceso -wikipedia, dialnet, portal web de la Facultad de Derecho de la UAM- se comprueba que el

Sr. Fernández de Buján " *carece objetivamente de un amplio conocimiento de los mercados y productos financieros y derivados* ": "es catedrático de Derecho Romano, especialista en jurisdicción voluntaria, arbitraje y Derecho Administrativo y Fiscal Romano, a la par que Académico de número de la RAJL..., y sus publicaciones son todas ellas referidas a materias de Derecho Romano y Jurisdicción Voluntaria". Por tanto, sostiene la actora que "de todos los datos que obran en el *curriculum vitae* del Sr. Fernández de Buján podemos concluir, sin ningún género de dudas, que no consta que tenga un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, como cualidad *sine qua non* (pactada),... " *por lo que ello ha supuesto, indefectiblemente, una vulneración del Convenio Arbitral y una merma del derecho fundamental de defensa* " ( *sic* ).

En segundo lugar, dentro de este único motivo de anulación, se denuncia que el co-árbitro de la parte actora designado por la Corte de Arbitraje de Madrid adolece de los requisitos profesionales y de experiencia que necesariamente debería tener, según lo pactado, habida cuenta de que no consta que sea Abogado en ejercicio -como exige el Convenio-, según consulta efectuada en la web del Consejo General de la Abogacía Española, apartado CENSO, en el que no aparece su adscripción a ningún colegio profesional.

La demandada se opone al motivo de anulación invocado aduciendo, en síntesis, que, desde el momento del nombramiento como árbitro del Sr. Fernández de Buján, la demandante " *dispuso y tuvo en su mano toda la información referida a la formación académica, CV, cargos y actividades desempeñadas por el Sr. Fernández de Buján como jurista, información de acceso público que aporta ahora con su escrito de demanda* ". Añade que cualquier duda sobre el grado de conocimientos del Sr. Fernández de Buján en materia de productos financieros derivados pudo y debió ponerse de manifiesto desde que se conoció su nombramiento, o incluso durante la tramitación del procedimiento, debiendo haber recusado al co-árbitro, *ex* art. 15 del Reglamento de la Corte- *que prevé la recusación por falta de independencia, imparcialidad o cualquier otro motivo* -, dentro del término de quince días desde la comunicación de su nombramiento, o desde la fecha, si fuera posterior, en que tuvo conocimiento de esa circunstancia.

Aduce también la demandada que, como tal recusación no ha tenido lugar -tal y como expresamente consta en el laudo-, la anulación ahora pretendida contraviene elart. 6 LA, elart. 22 del Reglamento de la Cortey el principio *ne venire contra factum proprium* .

Paralelamente, argumenta BBVA que la designación del Sr. Fernández de Buján se realizó tomando en consideración su idoneidad y aptitud de acuerdo con las especialidades en las que tiene acreditados conocimientos ante la propia Corte, y máxime cuando se advierte que " *la cuestión esencial planteada en la controversia se circunscribe a establecer si el consentimiento prestado por los representantes de la demandante, lo fue por error o dolo, debido a falta de información por parte del Banco (apdo. B.30 de la pág. 11 de laudo)"* . Cuestión principal, ésta, eminentemente civil y congruente con la acreditada especialidad del Sr. Fernández de Buján como *ius* privatista.

Por último, en lo que se refiere al requisito de ser Abogado en ejercicio, aporta la demandada, como doc. nº 12, Certificación de la Secretaria del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de fecha 13 de enero de 2015, en la que consta, entre otros extremos, que en el periodo comprendido entre el 8 de noviembre de 2013 y el 11 de septiembre de 2014, D. Antonio Fernández de Buján Fernández figuró como Letrado en ejercicio de dicho colegio profesional.

**SEGUNDO** .- La demanda de anulación se sustenta en la dicción de varios

preceptos de laLey de Arbitraje. El artículo 14LA establece que las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros tanto a Corporaciones como Entidades públicas como Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, en cuyos estatutos se prevean funciones arbítrales, según sus normas reguladoras; añadiéndose en su párrafo segundo que dichas funciones se ejercerán conforme a sus propios Reglamentos; y señala su apartado tercero que " *Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia* ". Para el nombramiento de árbitros deben respetarse los principios de igualdad, independencia e imparcialidad, conforme se desprende de los arts. 15 y 24 LA, precisándose en el párrafo 2º del primero de los citados preceptos que " *las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad* ". Asimismo, el art. 17.3 LA dispone que un árbitro podrá ser recusado cuando concurran dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad *o no posea las cualificaciones convenidas por las partes* . La vulneración de los citados preceptos comporta la anulación del laudo siempre que se justifique " *que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley* " [art. 41. 1.d) LA].

Sobre tales premisas normativas y en relación con el motivo de anulación invocado, la Sala parte de la base, no controvertida, de que en todo momento se respetó el procedimiento de designación de árbitros; tampoco es discutido -como sostiene la parte demandada sin reparo de la actora- que durante el procedimiento arbitral no se suscitó recusación del Sr. Fernández de Buján, ni se planteó duda alguna sobre su competencia profesional, que es lo que da pie a la demanda de anulación.

Decimos esto porque, como se ha señalado, elart. 17.3 LA permite la recusación como mecanismo para denunciar *la falta deimparcialidad y de independencia* del árbitro, pero también para el caso de que adolezca " *de las cualificaciones convenidas por las partes* " -en parecidos términos, con mayor amplitud, elart. 15 del Reglamento de la Corte de Madrid-. Las dos primeras exigencias conciernen a materias que, en algunas ocasiones, son de orden público y, por tanto, irrenunciables -sobre todo si se ve lesionado el principio de igualdad en la designación de árbitros; conclusión que no es predicable de lo tocante al nombramiento de un árbitro que no reúna las cualificaciones pactadas en el convenio arbitral.

En otras palabras: lleva razón la parte demandada cuando sostiene que, designado el árbitro ahora cuestionado por la Corte de Arbitraje a instancia de GORI TRANSBUR y siguiendo el procedimiento establecido en su Reglamento, constando la declaración de independencia, imparcialidad, cualificación y aptitud del propio árbitro en la causa -doc. nº 7 de la contestación-, si alguna duda o reparo suscitaba su competencia debió ser planteada en el seno del procedimiento arbitral, y máxime tratándose de una materia disponible -art. 4.1.d) LA-, no susceptible de ser revisada de oficio en anulación -art. 41.2 LA-, ni de ser traída a colación *ex novo* en esta sede, con contravención manifiesta del art. 6 LA.

Esta conclusión es particularmente incuestionable tratándose, insistimos, de la infracción de algún requisito del convenio arbitral expresamente pactado por las partes, a las que asiste el correspondiente deber, no ya de indagar, pero sí, en su caso, de exigir las verificaciones correspondientes a la Corte que nombra el árbitro, o al propio árbitro, acerca de su idoneidad... *Vigilantibus non dormientibus iura sucurrunt* , dice la máxima, perfectamente aplicable al caso.

A lo que se ha de añadir, porque también es relevante, que la información que ahora sustenta la pretensión anulatoria, poniendo en tela de juicio los conocimientos sobre mercados financieros del Sr. Fernández de Buján, es de acceso libre, pública y de fácil obtención; lo es hoy y lo era en el momento de designación del árbitro y de sustanciarse el procedimiento arbitral.

En esta línea de pensamiento, hemos de declarar, de acuerdo con jurisprudencia reiterada -recientemente,STSJ Cataluña 10/2015, de 16 de febrero (ROJ STSJ CAT 559/2015)- que las facultades de denunciar la supuesta falta de idoneidad del árbitro, una vez aceptado por éste el encargo, se constituyen, exclusivamente, en la esfera de derechos de las partes, por medio del instituto de la recusación, que impone una carga procesal de actividad -si no de indagación propia, sí de requerimiento de información al árbitro o a la Corte que administra el arbitraje- dentro de un plazo preclusivo -desde que se conoció o se pudo conocer con una elemental diligencia el motivo de recusación-, pues, en caso contrario, se produce la renuncia tácita -art. 6 LA- con preclusión de las facultades impugnatorias previstas en la LA.

Por lo demás, consta acreditado -doc. núm. 12 de la contestación- que durante la sustanciación del arbitraje el Sr. Fernández de Buján ostentaba la condición, pactada, de Letrado ejerciente, en este caso del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: en concreto, entre el 8 de noviembre de 2013 y el 11 de septiembre de 2014; también refiere el laudo, y no es un hecho controvertido, que la Primera Orden Procesal se imparte, una vez constituido el colegio arbitral, el 22 de enero de 2014, dictándose el laudo el 12 de junio siguiente.

La Sala concluye, pues, por todo lo expuesto, en la desestimación de la anulación pretendida al amparo del art. 41.1.d) LA.

**TERCERO.-** Dicho lo que antecede, la Sala repara en lo que dispone el art. 41.2 LA: " **Los motivos contenidos en los párrafos b)** *[que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos]* , **e)** *[que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje]* y **f)** *[que el laudo sea contrario al orden público]* **del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida** ".

La doctrina es unánime al considerar que esta importante novedad de la vigente Ley de Arbitraje está inspirada o, por mejor decir, es reiteración - *salvo en lo que concierne a la referencia al apartado b), que fue introducido, por razones muy atendibles, en virtud de enmienda parlamentaria de los Grupos Socialista y Vasco* - de lo establecido en elart. 34.2.b) de la Ley UNCITRAL, según el cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe: i) que, según la Ley del Estado del foro, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; y ii) que el Laudo es contrario al orden público de ese Estado.

Es evidente que con esta previsión normativa se acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, pero tampoco existe duda -sino general conformidad- a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resoluciones 40/72, de 11.12.1985, y 61/33, de 4 de diciembre de 2006), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, en el bien entendido, claro está, de que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte -no se trata de que el Tribunal

incoe de oficio el proceso de anulación.

También resulta incuestionado que este precepto entraña una ruptura real del principio de congruencia, por expresa previsión *de la Ley* , no estando limitado el Tribunal a decidir sólo sobre la base de los motivos alegados por las partes, sino también, según establece el art. 41.2 LA, atendiendo a aquellos otros que hayan podido ser apreciados de oficio por él mismo.

Si bien se mira, se trata, más que de una facultad del Tribunal, de un verdadero deber, dada la naturaleza pública de los intereses en juego, que es lo que explica la apelación legal al principio de oficialidad. Observancia de este deber que resulta tanto más exigible -desde el punto de vista delart. 14 CE, en su vertiente de *igualdad en la aplicación judicial de la Ley* - cuando, como es el caso, se da la circunstancia de que la Sala sentenciadora ha sentado una doctrina jurisprudencial en supuestos similares, de suerte que, si el laudo controvertido evidenciase los defectos señalados en esa doctrina, ello habría de conducir -salvo cambio jurisprudencial motivado- a una decisión jurisdiccional coincidente con la precedentemente adoptada.

Por lo demás, es inconcuso, al menos respecto de la " *arbitrabilidad* " de la materia y de la eventual infracción del orden público, que el Tribunal ha de atenerse, en el examen de oficio de la eventual concurrencia de estas causas de nulidad, a lo expresa y terminantemente declarado en el laudo: no cuestionado por las partes lo que en él se establece, y no siendo cuestionable su relato de hechos probados -salvo irracional valoración probatoria deducible del propio laudo, *ex* art. 24.1 CE-, la Sala se atiene a los propios términos del mismo, preserva así el derecho de defensa de las partes, y, en el ejercicio del deber que le asiste *ex* art. 41.2 LA, procede, acto seguido, a analizar si el laudo debe ser anulado por infracción del orden público, de acuerdo con la jurisprudencia sentada poresta Sala, respecto de casos análogos, en sus Sentencias 13/2015, de 28 de enero;27/2015, de 8 de abril; y30/2015y31/2015, de 14 de abril(recaídas, respectivamente, en los procesos de anulación de laudo arbitral núms. 20/2014,84/2014,86/2014y59/2014).

**CUARTO.-** Sobre la eventual concurrencia de esta causa de anulación -infracción del orden público-, en el acto de la vista la actora propugna que por *infracción del orden público* han de entenderse las vulneraciones de derechos fundamentales y de principios esenciales indisponibles para las partes, como sucedería en el presente caso.

Reconoce que la acción de anulación no es una segunda instancia, pero postula que el que deba fundamentarse en motivos tasados no significa que el órgano judicial no pueda entrar nunca en el fondo de la decisión de los árbitros: como señala la Exposición de Motivos de la LA, tal es " *la regla general* ", que tiene sus excepciones en función de la *causa petendi* que se esgrima, no siendo todas las causas de anulación meramente formales o procedimentales; un entendimiento en sentido contrario dotaría de impunidad a la arbitrariedad jurídica, destruyendo todo vestigio de fiabilidad y seguridad en el arbitraje.

Entiende que el orden público -como motivo de nulidad- tiene tres manifestaciones: el procesal -con infracción delart. 24.1 CE; el constitucional - infracción de los demás derechos fundamentales; y el material (principios y normas básicas inderogables por la voluntad de las partes tanto en lo social como en lo económico), que incluye un " *orden público comunitario o europeo* " constituido por las disposiciones fundamentales e indispensables para el cumplimiento de las competencias y objetivos confiados a la Unión.

En palabras de la *STJUE de 6 de octubre de 2008* (C-168/05): " *en la medida en que*

*un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe basar tal recurso en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo* ".

En este sentido, afirma que para enjuiciar si el laudo incurre en vulneración del orden público es imprescindible analizar si ha infringido, inaplicado o ignorado normas imperativas de inexcusable observancia, lo que impediría que el Laudo impugnado superase el test de razonabilidad constitucionalmente exigible. Y así, con referencia a la Jurisprudencia de esta Sala en casos análogos -desde la S. 13/2015, de 28 de enero-, estima que el Laudo debe ser anulado por infracción del orden público: el Laudo yerra gravemente tanto en la calificación jurídica del propio contrato de swap -cuando lo reputa instrumento financiero no complejo-, como en la conceptuación de la relación entre la entidad financiera y su cliente -de asesoramiento, y no de mera comercialización-, que aboca a la consiguiente inaplicación de normas imperativas básicas para el adecuado funcionamiento de los mercados financieros, con infracción del principio de la buena fe contractual, de observancia particularmente inexcusable, por su naturaleza tuitiva, cuando la posición de los contratantes es intrínsecamente asimétrica o desigual. Precisa, en concreto, que la inequívoca labor de asesoramiento desarrollada por BBVA debió llevar aparejada la realización del test de idoneidad -que no tuvo lugar-, con el consiguiente análisis de la situación financiera de la empresa -también preterido-.

En definitiva, la fundamentación del Laudo incurriría en yerros patentes a la hora de calificar los presupuestos jurídicos sobre los que asienta su decisión, obviando el incumplimiento manifiesto de inexcusables deberes legales de información por parte de BBVA al cliente minorista -costes y riesgos de la operación, con particular referencia a la carencia de información sobre los costes de cancelación anticipada-, cuya infracción -la de esos deberes legales impuestos por normas imperativas- abocaría a la vulneración del principio de buena fe en la contratación, que es de orden público.

