

Roj: STSJ M 15511/2015 - **ECLI:**ES:TSJM:2015:15511
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 7/2015
Nº de Resolución: 79/2015
Fecha de Resolución: 03/11/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
Tipo de Resolución: Sentencia

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: 28.079.00.2-2015/0011490

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 7/2015

Materia: Arbitraje

Demandante: TRANSPORTES JUAN JOSE GIL SL

PROCURADOR D. /Dña. FERNANDO ANAYA GARCIA

Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

PROCURADOR D. /Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA N° 79 / 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 3 de noviembre del dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 27 de enero de 2015 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Anaya García, en nombre y representación de TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL, S.L. (en adelante, TJJG), ejercitando, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), acción de anulación del laudo arbitral de 26 de noviembre de 2014, dictado por el colegio integrado por D. CLIFFORD J. HENDEL (Presidente), D^a CARMEN VENEGAS GRAU y D. MIGUEL CASES NABAU (co-árbitros) en el procedimiento arbitral nº 2.502, administrado por la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID.

SEGUNDO.- Requerida la actora para que acredite la representación y aporte el modelo de autoliquidación de la tasa judicial correspondiente (DIOR 29/01/2015), así como para que se pronuncie sobre la cuantía de la demanda (DIOR 19/02/2015 y DIOR 25/02/2015), y una vez cumplimentados dichos requerimientos -el último de ellos por escrito presentado el 3 de marzo de 2015-, se admite a trámite la demanda por Decreto del siguiente día 10 de marzo y, realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco José Abajo Abril, presentó contestación a la demanda mediante escrito de fecha 21 de abril de 2015, registrado en este Tribunal el mismo día.

TERCERO .- Dado traslado en diligencia de ordenación de 24 de abril de 2015 a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, deja transcurrir el plazo sin aportar nueva documental ni solicitar prueba adicional alguna.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 1 de septiembre 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 11 de septiembre de 2015, la Sala acordó:

1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda y contestación.

3º. Requerir de la Secretaría General de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid la remisión del expediente del Procedimiento Arbitral nº 2.502.

4º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

SEXTO .- Recibida en esta Sala copia literal del expediente arbitral reclamado el día 1 de octubre de 2015, se señala para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el 3 de noviembre de 2015 (DIOR 2/10/2015), fecha en la que tuvieron lugar.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 29.01.2015), quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el procedimiento arbitral, "la demandante (TJJG) *impugna* la validez de varias *Operaciones de Calendar Swap sobre Materias Primas* ('las Operaciones') suscritas con la entidad demandada por entender que en las mismas concurrió un error

esencial y excusable sobre el objeto por su parte, que vició de nulidad su consentimiento contractual, debido a la supuesta falta de información proporcionada por la entidad financiera sobre el tipo de productos contratados y la inherente complejidad de las mismas" (§ 1 del Laudo).

Sin perjuicio de lo que se dirá con posterioridad, el Laudo declara probado que " *TJJG es una empresa con sede en Aranda de Duero dedicada a la actividad del transporte de mercancías por carretera y agencia de transportes y, como tal, su principal gasto a afrontar es el coste del combustible, por lo que podría serle de interés contratar un producto financiero que le proporcionara cobertura ante el riesgo de las subidas del precio del combustible, estabilizando así sus costes* " (§ 49); dicho sea esto en un contexto, el previo a la contratación de las dos primeras operaciones, de tendencia alcista continuada y vertiginosa de los precios del crudo (§ 48). Por ello, continúa el Laudo -§ 50-, TJJG suscribió inicialmente con BBVA dos swaps sobre materias primas (concretamente, combustible ULSD -DIESEL ULTRA BAJO EN AZUFRE) en las condiciones que seguidamente se describen:

"Confirmación de Calendar Swap sobre Materias Primas de 15 de mayo de 2008 (**Operación I**), con fecha de inicio 1 de junio de 2008 y vencimiento 31 de mayo de 2010, sobre una cantidad notional total de 984 toneladas métricas (TM) equivalentes a 41 TM(s) para cada uno de los 24 periodos mensuales de vigencia, a un precio fijo de 787 euros/TM.

Confirmación de Calendar Swap sobre Materias Primas de 23 de mayo de 2008 (**Operación II**), con fecha de inicio 1 de junio de 2008 y vencimiento 31 de mayo de 2009, sobre una cantidad notional total de 996 toneladas métricas (TM) equivalentes a 83 TM(s) para cada uno de los 24 periodos mensuales de vigencia, a un precio fijo de 825 euros/TM y con un precio máximo (**cap**) de 900 euros/TM".