La demandada argumentó, en primer lugar, sobre la base de unos postulados que califica como básicos para el recto entendimiento de lo que es el arbitraje: así, tras aludir a la normativa UNCITRAL, entiende que el orden público, como causa de anulación, se limita a las vulneraciones manifiestas o patentes de un círculo de materias ceñido al respeto de los derechos fundamentales y de los valores y principios esenciales indisponibles para las partes por exigencia de laConstitución o de la aplicación de principios internacionalmente admitidos. De esta concepción y de la necesidad de preservar la institución arbitral como mecanismo de resolución de conflictos *sustentado en la autonomía de la voluntad* , se deriva -afirma- una necesaria aplicación restrictiva de la causa de anulación del art. 41.1.f) LA, que impide que, bajo una formal invocación del orden público, ***se revise el fondo de la decisión de los árbitros*** . Y añade que la apreciación de oficio por la Sala de la eventual concurrencia de dicho motivo de anulación requiere un plus de gravedad que no se compadece con la necesidad, por parte del propio Tribunal enjuiciador, de efectuar argumentaciones complejas.

Acto seguido expone las razones por las que "la sentencia anulada" ( *sic)* -entiéndase, la doctrina precedentemente sentada por esta Sala- desborda los límites admisibles de su Jurisdicción a la hora de analizar una acción de anulación, sobre la base de ciertas premisas que se afirman como tales:

Mantiene BBVA, en primer término, que el principio de buena fe en la contratación no puede integrar el orden público económico: no formaría parte de ningún derecho fundamental ni sería un valor indisponible para el Legislador democrático: su concreción, en

deberes, estaría a disposición del Legislador.

Al hilo de lo anterior propugna la defensa de la demandada que las exigencias de la motivación judicial no son extrapolables al deber de motivación que asiste a los árbitros al laudar -en Derecho, se entiende: la Sala de anulación puede, efectuando un control negativo, anular un laudo por falta de motivación o por ser ésta meramente aparente, pero no porque falten desarrollos argumentales en el laudo. La Sala ni puede incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros, revisando el acervo probatorio, ni, más en general, realizar una suerte de control positivo de la motivación efectuada por éstos: quedan fuera del concepto de orden público posibles revisiones sobre materias discutibles que el laudo interprete de conformidad con el estado de la jurisprudencia o en línea con resoluciones preexistentes, o aquellas cuestiones relativas a la valoración de la prueba o a la subsunción de unos hechos determinados en una norma jurídica determinada.

Justifica la demandada estos postulados, de un lado, en que la función de la motivación del Laudo no es, como en las resoluciones judiciales, permitir su revisión. De otro lado, con carácter más general, invoca cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( *ATC 179/1991* , de 17 de junio; *ATC 231/1994* , de 18 de julio; *STC 174/1995* , de 23 de noviembre, y *STC 352/2006* , de 14 de diciembre, FJ 4), que habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, ni, por ello, sus exigencias de motivación son trasladables al ámbito del arbitraje.

Entiende BBVA que, de no respetar la Sala estos criterios, estaría incurriendo en arbitrariedad, con desbordamiento de los límites de la jurisdicción atribuida al órgano judicial en el contexto de la acción de anulación, e infracción del principio de intangibilidad del laudo por revisar su contenido al margen de las causas tasadas para la acción de anulación; todo ello entrañaría una vulneración delart. 24.1 CE.

En congruencia con su planteamiento, la representación de BBVA postula que el laudo no incurre en infracción alguna del orden público, puesto que el razonamiento que le lleva a estimar que no existe error-vicio en los contratos de swap controvertidos, sea discutible o no, carece de toda sombra de arbitrariedad, pues el colegio arbitral explica suficientemente el porqué de su decisión, sin incurrir en errores patentes, aplicando el art. 79 bis.6 LMV, y en total sintonía, incluso, con laSentencia del Pleno de la Sala Primera de 20 de enero de 2014, según la cual la eventual omisión de un test de idoneidad no comporta automáticamente la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, por lo que, en el caso, tal preterición sería irrelevante, como también el hecho de que mediase o no labor de asesoramiento.

Aduce asimismo la demandada que la Directiva MiFID de 2004 no era aplicable -al primero de los dos contratos de swap controvertidos, suscrito el 14 de marzo de 2008-, careciendo de efecto directo entre particulares -eficacia horizontal-, pese a su tardía trasposición, como revela el FJ 6 de la Sentencia Marleasing, que no consagraría tal efecto. Sostiene que la interpretación efectuada por los árbitros de la DT 1ª de la LMV es razonable, coincidente con la efectuada por varias Audiencias Provinciales (v.gr.,SAP Las Palmas de 3.9.2014ySS. AP Madrid de 24y30.9.2014), siendo cuestión de mera legalidad ordinaria cuál sea o deje de ser la eficacia temporal de las normas.

En relación con el modo en que el Laudo entiende la complejidad de los productos financieros que analiza (swaps), alega la demandada que la calificación legal, post MiFID, de tales productos como complejos es independiente de la comprensión real de los mismos, desde la perspectiva de la existencia o no de un error-vicio del consentimiento. En este sentido, el Laudo no extraería ninguna consecuencia de que los swaps fueran reputados

como no complejos...

Insiste en que la Sala no puede revisar los juicios de valor sobre la prueba practicada que se vierten en el Laudo, ni reexaminar el cumplimiento o no de los deberes de información desde el prisma del orden público: los árbitros, a la vista de la negociación habida, han entendido, razonada y razonablemente, que los representantes de GORI TRANSBUR comprendían el producto que contrataban, sin oponer reparo alguno, siendo irrelevante -con trascendencia puramente formal- la no realización del test de idoneidad o de conveniencia. Así, la Sala no podría revisar la conclusión probatoria sostenida en el § 61 del Laudo:

*" Está acreditado por medio de la información verbal y escrita facilitada al cliente con carácter previo a las contrataciones, de las grabaciones de las conversaciones telefónicas mediante las que se contrataron los Swaps, y en definitiva con la firma de los documentos de Confirmación, que el Banco cumplió con los deberes de información y transparencia que le imponía la Ley del Mercado de Valores. También es claro que el Banco contaba con la información necesaria sobre su cliente, conociendo el nivel de formación, experiencia y conocimientos de sus representantes, y su capacidad para valorar la conveniencia y los riesgos de las operaciones contratadas, por haberlo declarado y reconocido así expresamente en las cláusulas 5 y 7 de los documentos de Confirmación firmados entre las partes "* .

Por último, alega la demandada que la pretendida falta de información sobre los costes de cancelación de los swaps contratados se plantea *ex novo* en esta sede, no habiendo sido cuestión controvertida en el procedimiento arbitral, probablemente porque el coste de cancelación del swap contratado telefónicamente el 14 de marzo de 2008 corrió de cuenta de la entidad bancaria.

**QUINTO** .- El examen de si el laudo infringe el orden público exige, ante todo, dejar claramente establecidos los parámetros que delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación; labor particularmente necesaria, en el presente caso, por las singularidades propias del *thema* debatido - *contratación de instrumentos financieros estructurados, sometidos a un riguroso control normativo* -, por lo controvertido de las alegaciones de las partes al respecto, y por la circunstancia misma de que la Sala subvenga, de oficio, al deber que le asiste de verificar si en el laudo concurre, o no, tal motivo de anulación.

Sobre la "infracción del orden público" y el "control de fondo" en la acción de anulación.

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces se ha dicho -recientemente, ennuestras Sentencias 13/2015,27/2015,30/2015y31/2015-, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., lasSentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n º 70/2013) yde 5 de noviembre de 2013 (rec. nº 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

"Como ha puesto de manifiestoesta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la

competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en elartículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, ***como regla general*** , una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca lasentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 ( ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y761/1996y13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988,28 de noviembre de 1988,7 de junio de 1990)".

Ahora bien; una cosa es lo que antecede y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento. Sea bienintencionada o sea interesadamente, la defensa de tal especie o suerte de proposición jurídica incurre en contradicciones legales y conceptuales tan dignas de mejor causa como inadmisibles.

Evidentemente que " *la acción de anulación* " no abre una segunda instancia, un " *novum iudicium* " en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " *plenitud de jurisdicción* " -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

Pero de ahí a afirmar del modo general y categórico con que a veces se hace la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo... A modo de ejemplo sobre el que luego se volverá con todo detalle: se postula, sin distingos ni matices, que el Tribunal que conoce de la acción de anulación no puede revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en contra de categórica y conteste doctrina del TC y de la Sala Primera del TS que identifica los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona elart. 24.1 CE... En esta tesitura no extraña -volveremos sobre ello con posterioridad- que se llegue al extremo de afirmar que los deberes de motivación constitucionalmente exigibles al Juez para no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva no se le pueden demandar al árbitro, cuando lauda en Derecho, por supuesto.

Repárese en que la Exposición de Motivos de la LA excluye, " *como regla general* ", que la acción de anulación se convierta en una revisión del fondo de la decisión de los árbitros; es más, se suele identificar tal concepto -revisión del fondo de la decisión- con cualquier cuestión que, directa o lateralmente, concierna al fondo de la controversia, cuando conceptualmente son cuestiones de todo discernibles.

Pero a lo que importa: la Sala pone de relieve que esa "regla general" de que habla la E. de M. de la LA tiene excepciones, algunas incontrovertidas en el ámbito, por ejemplo, del análisis de la arbitrabilidad de la materia -de inmediato lo veremos-, que, sin embargo, son incomprensible y contradictoriamente negadas, cuando tal excepción a la regla general se pondera y se aprecia como posible infracción del orden público.

De nuevo a modo de ejemplo: ¿qué tiene que hacer, *ope legis* , un Tribunal de anulación cuando examina si la controversia es arbitrable por recaer sobre materias de libre disposición? No puede dejar de examinar la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico... Lo hemos dicho con toda claridad muy recientemente en la S. 45/2015, de 13 de julio: " *decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego - trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto...* ".

Ese análisis concierne, por definición, al fondo de la controversia, a su regulación sustantiva. Y aquí, sobre la base del principio del *favor arbitrandi* existe una general anuencia en que una materia puede ser arbitrable pese a que en su ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas; ahora bien, en contrapartida, no se discute -hablando de arbitrabilidad- el correlativo deber del árbitro de aplicar las normas imperativas que regulen tales o cuales aspectos de la materia que se dice arbitrable, pues, en caso contrario, el tribunal arbitral infringiría el orden público incurriendo el laudo en causa de anulación.

En total congruencia con esta línea de pensamiento se ha manifestado este Tribunal repetidas veces, v.gr., en estos o parecidos términos: "no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, *lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público* -v.gr., por todas, lasSentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015) y56/2015, de 13 de julio -FJ 3.B- (ROJ STSJ M 8881/2015).

Expresa este planteamiento generalmente admitido, con especial lucidez, el Profesor Fernández Rozas, J.C. ["Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Nueva Ley de Arbitraje* , *Estudios de Derecho Judicial* , 102-2006, CGPJ, 2007, págs. 80 y 81] con las siguientes palabras:

*La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma terrenos tradicionalmente 'incómodos' en el arbitraje como el Derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional.* ***Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección , debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos*** *. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje;* ***pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación*** *.* ***El discutido concepto -orden***

***público-*** *que encierra el art. 36.b.ii) de la Ley Modelo Uncitral o, en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958* ***está perfectamente claro*** *.* ***Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere ser aplicada, cuál sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a un segundo plano*** *". Los resaltados son nuestros.*

Y añade, poco después -ibídem, págs. 82 *in fine* y 83- este tratadista:

" *Un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas... La efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión del TJUE en asunto "Eco Swiss c. Benetton", reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes* ".

Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico -inobjetable- cae en el más absoluto de los "olvidos" o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, *sub specie* de infracción del orden público -art. 41.1.f) LA-, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección; principio cuya observancia preserva el equilibrio y la debida igualdad entre las partes contratantes a la hora de prestar libremente el consentimiento.

En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible " *exceso de jurisdicción* " cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...

De lo que venimos diciendo -y de lo transcrito- se sigue con igual claridad que el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal, ni en las normas internacionales (Ley Modelo Uncitral o Convenio de Nueva York) ni en las internas que son trasunto de aquellas; criterio que deriva de una exégesis lógica de tales normas legales y convencionales, por lo demás asumida por la Jurisprudencia patria, que siempre ha hablado -lo habremos de reiterar- de que "por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, *tanto en lo social como en lo económico* (Sentencia del Tribunal Constitucional, 3 Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2)" [recientemente,S. de esta Sala 58/2015, de 21 de julio, FJ 2, ROJ STSJ M 8994/2015].

Por lo expuesto -y por lo que se dirá en el apartado siguiente- la Sala no puede compartir que, en una simplificación extrema y carente de justificación, se pretenda asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de "error patente" -apreciable sin necesidad de elucubración alguna-; y lo que es peor que, en el colmo del simplismo, se pretenda como argumento a favor de la inexistencia

de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación. Aunque huelga todo comentario, sí vamos a incidir, al menos, en dos extremos: el primero, reiterar que la "infracción del orden público" no consiste sólo en ***uno*** de los posibles vicios de motivación constitucionalmente relevantes *ex* art. 24.1 CE; la segunda cuestión que conviene mencionar repara en el hecho, por demás evidente, de que no se debe confundir justificación con explicación: una ignorancia o yerro argumentativo puede ser lógicamente inexcusable, constitutivo incluso de ignorancia elemental, y sin embargo recaer sobre una materia en sí misma compleja, que requiera de explicaciones que pongan en claro lo injustificado de un determinado postulado, argumento o decisión.

La motivación del laudo, exart. 24.1 CE, puede infringir el orden público, como causa de anulación.

Llegados a este punto, hemos de ponderar aquel planteamiento de la demandada, que, con brillantez expositiva pero de un modo máximamente restrictivo, excluye la posibilidad de que la Sala, al conocer de la acción de anulación, pueda incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros, revisando el acervo probatorio, al tiempo que también niega, más en general, que el Tribunal de anulación pueda realizar toda suerte de *control positivo* de la motivación contenida en el laudo.

Este planteamiento, como hemos reseñado, se apoya en la premisa de que el Tribunal Constitucional habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, de lo que se seguiría la conclusión de que sus exigencias de motivación no son trasladables al ámbito del arbitraje.

El error en la conclusión trae causa de un entendimiento equivocado de la jurisprudencia constitucional que se considera. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que " *no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE al proceso arbitral* ", pero esa afirmación no se puede sacar de contexto. El TC realiza esa aseveración justificando la exclusión del ámbito objetivo del recurso de amparo del laudo mismo, no para excluir, como motivos de anulación apreciables por el Tribunal competente del Poder Judicial, las infracciones de los deberes de motivación constitucionalmente exigibles tanto al dictar sentencia como al laudar.

En este sentido, con toda claridad, elATC 179/1991, de 17 de junio(FJ 2), cuando dice:

*"... el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse, asimismo, que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan derechos fundamentales. Ello significa que si bien los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia de las decisiones de los árbitros en los supuestos legalmente previstos pueden ser vulneradores de tal derecho, esto no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros es una actividad de naturaleza jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 de la Constitución al proceso arbitral ni la ampliación del proceso constitucional de amparo (Cfr. ATC 701/1988 ). Quiere significarse con ello que quien haya obtenido un laudo arbitral a lo que tiene derecho en el marco del art. 24.1 C.E . es a que aquél sea revisado, y en su caso anulado, por los Tribunales de Justicia por los cauces y*

*con los requisitos legalmente previstos. Y es esta resolución judicial sobre la que recae el control constitucional que ejerce este Tribunal a través del recurso de amparo".*

Siendo por lo demás evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., en el propioATC 231/1994, de 18 de julio, citado por la demandada, FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, llamados a producir efectos de cosa juzgada, haciendo mención expresa a la necesidad de preservar " *las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE* ", así como la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, so pena de infringir el orden público. Asimismo, sin perder de vista que la acción de anulación no es, en efecto, una nueva instancia, señala el TC que *"las incorrecciones -del laudo- referidas a materias de legalidad carentes de relevancia constitucional se cohonestan perfectamente con la propia naturaleza contractual del convenio de arbitraje, referido siempre a objetos de libre disposición para las partes* ". Con esto está diciendo el Tribunal Constitucional, sin lugar a equívocos, lo que hemos reflejado en el apartado precedente y resulta por demás evidente: el ámbito de la acción de anulación trasciende el de la mera constitucionalidad, procesal y sustantiva, del laudo, para concernir también al necesario respecto de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

No admitiendo, pues, la Sala el argumento expresado sobre la no aplicabilidad a la motivación del árbitro en Derecho de las exigencias delart. 24.1 CE, cae por su base el alegato de que la función de la motivación del Laudo no es, como en las resoluciones judiciales, permitir su revisión: del mismo modo que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional", el Laudo, correlato de la Sentencia judicial y de eficacia análoga a la misma, tiene unas exigencias de motivación que lo son en garantía de la exclusión de la arbitrariedad tanto para las partes, como, en sede de fiscalización judicial -donde ya no rige la confidencialidad contractual-, para la confianza legítima de la propia sociedad en el recto proceder de quien juzga o lauda.

A diferencia de lo que pretende la demandada, sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar elart. 24.1 CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

En congruencia con lo que antecede, cumple recordar, como hemos hecho en Sentencias precedentes, que es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos ennuestra Sentencia de 24 de junio de 2014, en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, *salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva* ".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca elart. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo delart. 469.1.4º LEC, si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, *en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental* " ( *Acuerdo de*

*30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero* ). Resumen a la perfección la doctrina al respecto dela Sala Primera, los ***AATS, 1ª, de 18 de febrero*** ( *ROJ ATS 665/2013* ) ***y 8 de enero de 2013*** ( *ROJ ATS 157/2013* ). En palabras de este último (FJ 1.b):

"Es doctrina de esta Sala, como señala lasentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007, que *«la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba,* ***en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho la tutela judicial efectiva*** *( SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006 ), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador ( SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).*

***[...]***

***Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC ".***

En este mismo sentido, la ***STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013*** (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013) reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar elart. 24.1 CE, y ello " *por haber reputado la Audiencia un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria* ".

De nuevo a modo de ejemplo, la ***STS, 1ª, de 5 de febrero de 2010*** (ROJ STS 329/2010) estima ilógica e irrazonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal *a qu* o " *por incurrir en contradicciones internas y rechazar las conclusiones de la prueba pericial por causas incomprensibles* " (FJ 5). Como también es posible " ***invocar el carácter ilógico de una presunción judicial para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE*** " (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010, ROJ 988/2010, FJ 7).

Estos criterios sobre los casos en que la valoración de la prueba puede conculcar elart. 24.1 CEy, de este modo, infringir el orden público son concreción de un planteamiento más general formulado por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales -concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...-.

Viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad-l *os más elementales deberes de motivación* , cuya infracción *constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE* , tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática *STC 147/1999 -emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr.,* ***STC 178/2014*** , de 3 de noviembre *, FJ 3-* , cuando dice:

"Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990y112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991,5/1995y58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea ***la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso*** , ***pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere 'arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia*** (SSTC 23/1987,fj 3º; 112/1996, fj 2º, y119/1998, fj 2º)".

O como también señala, muy ilustrativamente, laSTC 206/1999, lo determinante es que " *la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un 'error patente' en la determinación y selección del material de hecho* ***o del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión*** ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción delart. 24.1 CE, confiere especial trascendencia a " ***la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión*** ", entre otras, laSTC 39/2015, de 2 de marzo(FJ 6).

A su vez, laSTC 157/2009, de 25 de junio, precisa (FJ 3) que, "como recuerda laSTC 105/2006, de 3 de abril, FJ 5, y las Sentencias de este Tribunal allí citadas, ***existirá arbitrariedad*** cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, ***la resolución resulte fruto del mero voluntarismo judicial o exprese un proceso deductivo "irracional o absurdo"; en tales casos, como acontece con el que ahora nos ocupa, "la aplicación de la legalidad sería tan solo mera apariencia*** " (STC 92/2008, de 21 de julio, FJ 6), y la resolución no podría considerarse fundada en Derecho".

Sobre el "orden público económico" y el principio de buena fe en la contratación.

Lo que venimos diciendo sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con otra realidad hoy innegable -tal y como hemos dicho, v.gr., en el FJ 4 de la citada S. 13/2015 y en el FJ 3 de la S. 30/2015: que el orden público susceptible de protección *ex* art. 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar " *orden público económico* ", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación ***en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección*** .

Como viene señalandoesta Sala (v.gr., Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013;6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013;13 de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012; y23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011),

*".. por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes* ***, tanto en lo social como en lo económico*** *( Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2 ), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la*

*Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión..".*

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera delTribunal Supremo, v.gr., en sus SS. de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014) y265/2015, de 22 de abril(ROJ STS 1723/2015), de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado " *orden público* ", ha de incluirse el " *orden público económico* ", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.

Ejemplos señeros de esas normas imperativas son las que regulan con carácter estructural las libertades propias del Derecho comunitario (v.gr., la libre competencia). Así, laSTJCE de 1 de junio de 1999 [asunto C-126/1997(Eco Swiss v. Benetton)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación delart. 85 del Tratado Constitutivo CE-hoy art. 81 del Texto Consolidado- relativo, como es sabido, a la libre competencia, es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo.

Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el ***principio general de buena fe en la contratación*** , expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* ( *The Principles of European Contract Law* -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " *Good faith and Fair dealing* " ("Buena fe contractual"), que dispone como deber general: " *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing* " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe").

Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes, bien, en unos casos, por la cualidad de consumidora de una de éstas, bien, en otros, por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes. En todo caso, no cabe la menor duda de que, en situaciones como las descritas, la preservación del principio de buena fe tiene rango de norma de orden público, que entronca con el orden público comunitario, como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en consonancia con ella, del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Tal asimilación no puede ser desconocida por esta Sala a la hora de enjuiciar la anulación o no de un laudo, precisamente, por infracción del orden público...

Frente a estos planteamientos hemos visto que opone la demandada que el principio de buena fe en la contratación no puede integrar el orden público económico porque no forma parte de ningún derecho fundamental, ni tiene un valor indisponible para el legislador democrático, que es libre para concretar los deberes en que se traduzca el actuar con arreglo a la buena fe.

Por lo dicho -y precisaremos aún más en el siguiente FJ 8º- la Sala no comparte este criterio. No es necesario entrar a considerar si el principio de buena fe está o no constitucionalizado: aun aceptando a efectos dialécticos la lógica de la argumentación de la demandada, lo cierto es que el Legislador democrático ha configurado la observancia de ese principio como indisponible en múltiples sectores del ordenamiento: pensemos, por ejemplo, en su radical exigencia en el devenir de los procesos y en las consecuencias de su incumplimiento *ex* art. 247 LEC; tampoco cabe dudar de que la demanda de especiales

deberes de información en ámbitos especialmente dispensados de protección -consumidores, inversores no profesionales- constituyen expresiones irrenunciables, por disposición expresa del Legislador comunitario y nacional, del principio de buena fe en la contratación..., precisamente para evitar situaciones tan graves y de tantas repercusiones como las que han tenido que afrontar nuestra propia sociedad y las de nuestro entorno en casos de contrataciones de enorme trascendencia económica -por el número de los implicados y/o la cuantía de las operaciones-, y donde, por definición, los contratantes se encuentran en una situación de sustancial desigualdad en el real y efectivo conocimiento de los riesgos que entrañan los productos complejos que contratan.

Las normas y también, por qué no, los principios generales del Derecho deben ser interpretados, para determinar su sentido y alcance efectivos en un determinado ámbito de aplicación, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, y atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC). Pues bien, la Directiva MiFID 2004/39/CE -Directiva de Nivel I- responde al claro propósito -como veremos, explícitamente reconocido por el TJUE y por la Sala Primera- de salvaguardar el deber general de actuar de acuerdo con la buena fe en la contratación, de la que son expresión los específicos deberes de información que impone a las entidades financieras respecto de los inversores minoristas o no profesionales.

Confirma este postulado, más recientemente -dando una idea cabal de la trascendencia de orden público de los intereses en juego-, la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros -Directiva MiFID de Nivel II-, cuyos Considerandos (4) y (5) dicen:

La crisis financiera ha dejado al descubierto algunos puntos débiles en el funcionamiento y la transparencia de los mercados financieros. La evolución de los mercados financieros ha dejado clara la *necesidad de fortalecer el marco regulador de los mercados de instrumentos financieros, también cuando la negociación tiene lugar en mercados extrabursátiles, con el fin de aumentar la transparencia, mejorar la protección de los inversores* , reforzar la confianza, abordar los ámbitos no regulados y garantizar que se den a los supervisores las competencias necesarias para desarrollar sus cometidos.

Los organismos reguladores a nivel internacional concuerdan en pensar que los puntos débiles que presenta el gobierno corporativo de una serie de entidades financieras, entre ellos la ausencia en los mismos de unos controles y contrapesos efectivos, han sido uno de los factores que han propiciado la crisis financiera. *La excesiva e imprudente asunción de riesgos puede desembocar en la quiebra de entidades financieras concretas y en la aparición de problemas sistémicos tanto en los Estados miembros como a nivel mundial. Una conducta incorrecta por parte de los proveedores de servicios a los clientes puede dar lugar a perjuicios para el inversor y a su pérdida de confianza. Para luchar contra los posibles efectos perjudiciales de estos puntos débiles de los que adolece el gobierno corporativo, la Directiva 2004/39/CE debe complementarse con unos principios más detallados* , así como con unas normas mínimas. Tales principios y normas deben aplicarse en función de la naturaleza, escala y complejidad de las empresas de servicios de inversión.

Definitivamente, la actuación conforme a la buena fe en el ámbito MiFID y, en particular, en la contratación extrabursátil de productos financieros complejos no puede ser considerada como cuestión ajena al orden público.

**SEXTO** .- En congruencia con lo expuesto al final del Fundamento Tercero de esta Sentencia -ateniéndose la Sala a los propios términos del Laudo- y tras analizar los parámetros de enjuiciamiento que se van a seguir, esto es, el entendimiento de los límites y

alcance, *in casu* , de la infracción del orden público como motivo legal de anulación -ponderando los argumentos efectuados por las partes en la vista otorgada al efecto ( ***STC 313/2005*** )-, procede, ante todo, dar cuenta de los hechos que el laudo considera probados y de los argumentos jurídicos en que sustenta su decisión desestimatoria de la demanda de anulación formulada por GORI TRANSBUR.

Son hechos probados, amén de no discutidos, los que refleja el FJ PRIMERO del laudo del modo que sigue:

**§ 34 "** *La compañía GORI TRANSBUR tiene su sede en Burgos y se dedica a la prestación de servicios de transporte por carretera. En el año 2008 disponía de una flota de 10 o 12 camiones. Para la adquisición de éstos y otros activos, la compañía había contratado diferentes instrumentos de financiación externa, ascendiendo su deuda a 700.000 euros* ***. Los hermanos D. Salvadory D. Vicente, además de ser administradores solidarios, dedican su trabajo y mejores esfuerzos al sostenimiento y viabilidad de la empresa*** *. En la actualidad, la flota de camiones alcanza los veinte vehículos, da empleo a 28 trabajadores y su volumen de facturación se sitúa en torno al millón y medio de euros. La empresa ha cerrado sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013 presentando pérdidas* ".

**§ 35 "** *A comienzos del año 2008, Dª Andrea, gestora de la oficina de Banca de Empresas de BBVA en Burgos,* ***entra en contacto con los hermanos Vicente Salvadorpara ofrecerles sus servicios y presentarles los diferentes instrumentos financieros del Banco que les pudieran resultar de interés para su actividad empresarial. Hasta el momento, GORI TRANSBUR no mantenía ninguna relación con BBVA*** *... A la vista de las condiciones ofertadas por BBVA, los administradores de GORI TRANSBUR mostraron su interés por concertar algunas líneas de descuento, así como varias operaciones de leasing para la adquisición de sendos vehículos* ".

**§ 36 "** En algún momento de las conversaciones, manifestado por los hermanos Salvador Vicentesu preocupación por el constante aumento de los tipos de interés"..., "la Sra. Andreales informa sobre el swap, mediante diferentes presentaciones, folletos y simulaciones numéricas, así como sobre la utilidad de este instrumento financiero para la gestión del riesgo de futuras subidas de interés; dándose la correlativa posibilidad de que si los intereses descendían por debajo de un determinado tipo, entonces serían los clientes los que deberían efectuar los correspondientes pagos al banco".

Habremos de corroborar que a esto se reduce -a explicar la dinámica del intercambio de tipos de interés- la información sobre el swap que se da a los administradores contratantes, tal y como el propio laudo admite.

En este contexto, se contrata un primer swap en conversación telefónica de 14 de marzo de 2008 por importe de 750.000 euros, cuya grabación transcrita en el **§ 37** del laudo corrobora que lo explicado por la Sra. Andreaes el juego de tipos de interés en que el swap consiste:

"( Antonio, BBVA Mercados) -- ...y la cobertura funciona de la siguiente manera, que es como le ha explicado Andrea: el inicio de la cobertura será el 24 de marzo, la duración es a 4 años, y lo que hacemos es que el cliente va a recibir el Euribor 3 meses y, a cambio, va a pagar, trimestralmente, durante el primer trimestre, un tipo fijo del 3,45, ese tipo está seguro al 3,45, y luego, el resto de trimestres, va a estar en función de lo que haga el Euribor 3 meses. Ustedes van a pagar el 3,45 siempre y cuando el Euribor 3 meses esté por encima del 2,98, y en caso de que el Euribor 3 meses, si alguna vez bajase por debajo del

2,98, pues pasarían a pagar un 5,95. Y adicionalmente el BBVA tiene derecho a cancelar a partir del primer año. ¿Eso es lo que le ha explicado Andrea?

( Salvador, Gori Transbur, SL)- ***Sí, sí.***

( Antonio, BBVA Mercados) - ***Vale, de acuerdo. Pues entonces lo cerramos ahora por el nominal de 750.000 euros y ya le llamará Andreapara tener un contrato físico. ¿De acuerdo?***

( Salvador, Gori Transbur, SL)- ***Sí, vale, muchas gracias".***

Los resaltados son del propio laudo.

Remitido con posterioridad, según es práctica habitual, "el contrato físico" para su firma -confirmación-, que tiene lugar el 25 de marzo de 2008, destaca el laudo **§ 40** que la firma por los administradores de la Confirmación, " *dada la escasa literatura -de ese contrato* ", no les permite ignorar lo que dispone su cláusula 7, a saber:

***"ii) Conveniencia e idoneidad.- Las partes declaran que son capaces de valorar la conveniencia e idoneidad de la Operación (bien por sí mismos o a través de asesores financieros internos o externos ajenos a las Partes) y declaran conocer, entender, valorar y aceptar los términos y condiciones de la misma, así como sus riesgos. Declaran que tienen capacidad para asumir tales riesgos, teniendo en cuenta su propia situación financiera y de negocio, así como la cumplimentación de sus propias políticas internas y objetivos, en la determinación de la conveniencia para entrar o no en la Operación".***

***"(iii) Conocimientos y experiencia. Las partes declaran que actúan por cuenta propia, y que para celebrar la Operación han realizado sus propias decisiones, estimaciones y cálculo de riesgos, así como el análisis pertinente para determinar si la Operación es apropiada para ella en función de su propio juicio y el de sus asesores (internos o externos ajenos a las Partes), cuando haya considerado oportuno la intervención de estos*** *. Cada una de las partes declara que no se basa en comunicación alguna (verbal o escrita) de la otra Parte como asesoramiento financiero, ni ha sido asesorada por la otra Parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las condiciones de la Operación. Declaran que no se considerará asesoramiento financiero o recomendación para celebrar la Operación ninguna comunicación (verbal o escrita) recibida de la otra Parte, ni se considerarán dichas comunicaciones como una garantía o compromiso de los resultados esperados de la Operación* ".

Los resaltados son del propio laudo.

También declara el laudo ( **§§ 43 y ss** .) que, desatada la depresión financiera en el otoño de 2008 con las drásticas reducciones de tipos de interés a que dio lugar y ante el descontento de los administradores de GORI TRANSBUR, el Banco se avino a efectuar una cancelación anticipada del contrato, sin coste para el cliente, el 10 de febrero de 2010, así como a la celebración el mismo día de un segundo contrato de swap y a la constitución de una " *garantía a primera demanda* ", que se uniría a la confirmación de la permuta. De nuevo transcribe el laudo la grabación de la conversación telefónica ( **§ 46** ), en la que se explica el intercambio de tipos de intereses, destacando el hecho de que se le pregunta al interlocutor de GORI TRANSBUR si tiene alguna duda sobre lo explicado, a lo que se responde ( Salvador, Gori Transbur) - " ***No ya te he dicho que (ininteligible) es lo que me has puesto tú, pues ya está "*** .

Siguiendo el mismo *modus operandi* que en el contrato anterior, el gestor del banco facilita a los hermanos Salvador Vicenteel texto escrito, por duplicado, del ejemplar de la Confirmación del contrato, que firman el día 12 de febrero de 2010, en el que se añade a la cláusula transcrita supra sobre ***"(iii) Conocimientos y experiencia, una (iv), que el laudo destaca ,*** del siguiente tenor ( **§ 47** ) ***:***

***" Las Partes declaran ser totalmente conscientes del riesgo de volatilidad inherente a la celebración de la Operación, cuyo valor de mercado en contra del cliente puede variar rápidamente como consecuencia de variaciones en los tipos de interés, tipos de cambio u otros parámetros relevantes de los mercados financieros . También declaran conocer que las obligaciones que surgen de la Operación requieren una gestión adecuada y una vigilancia constante de la evolución de los mercados financieros y de las posiciones que las Partes asumen en los mismos, para lo cual son necesarios medios y conocimientos suficientes para la operativa de tales mercados, para poder evaluar, entre otras implicaciones, las contables, crediticias, financieras y fiscales de la Operación".***

De lo expuesto, ***concluye el laudo*** ( **§ 48** ), que en las dos operaciones de swap: **i)** ***los clientes dispusieron de la información facilitada por el gestor de empresas de BBVA*** (Sra. Andrea, en el primer contrato, y Sr. Mario, en el segundo); **ii)** ***durante las conversaciones telefónicas de celebración de los contratos "se les reiteraron las condiciones esenciales ya acordadas durante el proceso de negociación y se les preguntó si precisaban alguna aclaración*** "; **iii)** " *en el texto escrito de la* ***Confirmación se ofrecía a los clientes la posibilidad de manifestar su disconformidad y éstos reconocían expresamente disponer de los conocimientos y experiencia necesarios para suscribirla, así como ser conscientes de los riesgos que entrañaba*** ".

Hasta aquí los hechos probados, relevantes e incontestables, relatados en el Fundamento primero del laudo.

Sobre la base de estos hechos, el laudo analiza el argumento principal de la mercantil recurrente - *incumplimiento de deberes legales de información por parte de BBVA, así como conductas negligentes o dolosas de su personal* -, y sustenta su decisión desestimatoria en los siguientes presupuestos y argumentos jurídicos -resumidamente expuestos (FF.JJ. 2º a 5º):

Tras una serie de consideraciones generales sobre la naturaleza potencialmente especulativa del swap, aunque con carácter general se suele enmarcar en la estrategia financiera de la empresa, y sobre el origen de los deberes de información de las entidades financieras ( **§§ 50 y 51** ), el FJ 2 es relevante porque asume lo dicho en una SAP Madrid, laSentencia 392/2012, en la que se afirma que " *el swap no resulta de difícil comprensión* " ( **§ 52** ). Acto seguido, el Laudo, en ese mismo **§ 52** , cita laSTJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Genil) y, lo anticipamos ya, de un modo absolutamente gratuito, se permite afirmar que " *Tampoco parece que el TJUE haya entendido que nos encontremos ante un contrato cuyo objeto reviste especial complejidad* ", apoyando dicha aseveración en la transcripción de un párrafo de la Sentencia (§14) que se limita a describir la permuta de intereses propias de esta modalidad de contrato de swap...; sin que ello signifique, ni por aproximación, que en ese párrafo el TJUE esté analizando, y mucho menos cuestionando, la complejidad de semejante producto financiero.

En todo caso, es inequívoco que el laudo está partiendo de la base, en sus propias

palabras, de que el swap " ***no resulta de difícil comprensión*** ", pues " ***su objeto no reviste especial complejidad*** ".

El laudo concluye, asimismo -sobre la base de las conversaciones grabadas, el propio texto de las Confirmaciones y las declaraciones en el acto de la audiencia, destacando el *reconocimiento por los hermanos de que no se habían leído los contratos* -, que ***no medió en forma alguna, en la conducta de los gestores de BBVA, dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de información*** *a los administradores de GORI TRANSBUR* (FJ 3º, **§§ 54 y 55** ).

Acto seguido, analiza el laudo el argumento de la demandante de que el BBVA no ha cumplido con los deberes de información que se siguen de laDirectiva 2004/39/CE, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros y en su trasposición por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV, dado que el swap es un instrumento financiero incluido, *ex* art. 2.2de la Ley, en su ámbito de aplicación.

Entiende el laudo que ***no era aplicable el test de conveniencia previsto en el art. 79 bis, apdo. 7 LMV*** , tras su modificación por la Ley 47/2007, porque laDT 1ª de dicha leyprevió un plazo de adaptación a la misma de 6 meses para las entidades que prestan un servicio de inversión, finalizando dicho plazo el 20 de junio de 2008... Como queda dicho, el primer contrato se suscribió el 14 de marzo de 2008 ( **§§ 57 y 58** ). Y, en lo que concierne al segundo contrato de swap -celebrado en 2010-, el laudo sostiene que la no celebración del test de conveniencia resulta intrascendente, carente de efectos, " ***ya que este segundo contrato se encontraba convalidado al haber suscrito con anterioridad GORI TRANSBUR una primera operación de permuta de tipo de interés, por lo que ya quedaba acreditado que contaba con experiencia y conocimiento en este tipo de contrato*** " ( **§ 59** ).

Añade el laudo, en este punto, citando laSTS, Pleno 1ª, de 20 de enero de 2014, en el sentido de que la falta del test de idoneidad - *primera vez en el laudo que se alude a él* - permite presuponer la existencia de un error vicio invalidante del contrato, si bien no siempre será así, sobre todo en aquellos casos en que el contratante pueda tener conocimiento suficiente del producto contratado ( **§ 62** ), como sucede en el supuesto analizado ( **§ 61)** .

Finalmente -FJ 5, **§ 63** -, concluye el laudo en los siguientes términos:

" *Una vez acreditado que el posible error padecido por los administradores de GORI TRANSBUR no resulta imputable al dolo o a la negligencia, inexistente de los gestores de empresas del Banco, ni al inexistente incumplimiento de normas aplicables a los contratos, que son las causas del error alegados en la demanda, nos parece pertinente desestimar por completo la existencia de tal error* ".

**SÉPTIMO** .- Partiendo de las anteriores premisas fácticas y jurídicas -parámetros de enjuiciamiento- y de acuerdo con lo que ya hemos dicho en nuestras Sentencias 30 y 31/2015, la Sala tiene que recordar, porque así lo exige la doctrina del TJUE, que, aunque no se reputara aplicable, como sostiene el laudo, la redacción de la Ley del Mercado de Valores resultante de laLey 47/2007, pese a que la contratación cuestionada es posterior a su entrada en vigor, apelando al periodo de adaptación de 6 meses previsto en su DT 1ª -en una comprensión de la transitoria que, como veremos, es arbitraria y nunca predicable del segundo contrato, que data de febrero de 2010-, ese planteamiento, decimos, nunca permitiría entender inaplicable la Directiva 2004/39 -en sus principios generales de inexcusable observancia-, habida cuenta de que fue tardíamente traspuesta por España.

La Directiva MiFID 2004/39/CE -Directiva de Nivel I-, de 21 de abril de 2004, debió ser traspuesta por España en el plazo de los 24 meses siguientes a su entrada en vigor (art. 70), que se produjo el mismo día de su publicación en el DOUE (art. 72) el 30 de abril de 2004. No lo fue, y solo en parte, hasta la precitada Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Cumple recordar, en este sentido, la obligación -hoy explícita en elart. 4 bis.1 LOPJ- que asiste a los Jueces y, *mutatis mutandis* , a los árbitros de considerar el Derecho Comunitario y las directivas, y de aplicarlo de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Sabido es que el Tribunal de Luxemburgo ha consagrado el llamado efecto vertical de la directiva, que permite que el ciudadano invoque su eficacia directa frente al Estado cuando aquella reconozca derechos a las personas afectadas, cuyo contenido pueda ser determinado en el texto de la Directiva, y ésta no haya sido traspuesta en tiempo y forma por incumplimiento del Estado de la obligación que le asiste: se permite así que, en tales casos, el ciudadano invoque su eficacia directa y reclame del Estado incumplidor los eventuales perjuicios que se le hayan irrogado.

Pero no es menos cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión ha reconocido eficacia horizontal -entre particulares-, con esos mismos requisitos, a las directivas no traspuestas, especialmente en casos de normas tuitivas, en supuestos en que la normativa comunitaria sea más restrictiva -en el sentido de más garantista- que la existente en el Derecho nacional previo a la trasposición. Es el caso, señaladamente, de la ***Sentencia Marleasing 106/89, de 13 de noviembre de 1990*** , especialmente significativa por dos motivos: el primero, porque se produce de un modo nítido el efecto directo horizontal; el segundo, porque es una sentencia relacionada con un recurso prejudicial de un juzgado español, que planteó una cuestión prejudicial en relación con la aplicación de la Directiva 68/151. El TJCE entendió que el juez debía aplicar la Directiva 68/151, y con ello hacer valer su efecto directo sobre el sistema español, primándolo sobre la norma vigente en el ordenamiento jurídico antes de la trasposición. La importancia de esta sentencia radica en el carácter estrictamente horizontal de las partes en el proceso que determinó el recurso prejudicial: dos particulares, uno de los cuales invocó la no transposición de la Directiva citada por el Estado español y su aplicabilidad por haber transcurrido el plazo para ello.

No se opone a la anterior conclusión la consideración aislada del § 6 de esa Sentencia que efectúa la defensa de la demandada. Cierto que, probablemente, el efecto horizontal haya sido estimado considerando el carácter más tuitivo de esa directiva frente a la fórmula existente en el Derecho español. Lo que ocurre es que se produce *de hecho* un efecto horizontal, pero no por vía de la directiva, sino por el contenido obligacional para los jueces nacionales de considerar el Derecho Comunitario, los Tratados, y en especial las Directivas.

En otras palabras: a raíz de esta Sentencia, el Tribunal de Justicia no atiende tanto a las relaciones horizontales o verticales, cuanto a la necesidad de que los tribunales interpreten el Derecho nacional conforme a las directivas. La jurisprudencia comunitaria exige que el Juez nacional haga el máximo esfuerzo posible para interpretar el Derecho nacional, aun antes de la trasposición de una directiva, de manera que pueda alcanzarse el objetivo de la misma.

A la luz de estas consideraciones, no es excusable hacer caso omiso de lo dispuesto en la Directiva 2004/39 -cuando esa trasposición es tardía, fruto de un incumplimiento por parte del Estado- en los aspectos que son más problemáticos en el presente caso, a saber, los que tienen que ver con la determinación de la buena fe contractual, esto es, con las obligaciones de transparencia y de información que las entidades financieras tienen que

adoptar a la hora de *asesorar sobre* y/o de *comercializar* instrumentos financieros: en concreto, los arts. 4.1.4, 4.1.11 y 19 ( *normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes* ) y Anexo II de la Directiva. ***Conclusión tanto más insoslayable cuando se advierte que dichos preceptos establecen garantías en favor de las personas afectadas de contenido concreto y claro en el texto de la Directiva*** .

Dicho sea lo que antecede, sin perjuicio de lo que ya hemos apuntado y argumentamos: que laDisposición Transitoria 1ª de la Ley 47/2007, cuando prevé que " *las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley* ", no se refiere, a todas luces, a que las entidades financieras puedan reputar como productos no complejos los que la Ley obliga a entender como tales, o puedan ser excusadas, durante los 6 meses posteriores a la vigencia de la Ley, de deberes insoslayables de información: una cosa es, con toda evidencia, que previendo la Ley 47/2007 modificaciones estatutarias y deberes explícitos de conducta, las entidades de inversión requieran de un plazo para adaptar los estatutos y, digamos, su normativa interna de actuación a lo previsto en la ley, y otra, muy distinta, que esa previsión pueda ser entendida como una temporal "excusa absolutoria" para el cumplimiento, en contratos concretos que se realizan vigente la Ley, de deberes que inequívocamente se siguen de la propia Ley y de la Directiva...

Y ello aun cuando cupiera hacer cuestión aparte - ***que no es el caso*** - de dos circunstancias concurrentes y también determinantes de nuestra decisión, que el laudo revela con toda claridad:

***La primera, que el propio Banco, si bien de un modo contrario al orden público, por lo que se dirá, alude en el clausulado de confirmación a los test de conveniencia y de idoneidad, de cuya existencia es perfectamente consciente, aunque sea para que el inversor firmante del contrato renuncie a la necesidad de su práctica*** . Reparamos, en este sentido, en la cláusula 7.ii), titulada Conveniencia e idoneidad -transcrita supra FJ 6-, de la Confirmación de swap rubricada el 25 de marzo de 2008, esto es, *dentro de* o *sin esperar a* que transcurran los 6 meses posteriores a la vigencia de la Ley...

***La segunda, que existe un contrato de swap de febrero de 2010, al que en ningún caso sería aplicable la referida transitoria primera, sea cual fuere el entendimiento de la misma, ni la pretendida exoneración de los deberes de información legalmente impuestos para la contratación de un producto declarado complejo por la Ley sin posibilidad de prueba en contrario, pues establece una prohibición expresa de que tal producto pueda ser reputado como no complejo*** -art. 2.2.

**OCTAVO** .- A la vista de lo que antecede, la Sala, en sintonía con lo dicho en anteriores Sentencias, entiende que, para verificar, *in casu* , si el laudo impugnado vulnera el orden público, conviene tener presentes, además de lo ya dicho, algunos aspectos de la doctrina constatada por la ***Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 20 de enero de 2014*** (ROJ STS 354/2014); doctrina muy clarificadora -en la línea de sentencias precedentes- para delimitar el ***alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos*** , y ello desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros.

En el caso resuelto en casación por el Pleno de la Sala Primera, la sentencia de apelación había entendido que, teniendo la mercantil contratante del swap la condición de cliente minorista, la financiera demandada no realizó, debiendo hacerlo, el test necesario para comprobar que el producto ofertado fuera el que más se ajustaba a las necesidades de su cliente, ni le informó antes de contratar de forma clara y comprensible acerca de los riesgos derivados del producto contratado. Y concluye que el incumplimiento de estos deberes de información provocó en la actora un error que afectó al consentimiento, que aparece viciado. El recurso de casación es desestimado.

Recuerda la Sala Primera, *en relación con el alcance de los deberes de información y asesoramiento* (FJ 6) que

" **ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros.** Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, **esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa** , ***no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto "*** .

"Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros ( *Markets in Financial Instruments Directive* ), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un ***principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe , que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos*** ( *The Principles of European Contract Law* -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " *Good faith and Fair dealing* " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing* " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). ***Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar"*** .

Como tendremos ocasión de reiterar, en la información sobre los riesgos que comporta el producto complejo -y el swap lo es-, teniendo en cuenta la naturaleza como minorista o no profesional del cliente, se ha de incluir, desde luego, la explicación del riesgo de pérdida total de la inversión, de la prestación y contraprestación elementales -mecánica del *do ut des*- del producto, pero también una explicación del apalancamiento y de sus efectos, de la volatilidad del precio del instrumento financiero, de otros posibles costes asociados distintos del de adquisición del instrumento -v.gr., cancelación anticipada- y de eventuales obligaciones adicionales.

Añade la Sala Primera -FJ 8- que, "además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad".

"La entidad financiera debe realizar al cliente un *test de conveniencia* , conforme a lo previsto en el *art. 79 bis.7 LMV* ( *art. 19.5 Directiva 2004/39/CE* ), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus *competencias en materia financiera* . Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (...).

...Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al *art. 79bis. 6 LMV* ( *art. 19.4 Directiva 2004/39/CE* ). El *test de idoneidad* opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. ***La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*** .

Y continúa diciendo (FJ 9): "Como afirma la ***STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L*** . (C-604/201), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de ***la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente*** " (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el *art. 52 Directiva 2006/73* , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del *art. 4.4 Directiva 2004/39/CE* " .

"El ***art. 4.4 Directiva 2004/39/CE*** define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " *la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros* ". Y el ***art. 52 Directiva 2006/73/CE*** aclara que " *se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor* (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público".

" ***De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público*** " (apartado 55)".

Finalmente, destacaremos, en relación con el incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad, lo que dice en sus propios términos la Sala Primera -FJ 13- y a lo que se remite el propio laudo en su Fundamento 6:

"Sobre la base de la apreciación legal de la ***necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error*** , l *a normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación* .

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado *test de conveniencia* . En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado *test de idoneidad* .

***En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía*** .

En caso de incumplimiento de este deber, ***lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo*** . ***La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo "*** .

**NOVENO** .- De acuerdo con los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los fundamentos quinto, séptimo y octavo, deben examinarse las concretas circunstancias del caso desde la perspectiva que es propia de la acción de anulación: si los razonamientos del laudo vulneran el orden público por quebrantar postulados elementales de la contratación de productos financieros complejos y/o lesionar derechos fundamentales y libertades públicas. Desde esta perspectiva, la Sala ha de respetar el juicio de hecho, salvo valoración irracional o ilógica de la prueba deducible de su motivación, y puede revisar sin limitaciones el juicio de Derecho para delimitar, eso sí, si los eventuales defectos de motivación son subsumibles en la categoría " *infracción del orden público* ".

Debemos partir de una base incontrovertida según lo expuesto en los fundamentos precedentes: las entidades financieras al contratar y los árbitros al resolver las

controversias derivadas de esa contratación deben valorar la índole compleja o no del instrumento contratado, la experiencia en materia financiera del cliente y la naturaleza de la actividad -mera comercialización o de asesoramiento- desarrollada por la entidad de inversión para precisar el contenido y alcance de la información que se ha de proporcionar al cliente.

Un error craso, patente del árbitro sobre todos o alguno de estos extremos -ya derive de la aplicación normativa, ya de la valoración probatoria- condiciona y, en su caso, puede hacer imposible la exigible adecuación a razón de la motivación del laudo desde el prisma del inexcusable respeto a la buena fe contractual, particularmente relevante y exigible, como hemos visto, cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio entre las partes por razón de la complejidad del producto y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

A modo de ejemplo: si, con palmaria equivocación -en contra de normas imperativas de ineludible aplicación porque son normas que tratan de preservar la buena fe contractual-, el árbitro reputase como no complejo un instrumento financiero que lo es sin posibilidad de prueba en contrario - *iuris et de iure*- , muy probablemente -habría de ser verificado- no ponderará adecuadamente las obligaciones de información de la entidad financiera en una contratación de tal naturaleza... O si, en segundo término, los árbitros errasen al calificar o simplemente no analizasen la índole de la actividad de la entidad financiera en la contratación -mera comercialización o asesoramiento-, tampoco repararán, previsiblemente, en las dispares exigencias de información en uno y otro caso.

La consecuencia, como ya pusimos de relieve ennuestras Sentencias 13/2015, de 28 de enero, y30/2014, de 14 de abril, será la arbitrariedad de la motivación -asentada sobre presupuestos radicalmente erróneos por falta de análisis de premisas insoslayables del proceso racional de formación de la decisión- con la consiguiente infracción del orden público procesal y también del orden público económico; y ello por las circunstancias concretas de este tipo de contratos, donde, con carácter general, a salvo de que todos los contratantes sean profesionales de los mercados, el contrato tiene lugar en una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes, de lo que se sigue con especial evidencia la necesidad de preservar el principio de buena fe.

Cumple, pues, analizar, en el ámbito propio de la acción que nos ocupa y sin perjuicio de su correcta calificación, las cuestiones que acabamos de señalar, confrontadas con lo que sobre ellas dice el laudo y con los criterios de enjuiciamiento antes establecidos.

Sobre la inequívoca naturaleza de asesoramiento -no de mera comercialización- desarrollada por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., y los deberes de información inherentes a tal asesoramiento.

El laudo parte de unos hechos probados, enunciados en los §§ 34 y 35 de su Fundamento Primero - *supra* transcritos-, que revelan en términos jurídicos, sin lugar a la menor duda, que la labor de la entidad financiera en la contratación de este swap fue una labor de asesoramiento y no de mera comercialización. Hubo de realizarse, pues -a todas luces-, el test de idoneidad, y ni siquiera consta realizado el de conveniencia.

En este sentido, es particularmente ilustrativo el reconocimiento expreso (§ 35) de que la Sra. " *Andrea, gestora de la oficina de Banca de Empresas de BBVA en Burgos,* ***entra en contacto con los hermanos Vicente Salvadorpara ofrecerles sus servicios***

***y presentarles los diferentes instrumentos financieros del Banco que les pudieran resultar de interés para su actividad empresarial. Hasta el momento, GORI TRANSBUR no mantenía ninguna relación con BBVA".***

No es discutible a la vista de lo que antecede -y, de hecho, no se discute- que el banco asesoró a GORI TRANSBUR (art. 4.4 Directiva 2004/39) ... Se recordará que, en estas circunstancias ( *art. 19.4 Directiva 2004/39/CE* ), es inexcusable, por parte de la entidad financiera y siempre que el otro contratante no sea un profesional de los mercados, el llamado *test de idoneidad, que* opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. *La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan* .

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " ***deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias*** " (apartado 3).

El *art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero* , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " *proporcionar a sus clientes* (...) *una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional* ". Y aclara que esta descripción debe " *incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas* ".

En su apartado 2, concreta que " *en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

*a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos , y el riesgo de pérdida total de la inversión.*

*b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*

*c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.*

*d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento* ".

Anticipamos ya, aunque será objeto de ulterior ponderación, que ni el laudo repara

en esta necesidad de especial información, ni en él se encuentra motivación alguna sobre que el Banco haya analizado la situación financiera y los objetivos de inversión de GORI TRANSBUR a la hora de recomendar el producto, con el correlativo análisis de la incidencia del riesgo que se asume sobre el apalancamiento y/o la subsistencia misma de la empresa: el Laudo se limita a afirmar, de un modo semejante al *ita ius esto* , " *que el Banco contaba con la información necesaria sobre su cliente, conociendo el nivel de formación, experiencia y conocimientos de sus representantes, y su capacidad para valorar la conveniencia y los riesgos de las operaciones contratadas, por haberlo declarado y reconocido así expresamente en las cláusulas 5 y 7 de los documentos de Confirmación firmados entre las partes" (§ 61)* .

La realidad es, como revela lo reseñado en el fundamento sexto, que el Laudo no analiza los deberes de información de la entidad desde el prisma inexcusable de si mediaba labor de asesoramiento o de mera comercialización porque parte de la apreciación, patentemente errada, de la no aplicación al respecto de las obligaciones contenidas en la LMV, sin aludir para nada a las que directamente emanan de la propia Directiva; y, desde esta premisa, da por buena tanto la afirmación de los administradores contratantes de que lo entienden todo por haberlo reconocido expresamente en cláusulas de adhesión de los documentos de Confirmación, como la aseveración de los árbitros de que dichos administradores gozan de la experiencia suficiente por la contratación de un primer swap, y máxime cuando considera el Tribunal arbitral que se trata de un producto financiero " *que no resulta de difícil comprensión* ", porque su objeto no es de especial complejidad, como lo revela la explicación que les fue dada a los hermanos Salvador Vicenteacerca de cómo operaba la permuta de intereses.

Nos referiremos a esta cuestión acto seguido.

Sobre la complejidad de los instrumentos financieros contratados ( Swaps ) y los deberes de información inherentes a dicha complejidad.

Ante todo, conviene señalar que los dos swaps contratados son productos legal y realmente complejos, como hemos anticipado, sin posibilidad de prueba en contrario .

Pues bien, a la vista de la descripción de la mecánica del contrato -atendiendo a la transcripción de las grabaciones donde se explica tan solo la mecánica del *do ut des* , del intercambio o permuta de intereses entre las partes-, el laudo se manifiesta sobre su complejidad o no en los escuetísimos, pero inequívocos términos que hemos reproducido: producto financiero " *que no resulta de difícil comprensión* ", y cuyo objeto " *no es de no especial complejidad* ".

La Sala analizará en un momento posterior cómo ha ponderado el laudo la capacidad de conocimiento de estos productos por los administradores de GORI TRANSBUR, a quienes en ningún caso se les reputa como profesionales de los mercados, siendo entonces su condición, a todos los efectos, la de clientes minoristas: anticipamos ya que el laudo, en realidad, no se mueve -habiendo debido hacerlo- en esa dicotomía de posible calificación del cliente: el laudo, sin entrar en esa disquisición, solo analiza si el cliente entendió el producto; de ahí la importancia de calibrar, como cuestión previa, el grado de complejidad que el propio laudo atribuye al instrumento financiero, pues tal es el parámetro condicionante de la información que sobre él se hubiera de suministrar y, en consecuencia, de lo que el cliente hubiera debido comprender acerca del mismo.

Es patente, sin necesidad de elucubración alguna, que el laudo no está reputando el swap como un producto complejo: complicado, enmarañado o difícil (2ª acepción RAE): no

es complejo, por definición, lo que no es de difícil comprensión.

De nuevo, a modo de conclusión anticipada: el laudo yerra gravemente, de forma ostensible y patente, cuando no reconoce la complejidad del *swap* , considerando como suficientemente expresivas y acreditativas de la explicación acerca de los riesgos que se corren por el cliente la consignada en las grabaciones que transcribe, donde se explica el mero intercambio de tipos. El laudo da por bueno *que el riesgo que tiene la operación es asumir la caída que puedan tener el Euribor 3 meses* . Ese es el único " *escenario de riesgo* " que se contempla por los árbitros como necesario para contratar equitativamente el instrumento ofertado.

El error patente, la ignorancia de normas imperativas en que incurren los árbitros se refiere tanto a la calificación del producto como a la comprensión misma, absolutamente simplificada, del instrumento financiero analizado.

En primer lugar, ya la propiaDirectiva 2004/39 -art. 19.6- excluía los derivados como instrumentos financieros no complejos. Y laLey del Mercado de Valores prohíbe expresamente considerarlos como un instrumento financiero no complejo (arts. 79 bis 8 iiyart. 2.2, LMV). Ya señalamos en nuestraSentencias 30/2015y31/2015que ni siquiera vale decir, en este punto, que la Ley 47/2007 no existía cuando se elaboró el contrato: circunstancia concurrente en los casos resueltos en esas sentencias; a fortiori hemos de concluir ahora, cuando la contratación se efectúa vigente la Ley, y el laudo apela, sólo en relación con el primer contrato, a una transitoria que en absoluto excusa la aplicación del art. 2.2 LMV.

Y es que la conclusión que la Sala defiende se sustenta en una razón evidente: la ley no configura la complejidad del contrato, sino que reconoce y califica una realidad contractual que, salvo argumentación y prueba en contrario, aquí inexistentes, era la misma antes y después de su promulgación.

Dicho de otra manera: un laudo arbitral, sea de equidad o de Derecho, no puede, sin incurrir en arbitrariedad, calificar en 2014 como producto financiero no complejo un derivado que, desde diciembre de 2007, es reputado por la ley, en desarrollo de una directiva de 2004, no sólo como producto complejo, sino como un instrumento financiero que no puede ser calificado como no complejo... Decimos que un laudo así es arbitrario no en abstracto, sino a la vista de que no motiva en absoluto el porqué de su calificación frontalmente opuesta a lo que proclaman al respecto Derecho imperativo de la Unión Europea y del Estado...

Esto que señalamos lo es desde una perspectiva previa y distinta de la consideración de la existencia o no de un error vicio en la contratación: la arbitrariedad lo es por la ignorancia de exigencias indeclinables, normativamente inexcusables, que definen la buena fe en la contratación. Cierto que la calificación legal, post MiFID, de los productos como complejos es independiente de la comprensión real de los mismos -como afirma la demandada en sus alegatos-; pero no es menos cierto que, con independencia de la concurrencia o no de un error que vicie el consentimiento, los árbitros, como los jueces, deben asentar el proceso racional de formación de su decisión sobre aquellas premisas, lógicas y jurídicas, que, por resultar imperativas, condicionan el examen no arbitrario de la *res in iudicio deducta* .

En segundo lugar, el laudo evidencia una comprensión del instrumento financiero analizado absolutamente simplificada: revela, sin lugar al menor equívoco -lo hemos transcrito-, que ha juzgado suficiente que la demandante de anulación fuese consciente de

la aleatoriedad del negocio que suscribía -juego de los tipos de interés en el swap.

Ahora bien, como razona la jurisprudencia delTS sobre el error vicio -aludida en el propio laudo (S. 20.1.2014), en contratos de esta naturaleza - productos financieros complejos ofertados a un no profesional-, la representación mental que excluye el error invalidante ha de comprender tanto la aleatoriedad como los concretos riesgos en que ésta consiste, pues de lo contrario no se halla en condiciones objetivas, con arreglo al principio de buena fe, de prestar un consentimiento consciente -"con conocimiento de causa", en la locución del art. 79 bis 3 LMV- y no susceptible de incurrir en error. En palabras, del TS: " **conviene apostillar que la representación (** mental que excluye el error del contratante en estos casos **) ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos** ".

***Con una concepción del swap como la que revela el laudo, es evidente que su comprensión puede ser asumida no ya por un empresario medio, sino por cualquier persona, tenga o no experiencia en finanzas, dotada de una inteligencia media o normal y con una formación matemática muy elemental... Obviamente, tal no es la cuestión*** .

La simplificación en que incurre el laudo es tan evidente que obliga a la Sala a dejar constancia de una aproximación a la realidad de la complejidad del producto -ni siquiera atisbada en el laudo-, pues esa complejidad condiciona el análisis no arbitrario, sea en equidad o en Derecho, de la información que se debió suministrar al contratante no profesional del instrumento financiero y, por tanto, condiciona también el examen no arbitrario del conocimiento de causa con que aquél se haya comprometido.

Es imprescindible para contratar con el conocimiento de causa que la buena fe demanda que ambas partes (no sólo una de ellas) tengan claro cómo se ha calculado el tipo fijo o variable que se ofrece a cambio de los pagos variables en el swap, y qué previsiones han sido manejadas por la entidad financiera para determinar las variaciones de los tipos. ***Se trata de saber, por supuesto al margen de que se cumplan las previsiones, si alguna de las partes comienza la relación en un punto de partida no equilibrado, con una ganancia prevista y, en su caso, el grado de ese desequilibrio inicial y su porqué*** -v.gr., por el riesgo de crédito del cliente-.

Todas estas cuestiones son de normal conocimiento para los clientes profesionales que se manejan en los mercados, pero de muy difícil aprehensión para cualquier persona que no intervenga en ellos; mercados extrabursátiles, no regulados (OTC) y de acceso limitado -por no decir inexistente- para los clientes minoristas.

Evidentemente que a las entidades financieras les es exigible que alerten sobre las consecuencias perjudiciales que puedan tener para el cliente las bajadas o subidas de los tipos ( *swap* )... Pero no se trata sólo de eso -tal entendimiento entraña una simplificación espuria e irracional de dicho instrumento financiero... Como hemos dicho, *se ha de informar de las previsiones manejadas por la entidad en el momento de la contratación, a la hora de fijar los tipos* : es la única forma de que la parte débil de la contratación sepa si parte de una relación equilibrada y, de no ser así, en qué grado y por qué razones...; también se ha de informar de otros costes u obligaciones asociados a la operación financiera, tales como, señaladamente, los de cancelación anticipada de la misma... Entonces, y solo entonces, podrá con libertad percibir los verdaderos riesgos inherentes a la contratación - *no solo los que derivan del do ut des del producto, sino los asociados a su eventual cancelación y a las previsiones que se han manejado por la entidad ofertante del mismo* - y decidir, con arreglo a la buena fe, si asume o no tales riesgos.

A estas obligaciones de información se ha de añadir -como hemos indicado en el apartado precedente-, las que son inexcusables cuando la entidad financiera asesora y no se limita a comercializar el instrumento financiero de que se trate: *un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan* .

Pues bien, la simpleza de la información considerada como suficiente por el laudo -sobre la base de una ausencia ostensible de ponderación acerca de la labor de asesoramiento que desempeñaba BBVA y de las consiguientes obligaciones de obtención y análisis de información sobre el cliente- contraviene, en sí misma, la conceptuación legal del swap como producto complejo, sin precisar los efectos reales que pudiera tener en relación con el endeudamiento al que subviene, sin un mínimo análisis del grado de apalancamiento, esto es, del grado dependencia de la deuda contraída que tiene la minorista contratante, lo cual, obvio es decirlo, puede incidir derechamente en la subsistencia misma de la empresa. Y es que a ese error ostensible de calificación sobre la labor de asesoramiento que desempeñaba BBVA, se une, como hemos visto, otro yerro igualmente ostensible de laudo: reputar el contrato de swap como un producto financiero de no difícil comprensión.

En este sentido, no es ocioso insistir -por más que resulte obvio- en que la principal razón de ser de estos deberes de información respecto de las personas físicas y jurídicas no profesionales en la contratación de instrumentos financieros complejos es proteger la buena fe, inexistente cuando no media recto conocimiento de causa, por desigualdad en la comprensión del producto, a la hora de emitir el consentimiento ***. Estamos, en suma, ante una normativa de orden público económico con un claro carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios*** .

En congruencia con lo que antecede, es importante dejar constancia de que el laudo adolece de un serio defecto de motivación: ni examina ni, por tanto, entiende acreditado que, ***en el momento de la contratación*** , se haya analizado la situación financiera de GORI TRANSBUR, SL, al efecto de verificar si los *swaps* eran los productos más conveniente para sus necesidades; tampoco consta analizado y probado que, ***en ese momento*** -ni en otro ulterior-, se le haya proporcionado información sobre las previsiones de evolución del Euribor -posibles escenarios de variación de los tipos-, ni sobre posibles riesgos de exceso de apalancamiento -de desproporción entre el capital propio y el crédito-, etcétera. La generalidad del laudo sobre la información aportada a GORI TRANSBUR y la que estima suficiente evidencia ese patente déficit de motivación de que hablamos.

Conclusión que se sigue inequívocamente de los hechos y argumentos consignados en el Laudo, y aun haciendo cuestión aparte la Sala de la pretendida falta de información sobre los costes de cancelación anticipada de los swaps contratados, de cuya relevancia no cabe dudar incluso desde la más estricta perspectiva del error vicio (por todas, FJ 11,STS, 1ª, Pleno, 491/2015, de 15 de septiembre, ROJ STS 3868/2015), pero que, en efecto, se alega como cuestión nueva en el acto de la vista, sin que tal omisión de información resulte indiscutible a la luz de la documental aportada a esta causa y de lo manifestado en el propio laudo.

**3.- Sobre el análisis que el laudo hace del conocimiento o capacidad de comprensión por los administradores de GORI TRANSBUR de los instrumentos**

**contratados.**

Una vez expuesto lo que antecede, el examen de esta cuestión conduce a una conclusión inexorable -que bastaría con constatar: la radical simplificación en la concepción del producto financiero vicia de raíz el análisis del laudo sobre la prestación del consentimiento por GORI TRANSBUR, S.L.: el laudo ni siquiera se plantea, en sentido estricto, si el destinatario de los swaps es un profesional o un minorista: se limita a decir que sus administradores, empresarios de transporte con una flota de 10 o 12 camiones " ***que dedican su trabajo y mejores esfuerzos al sostenimiento y viabilidad de la empresa"*** , fueron conscientes de los riesgos que llevaba aparejado un producto de no difícil comprensión, el swap ... A lo que se añade -como ya hemos dicho- que si el propio laudo no entra ni siquiera a analizar la obtención y ponderación por la entidad financiera, antes de ofertar y contratar el producto, de una información sobre el cliente que venía inequívocamente exigida por su labor de asesoramiento (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE), entonces no cabe sino concluir, una vez más, que el juicio sobre la capacidad de comprensión de lo que se contrata queda atrofiado por la propia concepción, igualmente raquítica, que se asume acerca del instrumento financiero y de los deberes de información al contratante y de análisis sobre el contratante que asistían al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Lo anterior es de por sí demostrativo, a la par que *ratio decidendi* , de que hayamos de concluir que el laudo, en este punto, no puede superar el test del " *canon de la arbitrariedad* " -recuérdese que el laudo nunca califica como profesional de los mercados a GORI TRANSBUR-, con la consiguiente infracción delart. 24.1 CE, a la vez que vulnera reglas imperativas que delimitan el alcance del principio de buena en este ámbito contractual.

Sin embargo, también hemos de añadir, con no menor importancia, que, a la hora de entender acreditada esa capacidad de comprensión de los administradores de GORI TRANSBUR, el laudo pondera extremos que ni son los que la Directiva y la Ley de trasposición establecen para excusar de la información aquí omitida sólo en los casos de clientes profesionales, ni, aun hecha cuestión aparte de tales criterios legales -los definitorios de un profesional de los mercados-, las circunstancias consideradas por el Laudo tienen que ver, con una mínima especificidad, con la experiencia de los administradores de GORI TRANSBUR en los mercados financieros propiamente dichos.

Son demostrativos de lo que decimos los datos que pondera el laudo -y los que no pondera- sobre los administradores solidarios de la contratante, hermanos Vicente Salvador:

1º Son administradores de una empresa de transportes, con un flota de 10 o 12 camiones en 2008, " *que dedican su trabajo y mejores esfuerzos al sostenimiento y viabilidad de la empresa* ".

2º Hasta el momento de suscribir el primer swap habían contratado para adquirir camiones y diversos activos " *diferentes instrumentos de financiación externa* " -sin más precisiones-, ascendiendo su deuda a 700.000 euros.

3º En el momento de dictarse el laudo, *la flota de camiones alcanza los veinte vehículos, da empleo a 28 trabajadores y su volumen de facturación se sitúa en torno al millón y medio de euros. La empresa ha cerrado sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013 presentando pérdidas.*

4º El laudo no constata ningún tipo de experiencia previa en la contratación de productos de inversión, ni tampoco hace la menor referencia a la capacitación personal de los hermanos, por ejemplo, desde el punto de vista de su titulación académica.

5º El laudo se basa en sus afirmaciones, grabadas, de que comprenden el producto -la mecánica del intercambio de tipos de interés y los riesgos derivados de la bajada del Euribor.

6º Y, por último, el laudo confiere especial importancia a la firma de los contratos de confirmación, donde los firmantes reconocen -cláusulas 7.ii) y iii) del primer contrato, y 5.iv) del segundo, *supra* transcritas-, " *que son capaces de valorar la conveniencia e idoneidad de la operación* ", "reconociendo expresamente ***disponer de los conocimientos y experiencia necesarios para suscribirla, así como ser conscientes de los riesgos que entrañaba" (§ 48). Y reconociendo también el cliente del banco -en cláusula de adhesión abiertamente contraria a la Directiva 2004/39 y a la LMV (cláusula 7.iii) -, "que no se basa en comunicación alguna (verbal o escrita) de la otra Parte como asesoramiento financiero, ni ha sido asesorada por la otra Parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las condiciones de la Operación*** *".*

En este punto ***el Laudo da por bueno, en la práctica, que los inversores minoristas acepten, por la firma de cláusulas predispuestas, la renuncia a todos los derechos de información que normas imperativas de inexcusable observancia les confieren..., como veremos, como condición de validez de la actuación de la entidad de inversión. Lisa y llanamente, huelga todo comentario*** . Y máxime, cuando el propio laudo declara probado " *el reconocimiento por los hermanos de no haber leído los contratos al firmarlos* " (FJ 3, ***§ 55)*** .

7º Finalmente, el laudo excusa la realización del test de conveniencia en el segundo contrato, de 2010, ante la evidencia de que no puede invocar la DT 1ª L. 47/2007, con apoyo en que resulta intrascendente, carente de efectos, " ***ya que este segundo contrato se encontraba convalidado al haber suscrito con anterioridad GORI TRANSBUR una primera operación de permuta de tipo de interés, por lo que ya quedaba acreditado que contaba con experiencia y conocimiento en este tipo de contrato.***

***En otras palabras: la previa suscripción de un contrato de swap es experiencia suficiente para reputar como profesional a un inversor minorista.***

El análisis efectuado por el laudo puede y debe ser contrastado con algunos postulados elementales de la Directiva 2004/39 sobre qué se ha de considerar como cliente profesional, para así dispensarlo de las exigencias de información inherentes a la buena fe contractual, expresión misma de la equidad, en caso de desequilibrio de los contratantes en el conocimiento del objeto del contrato.

El art. 4.1.11) de la Directiva remite a su Anexo II, del que destacan, por su pertinencia al caso, los siguientes extremos:

*ANEXO II* **CLIENTES PROFESIONALES A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE DIRECTIVA**

Cliente profesional es todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar

correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones. Para ser considerado cliente profesional, el cliente debe cumplir los siguientes criterios:

I. **Categorías de clientes que se consideran profesionales**

**(2) *Grandes empresas que, a escala individual, cumplan dos de los siguientes requisitos de tamaño de la empresa* : - total del balance: 20 000 000 de euros; - volumen de negocios neto: 40 000 000 de euros; - fondos propios: 2 000 000 de euros.**

Se considera que las entidades mencionadas anteriormente son profesionales. Sin embargo, debe permitírseles solicitar un trato no profesional, y las empresas de inversión pueden acordar conceder un nivel de protección más alto. Cuando el cliente de una empresa de inversión sea una empresa en el sentido antes mencionado, la empresa de inversión debe informarle, antes de prestar servicio alguno, de que, en base a la información de que dispone, se le considera un cliente profesional, y de que se le tratará como tal a menos que la empresa y el cliente acuerden otra cosa. La empresa debe también informar al cliente de que puede pedir una modificación de las condiciones del acuerdo para obtener un mayor grado de protección.

Corresponde al cliente reputado profesional solicitar un mayor nivel de protección cuando considere que no está en condiciones de valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone.

Se concederá este mayor nivel de protección cuando un cliente reputado profesional celebre con la empresa de inversión un acuerdo por escrito que estipule que no será tratado como profesional a efectos del régimen de conducta aplicable. El acuerdo debe precisar los servicios, operaciones o tipos de productos u operaciones a los que se aplica.

II. **Clientes que pueden ser tratados como profesionales si así lo solicitan**

II.1. *Criterios de identificación*

Ciertos clientes distintos de los mencionados en la sección I, entre los que se incluyen los organismos del sector público **y los inversores minoristas** , pueden también estar autorizados a renunciar a parte de la protección que les ofrecen las normas de conducta de las empresas de inversión.

Las empresas de inversión deben, pues, estar autorizadas a tratar como profesionales a cualquiera de dichos clientes, siempre que se respeten los criterios pertinentes y el procedimiento mencionado a continuación. Sin embargo, no debe considerarse que estos clientes poseen unos conocimientos y una experiencia del mercado comparables a los de las categorías enumeradas en la sección I.

Esta renuncia a la protección que conceden las normas de conducta ***solamente se considerará válida*** si la empresa de inversión efectúa una evaluación adecuada de la competencia, la experiencia y los conocimientos del cliente que le ofrezca garantías razonables, a la vista de la naturaleza de las operaciones o de los servicios previstos, de que el cliente es capaz de tomar sus propias decisiones en materia de inversión y de comprender los riesgos en que incurre.

**El criterio de idoneidad aplicado a los directivos y gestores de las entidades autorizadas conforme a las directivas del ámbito financiero podría considerarse un**

**ejemplo de la evaluación de la experiencia y los conocimientos. En el caso de las pequeñas entidades, la evaluación debe efectuarse sobre la persona autorizada a realizar operaciones en nombre de éstas.**

***En el marco de la evaluación antes citada debe comprobarse que se cumplen, como mínimo, dos de los siguientes criterios*** **:**

**- que el cliente haya realizado en el mercado de valores de que se trate operaciones de volumen significativo con una frecuencia media de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;**

**- que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente, formada por depósitos de efectivo e instrumentos financieros, sea superior a 500 000 euros;**

**- que el cliente ocupe o haya ocupado por lo menos durante un año un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o los servicios previstos.**

Lo que acabamos de transcribir evidencia, en primer lugar, que el laudo no ha analizado si GORI TRANSBUR es una gran empresa -lo que permitiría reputarla como cliente profesional- por cumplir dos de los tres requisitos establecidos en la Directiva; por el contrario, la referencia del propio laudo a su facturación en 2013 es acreditativa, a todas luces, de que debió ser tratada como cliente minorista.

El laudo, aunque con patente insuficiencia, va en la línea de analizar la competencia de las personas autorizadas a realizar las operaciones: es cierto que el inversor minorista -el no profesional- puede renunciar a " *parte de la protección que les ofrecen las normas de conducta de las empresas de inversión* ". Pero para ello se ha de seguir un procedimiento determinado, y la Directiva, con toda lógica, prevé que se hayan de evaluar - **" *como condición de validez* "** - aspectos derechamente encaminados a acreditar que el administrador societario ha intervenido en los mercados de valores de que se trate por las concretas operaciones que haya realizado -frecuencia media de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores-, por haber ostentados cargos en el sector financiero que requieran conocimientos sobre las operaciones o servicios contratados, o que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente minorista supera los quinientos mil euros.

No se trata solo de que estas reglas sean imperativas -para preservar la buena fe y el equilibrio o equidad en la contratación-, se trata también de que responden a una aplicación elemental de las reglas de la lógica a la valoración probatoria y, en particular, a las inferencias o presunciones que se hayan de realizar.

En conclusión: la Sala no discute la racionalidad de que el Tribunal arbitral haya declarado probada la experiencia empresarial de los contratantes: ***lo que decimos es que los extremos que se declaran probados no permiten racionalmente inferir el conocimiento por su parte de instrumentos financieros complejos como el que es objeto de impugnación*** ... Con ese planteamiento y con semejante silogismo, a todo empresario pequeño o medio, que desarrolle su actividad empresarial contratando "instrumentos de financiación externa" que no se precisan, habría que presuponerle la capacidad de comprender instrumentos financieros complejos, derivados en mercados OTC, con la simple explicación que el laudo da por buena: la mecánica explícita del *do ut des* , sin escenarios de evolución de tipos -volatilidad del producto-, sin explicación del cálculo de los tipos de referencia del swap, sin exposición de los riesgos para la empresa, ni análisis del

grado de apalancamiento que el producto entraña....

***Resulta evidente de toda evidencia -patente- que tal inferencia probatoria ni se acomoda a la lógica -del hecho probado no se infiere el hecho presunto-, ni se corresponde con el mandato ínsito y explícito de reglas imperativas de inexcusable observancia (v.gr., art. 4.1.11 y Anexo II de la Directiva 2004/39 ).***

Más allá de la irracional valoración probatoria, revela que ese mandato explícito de la Directiva -en la determinación de qué extremos han de ser valorados para entender que un minorista puede ser tratado de un modo parecido, nunca igual, a un cliente profesional- es de inexcusable observancia el hecho de que los criterios de evaluación sentados por el Anexo II, como condición de validez, son precisos y claros, no necesitados de mayor desarrollo para la comprensión y aplicación de las garantías que confieren al inversor minorista: así lo revela el dato de que las previsiones del Anexo II de la Directiva se recogen, en su propios e imperativos términos, en losapartados c) ye) del art. 78 bis 3) de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción vigente desde el 21 de diciembre de 2007.

Se da de nuevo aquí, con mayor claridad si cabe, algo que ya hemos puesto de manifiesto a la hora de analizar la calificación del instrumento financiero como no complejo: en primer lugar, que, más allá de la vigencia de la LMV en el momento del contrato, la Directiva misma debió ser aplicada; y, en segundo término, desde el punto de vista de la racionalidad de la motivación del laudo a la hora de ponderar los conocimientos de los administradores de GORI TRANSBUR, nada justifica que, existiendo unos criterios legales imperativos, vigentes -aun cuando cupiera, que no cabe, ignorar la Directiva- desde diciembre de 2007, los árbitros no hayan examinado ninguno de los criterios que obligadamente se han de evaluar al analizar la experiencia y conocimientos de los administradores de un minorista, pues son condición de validez de la renuncia que el minorista pueda efectuar a la protección de las normas de conducta y a los deberes de información que se le imponen a la empresa de inversión.

Esto último responde también, *sin necesidad de mayor comentario* , a la nula trascendencia que cabe atribuir al reconocimiento expreso por los minoristas de que conocen perfectamente el producto -sus riesgos y volatilidad-, cuentan con experiencia suficiente y no precisan asesoramiento de ninguna clase.

**DÉCIMO** .- A la luz de lo expuesto, el propio iter discursivo del laudo evidencia que, con arreglo a sus premisas, la conclusión, a falta de prueba de que la entidad de inversión haya facilitado la información inexcusable sobre los riesgos reales del contrato, tuvo que ser y debió ser el quebrantamiento del principio general de buena fe al contratar con la minorista, con la consiguiente falta de equidad del contrato imputable a quien no acredita el cumplimiento de los deberes que le asisten.

En definitiva: en el presente caso, con sus singularidades, sucede algo parecido -más acusado, si cabe- a lo acaecido en el proceso de anulación resuelto pornuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero, y que aboca a su misma conclusión: el laudo asienta su decisión sobre la base de la ***infracción patente de normas imperativas que, en tanto que tuitivas del principio general de buena fe, son de inexcusable observancia*** : de un lado, un error grosero de calificación sobre los deberes de información de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA al no realizar el test de idoneidad -y ni siquiera el de conveniencia-, dando por buena, *en contra del principio general de buena en fe la contratación* , la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación por no reputar el producto como complejo; de otro lado, la consideración, inequívocamente

errada, de que el producto financiero que se contrata no es complejo; y finalmente la inferencia irrazonable o arbitraria que sobre el conocimiento del producto tienen los contratantes sin asentar esa presunción sobre hechos-base o indicios de inexcusable observancia, por venir impuestos, como condición de validez, por normas imperativas.

Estas contravenciones patentes de normas imperativas de inexcusable observancia, por tuitivas del principio de buena fe, hacen que la motivación del laudo sea arbitraria: los presupuestos sobre los que se asienta el fallo son tan ostensiblemente errados que vician de raíz la motivación que se erige en *ratio decidendi* del laudo.

La cuestión -en este ámbito de decisión- no es ya tanto si el laudo acertó o no al no apreciar error que invalide el consentimiento emitido por GORI TRANSBUR: la cuestión es, como decimos, que asentó su decisión sobre unos presupuestos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables, a la vista de los hechos que el propio laudo declara probados. Al errar patentemente sobre los deberes de información que asistían a BBVA, al valorar ilógicamente y contra criterios legales inexcusables la capacidad de comprensión del producto de los administradores de GORI TRANSBUR, y al errar, con no menor claridad, sobre la declarada, legal y jurisprudencialmente, naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado, el laudo no puede ponderar adecuadamente -en los términos en que la Ley y la equidad exigen- la relevancia sobre la validez del consentimiento emitido que pudiera tener la omisión de unas informaciones que debieron proporcionarse y que, *arbitrariamente* , el laudo ni siquiera pondera en su motivación.

En estas circunstancias, la Sala hace ver la necesidad de tener presente que, en este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ***ni incide*** , en si los contratos debieron ser anulados o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, *ex* art. 24.1 CE, en un doble sentido: incurre tanto en irracional valoración probatoria como en manifiesta contravención de reglas legales imperativas que constituían inexcusables premisas del proceso racional de formación de la decisión; como sucede que, además, esas normas de *ius cogens* son expresión del principio general de buena fe contractual, y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1.f) LA por esta circunstancia añadida. Viene a cuento, por su especial claridad en la línea de lo que decimos, el FJ 4,4ª de laSTS, 1ª, 17.2.2014 -ROJ STS 1353/2014-, que advierte cómo la omisión de las informaciones debidas puede dar lugar a distintas infracciones, escindibles en su análisis, como son la infracción misma de las normas imperativas, el quebrantamiento de la buena fe contractual y la anulación del contrato por error-vicio, concluyendo la Sala Primera que " *para esas y otras infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios"* .

**UNDÉCIMO** .- No ha lugar a la imposición de costas, porque, aunque se acuerde la anulación del laudo, la Sala atiende a las dificultades de Derecho que el caso suscita (art. 394.1 LEC) y a la circunstancia de haber apreciado de oficio, *ex* art. 41.2 LA, una causa de anulación del laudo impugnado no invocada por la actora.

Vistos los artículos de aplicación,

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS** la demanda de anulación del laudo arbitral formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª María Concepción del Rey Estévez, en nombre y representación de **GORI TRANSBUR, S.L.** , anulando el laudo arbitral dictado con fecha 12

de junio de 2014 por el Tribunal Arbitral formado D. Juan de la Cruz Ferrer (Presidente), D. Antonio Fernández de Buján y Fernández y D. Luis Martín Cubillo, en el procedimiento arbitral nº 2.490, administrado por la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID; sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de Arbitraje).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

## Voto particular

DEL PRESIDENTE D. Francisco Javier Vieira Morante

Respeto la opinión mayoritaria de los dos Magistrados de la Sala, pero debo expresar mis discrepancias con alguno de los argumentos expuestos en la sentencia, a través de la formulación de este voto particular, de conformidad con elartículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Acepto los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho primero y segundo, cuyos argumentos comparto.

Sin embargo, discrepo de alguno de los que contienen el resto de fundamentos, por las siguientes razones:

PRIMERA.- Elartículo 41.2 de la Ley de Arbitrajeautoriza a apreciar de oficio los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado 1 del mismo artículo, pero tal facultad debe ser ejercitada con enorme prudencia. Sólo cabrá estimar, de oficio, un motivo de nulidad del laudo cuando se constate que en los propios hechos alegados y probados por las partes ponen de manifiesto que en el procedimiento arbitral se ha producido una evidente indefensión a una de las partes, pues no puede tolerarse que el laudo sea el producto de una situación de desigualdad palmaria; o cuando se hubieren resuelto en el laudo cuestiones no susceptibles de arbitraje, ya que debe impedir el Tribunal que pueda otorgarse eficacia de un laudo que resuelva cuestiones no susceptibles de arbitraje; o si se infringen manifiestamente en el laudo normas de orden público, para proteger los derechos y libertades fundamentales, que constituyen componentes esenciales del sistema jurídico.

Debiendo así ser excepcional la estimación de oficio de una causa de nulidad, estimo que no resulta palmariamente la concurrencia de una vulneración del orden público de los hechos expuestos por las partes en sus escritos ni de las circunstancias deducibles de la prueba practicada, por lo que la resolución de este Tribunal debió limitarse al análisis del motivo de nulidad alegado en la demanda, cuya desestimación comparto plenamente.

SEGUNDA.- Dada la causa de nulidad apreciada de oficio en la decisión mayoritaria -infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda -arbitrariedad y falta de lógica en la valoración probatoria que contienen el laudo, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como conocedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación.

Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Así lo indica con rotundidad la exposición de motivos de la Ley

de Arbitraje al decir que lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, y que se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Esta limitación implica, pues, que, afectando al fondo de las cuestiones debatidas en todo procedimiento, tanto la fijación de los hechos probados como la interpretación de las normas jurídicas aplicables, la valoración probatoria de la que parte el laudo arbitral y la aplicación del derecho en la que se basa su decisión deben quedar al margen, habitualmente, de la revisión sobre la nulidad del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado a este Tribunal. Igualmente, la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos probados es una facultad que corresponde a árbitro o colegio arbitral, al que las partes han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los Tribunales de Justicia ordinarios.

Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en elapartado f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitrajepodría este Tribunal, en el conocimiento de la acción de anulación, adentrarse en el conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes de la resolución de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Pero ello sin perder nunca de vista que no nos corresponde sustituir los criterios del laudo por otros que consideremos más adecuados o justos. Cierto es que, al conocer de la acción de anulación, cuando se han debatido en el arbitraje cuestiones jurídicas podemos no estar de acuerdo con la postura final aceptada por el laudo, sobre todo cuando discrepe con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero eso no nos autoriza a arrogarnos la facultad de impartir justicia en el caso concreto, pues lo impide la decisión de las partes de excluir la intervención de los Tribunales de justicia en la resolución de sus controversias.

Por ello, la apreciación de la vulneración del orden público debe realizarse con extrema cautela para no invadir competencias que no nos corresponden.

Hay una coincidencia general en la jurisprudencia en delimitar el concepto de orden público al que se refiere la ley de arbitraje a la vulneración en el laudo de derechos o libertades fundamentales. Siguiendo los postulados de laSentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Abril de 1986, la infracción del orden público se anuda a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente.

Esta vulneración puede provenir de la contravención de una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción pudiera impedir su observancia. Tales normas imperativas pueden ser de derecho nacional como de derecho internacional, pero para que menoscaben el orden público deben afectar a los principios esenciales del ordenamiento jurídico o, en palabras de lasentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV) de 1 junio 1999, una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad. En tal caso, la inaplicación de una norma imperativa que afecte a algún principio esencial puede ser un elemento a tomar en cuenta para considerar vulnerado un derecho constitucional, como el derecho a la tutela judicial efectiva por la irracionalidad o arbitrariedad en tal caso de la resolución dictada.

Algunas de las infracciones de orden público integran motivos específicos de

anulación del laudo diferentes del previsto en elapartado f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, por lo que ya tienen su tratamiento particular. La vulneración del derecho de defensa por no haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, está contemplada en el motivo del apartado b de dicho art. 41.1. Una manifestación de la infracción al principio de igualdad es el motivo del apartado d), por no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, siempre que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa legal, o, a falta de dicho acuerdo, no haberse ajustado a la Ley de arbitraje.

El resto, para que tengan encaje en la vulneración del orden público deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre los que resulta especialmente afectante al mundo del arbitraje el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin indefensión; garantía trasladable igualmente en el ámbito arbitral en cuanto medio alternativo de resolución de conflictos, equivalente al judicial.

TERCERA.- Una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es la derivada de la obligación de la motivación de las resoluciones. Lasentencia del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzorecuerda que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia de los Tribunales en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos.

En consonancia, cuando la motivación no permita conocer las razones de la resolución o ésta se base en argumentos que palmariamente no pueden conducir a ella aplicando las reglas elementales de la razón, debe entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra elart. 24.1 de la Constitución.

Pero no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría elartículo 24 de la Constitución(RCL 1978, 2836) (STC número 186/92, de 16 de noviembre( RTC 1992, 186 ); además, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 (RTC 1991,14) y25 de junio de 1992(RTC 1992, 101) ), y, en igual sentido,SSTS de 12 de noviembre de 1990y1 de febrero de 2006(RJ 2006, 2699). Según lasentencia del Tribunal Constitucional 178/2014, de 3 de noviembre, "el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990y112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991,5/1995y58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere 'arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable' no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987,fj 3º; 112/1996, fj 2º, y119/1998, fj 2º)". Pero también la misma sentencia recuerda que "el error en una resolución judicial, entendido como consideración del juzgador no acorde con la realidad, solo tiene relevancia constitucional cuando se trata «de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial,

predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que despliegue efectos negativos en la esfera del justiciable» (por todas,STC 47/2009, de 23 de febrero[RTC 2009, 47] , FJ 4)". Lassentencias del Tribunal Constitucional nº 164/2002y247/2006 de 24 julio(RTC 200647) abundan en la misma idea al decir esta última que «la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas» (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre [ RTC 2002, 164] , F. 4;186/2002, de 14 de octubre [ RTC 2002, 186] , F. 5;224/2003, de 15 de diciembre [ RTC 2003, 224] , F. 4; y29/2005, de 14 de febrero[ RTC 2005, 29] , F. 4).

Del mismo modo, la jurisprudencia del Supremo sólo ha identificado la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectos en la motivación con aquella que sea arbitraria, ilógica o absurda (Autos de la Sala 1ª delTribunal Supremo de Auto de 28 enero 2014. RJ 201493: Es doctrina de esta Sala que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, ésta no supera el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado enartículo 24 CE( RCL 1978, 2836 )... por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad (SSTS de 18 de junio de 2006, RC n.º 2506/2004 (RJ 2009,4754) , 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005 (RJ 2009,4458) , 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 (RJ 2009,4705) , 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005 (RJ 2010, 862) y7 de junio de 2010,RIP n.º 782/2006(RJ 2010, 5374).

Puede servir de referencia para diferenciar la infracción de la tutela judicial efectiva por crasos defectos de motivación de la sola contravención de normas legales discutidas los criterios que marca el propio Tribunal Supremo al distinguir el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Como señala lasentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2015, "la valoración que puede impugnarse en el recurso extraordinario por infracción procesal, como arbitraria o ilógica, es la que mediante el análisis de los medios de prueba permite fijar los hechos relevantes para la decisión del litigio. Y la arbitrariedad o falta de lógica que se impute a los razonamientos de una sentencia no es la derivada de la mera contrariedad a las normas que regulan la cuestión discutida en el litigio, pues esa infracción solo puede ser denunciada a través del recurso de casación", añadiendo a continuación la misma sentencia que la errónea valoración jurídica de los hechos "es una valoración ajena al recurso extraordinario por infracción procesal, y que corresponde en su caso al recurso de casación. Que la recurrente no esté de acuerdo en la solución que la Audiencia Provincial ha dado a las cuestiones suscitadas en el litigio no significa que los razonamientos de la sentencia sean arbitrarios o ilógicos".

Todas estas resoluciones, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo exigen, pues, para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por

defectos de motivación, un "plus" al mero error cometido en una resolución. Se refieren, en unos casos, a un error patente, manifiesto o, en otras, a un error inmediatamente verificable. Por ello, también la citadasentencia del Tribunal Constitucional nº 178/2014tuvo que precisar que, en su misión de protección de los derechos fundamentales, no le correspondía "la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en que incurran los órganos judiciales", insistiendo en que ese Tribunal "no es una tercera instancia competente para efectuar el control de las valoraciones de hecho y de Derecho realizadas por los jueces y tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce elart. 117.3 CE. De otro modo, el recurso de amparo quedaría transformado en una instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria (por todas,SSTC 210/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991, 210], FJ 5; y201/1994, de 4 de julio[RTC 1994, 201] , FJ 2)".

Una posición similar a la que describe en esta sentencia del Tribunal Constitucional respecto de su misión en protección de los derechos fundamentales es la que ocupa la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando debe valorar si un laudo incurre por su motivación en violación del derecho a la tutela judicial efectiva: no puede ni debe entrar en la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo arbitral, ni ejerce funciones de tribunal de segunda instancia.

CUARTA.- Con arreglo a lo anteriormente señalado es como debe analizarse el motivo de anulación del laudo arbitral basado la supuesta infracción del orden público.

La infracción del orden público no se infiere aquí de circunstancias irrefutables, como sería una falta absoluta de motivación sobre pretensiones deducidas por las partes, sino de deficiencias en la motivación del laudo deducibles de varios factores, como la naturaleza de la intervención del BBVA en la contratación del producto, la complejidad del instrumento financiero contratado, la inaplicación de la eficacia "horizontal" la Directiva 2004/39/CE en el periodo que medió hasta su transposición al ordenamiento español, la calificación como asesoramiento y no mera comercialización de la labor de la entidad bancaria en esta contratación, de no plantearse el laudo si el destinatario de los swaps era profesional o minorista y de la falta de prueba de que la entidad de inversión hubiera facilitado la información necesaria, todo lo cual se considera como infracción por el laudo de normas imperativas.

Si analizamos el laudo, se aprecia la existencia de motivación -acertada o no, lo que no nos corresponde decidir aquí- sobre las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral:

En sus fundamentos fija previamente los hechos relevantes, entre los que destaca la naturaleza de la empresa demandante; que a comienzos del año 2008 la gestora de la oficina de Banca de BBVA en Burgos se puso en contacto con los administradores solidarios de la empresa para informarles sobre los diferentes instrumentos financieros que pudieran resultar de interés para su actividad empresarial; que mostraron interés por líneas de descuento, operaciones de leasing y mostraron preocupación por el constante incremento de los tipos de interés, por lo que la citada empleada del banco les informó sobre los swaps mediante diferentes presentaciones, folletos y simulaciones numéricas, así como sobre la utilidad de este instrumento financiero para la gestión del riesgo de futuras subidas de interés, al ser compensadas con los correspondientes pagos del banco establecidos en el contrato, con la correlativa posibilidad de que si los intereses descendían por debajo de un determinado tipo serían los clientes los que deberían efectuar los correspondientes pagos al banco; que dichos administradores, dado su volumen de deuda, en su mayoría contraída

mediante préstamos sometidos a intereses variables, decidieron la contratación de una permuta financiera de tipos de interés; que por la necesaria fijación de las condiciones en un momento determinado y registrado, la contratación se efectuó telefónicamente, pero que de ella se deduce que antes de la contratación la gestora del BBVA había informado y explicado el producto el cliente y que éste tenía un conocimiento claro de lo que estaba contratando; que no planteó duda alguna el cliente; que posteriormente se le facilitó el contrato por escrito, que fue firmado el 25 de marzo de 2008, como también el Contrato Marco de Operaciones Financieras, lo que se efectuó el 26 de marzo de 2009; que a raíz de la quiebra de Lehman Brothers el 15 de septiembre de 2008 se redujeron drásticamente los tipos de interés, por lo que durante los cuatro trimestres de 2009 generó en este contrato de swap obligaciones de pago del cliente al banco, pero también pusieron fin al encarecimiento de los pagos por los préstamos con interés variable a los que debía hacer frente la empresa; que fruto del descontento en los administradores de GORI TRANSBUR por el devengo de las sucesivas obligaciones de pago al banco, éste se avino a efectuar una cancelación anticipada del contrato, con fecha 10 de febrero de 2010; que esos administradores y otro gestor del banco negociaron la cancelación anticipada del contrato y la celebración de un segundo contrato de permuta financiera sobre tipos de interés, así como la constitución de una "Garantía a Primera Demanda", que se uniría a la confirmación de la permuta; que se realizó una nueva confirmación telefónica del contrato para su constancia el 10 de febrero de 2010, siendo firmado por escrito el 12 de febrero de 2010; que los clientes dispusieron, previamente a la confirmación telefónica, de la información facilitada por el gestor de empresas de BBVA, reiterándoles en la conversación telefónica las condiciones esenciales ya acordadas durante el proceso de negociación.

Seguidamente, el laudo analiza el argumento esencial de la actora en torno al incumplimiento de los deberes legales de información por parte de BBVA, destacando que omite toda referencia a las causas que llevaron a los clientes a contratar los instrumentos financieros y, al referirse a la finalidad y los efectos derivados de estos contratos, señala que los pagos al Banco a consecuencia del descenso de los tipos de interés quedan más o menos compensados por el ahorro de los costes financieros de la empresa al tener que pagar menos en concepto de intereses en las operaciones de financiación externa suscritas, tras lo que cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que explica la utilidad para las empresas de este tipo contractual y una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que recoge el contenido de los contratos y de la que deduce el laudo que no parece que ese Tribunal ha entendido que nos encontramos ante "un contrato cuyo objeto reviste especial complejidad".

Una vez expuesta en el laudo una visión de conjunto sobre los contratos formalizados, manifiesta que no medió dolo o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de información a los administradores de GORI TRANSBUR de modo que en sus actuaciones les hubieran podido inducir a contratar con error, lo que deduce de la transcripción de las conversaciones telefónicas, del texto de las confirmaciones y de las declaraciones realizadas en la audiencia celebrada en el procedimiento, entre las que resalta después las del administrador de la compañía y de su hermano.

En cuanto a la aplicación normativa, el laudo considera que no resultaba preceptiva en el primer contrato de swap la realización del test de conveniencia al que se refiere elart. 79 bis, apartado 7, de la Ley del Mercado de Valores, tras su modificación por la Ley 47/2007, sino que en aquellas fechas el banco sólo venía obligado a comportarse con la suficiente **diligencia** y transparencia en interés del cliente, asegurándose de que disponía de toda la información necesaria sobre su cliente. Y, respecto a la segunda operación, considera no trascendente como para producir efectos y consecuencias anulatorias la falta de realización del test de conveniencia, porque contaba con experiencia y conocimiento en

este tipo de contratos a consecuencia de la primera operación de permuta.

A estos efectos, el laudo recoge en su párrafo 61 que considera acreditado "por medio de la información verbal y escrita facilitada al cliente con carácter previo a las contrataciones, de las grabaciones de las conversaciones telefónicas mediante las que se contrataron los swaps, y en definitiva con la firma de los documentos de confirmación, que el banco cumplió con los deberes de información y transparencia que le imponía la LMV, así como que el banco contaba con la información necesaria sobre el cliente, conociendo el nivel de formación, experiencia y conocimientos de los representantes y su capacidad para valorar la conveniencia y los riesgos de las operaciones contratadas, por haberlo declarado y reconocido así expresamente en las clausulas 5 y 7 de los documentos de Confirmación firmados entre las partes; tras lo que cita lasentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014y que, conforme a ella, el eventual incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error con efectos de vicio invalidante, sin perjuicio de que pueda incidir, en su caso, en la apreciación de la existencia de tal error, por lo que finalmente desestiman la existencia del error con fundamento en la jurisprudencia delTribunal Supremo, para lo que citan la sentencia de 29 de octubre de 2013.

De todo lo anterior se deduce, pues, que el laudo realmente no realiza calificación alguna como complejo o no complejo del swap, sino que solamente transcribe el contenido de una resolución judicial que dicen que "no resulta de difícil comprensión la figura contractual" y que no parece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya entendido que nos encontremos ante un contrato cuyo su objeto reviste especial complejidad. Pero, en cualquier caso, ninguna consecuencia extrae el laudo de una supuesta calificación como no complejo del producto bancario.

Respecto a la aplicación de la Directiva en el período en el que aún no había sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, la argumentación que contiene la resolución mayoritaria implica asumir una función de interpretación y aplicación del derecho al caso debatido en el procedimiento arbitral, lo que forma parte de la resolución del fondo, que está vedada a este Tribunal como conocedor de la acción de anulación del laudo. Es más, llega incluso a unas conclusiones que ni siquiera han sido acogidas en la más reciente jurisprudencia delTribunal Supremo, como la contenida en la sentencia de 15 de septiembre de 2015 (ROJ STS 3868/2015- ECLI:es:ts:2015:3868), que respecto de un contrato SWAP contratado en enero de 2007 puntualiza que "por el tiempo en el que se concertaron los contratos de Swap objeto de la acción de nulidad, resulta de aplicación la regulación legal del Mercado de Valores anterior a la transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actualesarts. 78 y ss. De la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores".

Por otro lado, el laudo no sólo se refiere a la información facilitada al cliente en las conversaciones telefónicas realizadas para la formalización de los contratos, sino a la suministrada en el proceso previo de negociación con los "gestores de empresas" del BBVA, de la que en la conversación telefónica sólo se recogieron las condiciones esenciales, haciendo además referencia al contenido de las manifestaciones realizadas en la comparecencia celebrada en el procedimiento arbitral. Puede que hubiera sido conveniente que el laudo recogiera con más amplitud el contenido de esas declaraciones, de las que deduce que la información facilitada al cliente fue diligente por parte de los gestores de la entidad bancaria, pero de ello no puede deducirse un déficit en la motivación integrante de una violación del orden público.

Aunque pueda discutirse, desde el punto de vista jurídico, la aplicación de la normativa anterior a la trasposición a nuestro ordenamiento al primero de los contratos swap, ello no implica una decisión arbitraria y más aún cuando coincide incluso con los más recientes criterios jurisprudenciales. El laudo aplica una argumentación en la que opta por una de las posibles soluciones jurídicas aplicables, sea o no la más correcta.

Respecto del segundo swap, la consideración del laudo de que el cliente disponía de la experiencia que la había facilitado el primero, por lo que era consciente de lo que contrataba tampoco resulta arbitraria, aunque también sea discutible. El propio laudo cita entre los hechos relevantes que los administradores de GORI TRANSBUR habían manifestado su descontento al banco por el primer contrato, al haber sufrido ya en él los efectos de la bajada drástica de los tipos de interés. Por tanto, no resulta absurdo considerar que cuando suscribieron el segundo swap eran ya plenamente conscientes de los efectos de este contrato y de los perjuicios que podían sufrir si continuaba la bajada de los tipos de interés. Si se entiende así, el laudo tampoco es arbitrario: podría haber expresado de otro modo más coherente la ausencia de error en la suscripción de este segundo contrato, pero no es irracional la conclusión a la que llega en función de las circunstancias que expresa el propio laudo. Con independencia, pues, del incumplimiento de los deberes de información legalmente impuestos ya por la Ley del Mercado de Valores para la contratación de este producto, la presunción a favor de la existencia del vicio de consentimiento podría considerarse desvirtuada, que es lo que parece estimar el laudo, por el conocimiento anterior de los efectos desfavorables para la empresa que se producirían con la bajada de los tipos de interés, que ya se había producido en el año inmediatamente anterior.

En definitiva, el laudo contiene una valoración probatoria y una aplicación del derecho que no resulta irracional.

QUINTA.- De lo anterior no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores, directa y claramente verificables, sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia, sobre todo si nos atenemos a la doctrina jurisprudencial sentada desde la citada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, ante decisiones dispares de los Tribunales, unificó el tratamiento de esta materia, resaltando la importancia de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de productos bancarios, cuya omisión genera una presunción iuris tantum de concurrencia de error el en consentimiento, pero que también que puede desvirtuarse por prueba en contra que es lo que en definitiva motiva la decisión última del laudo.

Contrasta con esta convicción, contraria a la anulación del laudo impugnado, la decisión mayoritaria de la Sala, que se basa en la aplicabilidad directa de Directivas europeas-que no se sabe si se planteó en el procedimiento arbitral-, en los requisitos de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de estos productos bancarios, y en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las conclusiones a las que llega la decisión mayoritaria de la Sala se basan, además, en una argumentación que ni siquiera expuso en su demanda el demandante, ni consta que fuera objeto de debate, al menos en varios de los aspectos, en el seno del procedimiento arbitral. La decisión mayoritaria asume así la directa decisión de gran parte de la controversia suscitada en el arbitraje, expresando su opinión sobre varias cuestiones que constituyen el núcleo del debate de fondo entre las partes: los deberes impuestos en la contratación de este tipo de productos, la naturaleza de la intervención de la entidad bancaria, la prueba sobre la comprensión por el cliente de los instrumentos contratados y la selección de la norma aplicable cuando se produjo en un período de cambio de la normativa. La extensa y discutible argumentación que se realiza para desmontar los argumentos en los

que se basa el laudo -como si se tratara de la actuación de un tribunal de apelación y prejuzgando la controversia arbitral- es por sí misma, indicativa de que el error en el que se dice incurre la resolución arbitral no es patente, no es manifiesto ni surge con naturalidad y claridad de las actuaciones arbitrales, y más aún cuando ni siquiera los hechos que se consideran integrantes de la vulneración de orden público fueron apreciados por la demandante, parte a la que directamente afectan, que se limitó en su demanda a cuestionar el procedimiento de designación del árbitro, sin discutir ninguna de las cuestiones que ahora la decisión mayoritaria destaca. El laudo no puede así considerarse arbitrario ni claramente erróneo, que es únicamente lo que nos permitiría anular el laudo arbitral, aunque discrepáramos de su contenido.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que el fallo debería ser DESESTIMATORIO de la demanda formulada por GORI TRANSBUR, S.L. contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., respecto del laudo arbitral dictado con fecha 12 de junio de 2014, con expresa imposición al demandante de las costas causadas, dada la desestimación de la única causa de anulación del laudo que alegó en su demanda.

Madrid, a 5 de noviembre de 2015.

Fdo: Francisco Javier Vieira Morante