Prosigue el § 53 del Laudo señalando que " *la mecánica de ambas Operaciones de swap consistía esencialmente en un intercambio de flujos de efectivo entre TJJG y BBVA en relación al importe notional del combustible predeterminado como subyacente, de manera que si el precio subía por encima del precio fijado, BBVA giraría liquidaciones positivas a favor de TJJG; por el contrario, si el precio del combustible de referencia se situaba por debajo del precio fijado, BBVA cargaría liquidaciones negativas en la cuenta bancaria de TJJG* ".

A resultados de estas operaciones iniciales, entre el 7 de julio y el 5 de septiembre de 2008, BBVA practicó a TJJG una liquidación negativa total - cargo- de 15.506,51 euros (§ 55), como consecuencia de la súbita bajada de los precios de los combustibles (§ 56).

"En estas circunstancias, BBVA propuso a la Demandante reestructurar las Operaciones Iniciales con unas nuevas condiciones ... A tal fin, las Partes mantuvieron una conversación telefónica el día 1 de octubre de 2008 , en la que se trataron los términos y las condiciones esenciales de esta reestructuración (**Operación III**), con fecha de inicio 1 de enero de 2009 y vencimiento 31 de marzo de 2010, sobre una cantidad notional total de 1860 TM equivalentes a 124 TM para cada uno de los 15 periodos mensuales de vigencia, a un precio fijo de 797 euros/TM y con un precio máximo de 850 euros/TM" (§§ 57 y 58).

Constata el Laudo que el precio del combustible continuó experimentando fuertes bajadas hacia finales de 2008 y durante principios de 2009 (§ 60), por lo cual, entre el 6 de febrero de 2009 y el 9 de abril de 2010, BBVA practicó liquidaciones mensuales negativas, con base en la Operación III, por un importe total de 731.367,76 euros (§ 61).

BBVA ha cargado a TJJG liquidaciones por un importe total de 746.874,26 euros (§ 62).

En el procedimiento arbitral, la demandante argumentó sobre el error-vicio de su consentimiento en las Operaciones I y II, tanto por desconocimiento y falta de formación para comprender el producto financiero contratado como por no haber recibido la información legalmente exigible por parte de BBVA, que habría ignorado su condición de consumidor -y la protección que le es inherente frente a las cláusulas abusivas- a la vez que habría incumplido de modo flagrante la normativa MiFID y los deberes de información en ella contenidos; señala, asimismo, su radical falta de consentimiento en la Operación III, en la que ni siquiera habría llegado a firmar el contrato (argumentos profusamente reseñados en los §§ 66 a 81 del Laudo). Por ello, TJJG terminó suplicando en su demanda arbitral que:

se declare la nulidad de las Operaciones I y II;

se declare la inexistencia de la Operación III (incluyendo el CMOF) o, subsidiariamente, se declare su nulidad;

como consecuencia de lo anterior, se restituyan las liquidaciones abonadas por la Demandante con base en las anteriores Operaciones, con devolución de sus intereses legales desde el cobro de cada una de ellas hasta su efectivo reintegro; y

se condene en costas a la demandada.

Por su parte, como reseñan los §§ 83-103 del Laudo, BBVA se opuso a los pedimentos de TJJG en su demanda arbitral por entender que esta compañía tenía perfecto conocimiento de los productos financieros que estaba contratando, asumiendo de forma consciente los riesgos inherentes a los mismos: así resultaría de las conversaciones grabadas -modo en que se realizó la contratación que sería perfectamente válido para emitir el consentimiento-; de que los socios y administradores de TJJG son de perfil empresarial elevado; y de que habrían suscrito dos permutas de intereses con Bankinter en 2005 y 2007 y un *commodities swap* con Banco de Santander en 2008: por todo lo cual, concluye BBVA, en el procedimiento arbitral, que la información proporcionada a la Demandante fue suficiente, aunque no se realizaran los test de conveniencia y de idoneidad, pues en ella se mencionaba expresamente la posibilidad de que se efectuaran liquidaciones negativas en caso de descender el precio del combustible de referencia por debajo del precio fijo contratado. Asimismo, BBVA adujo, entre otros extremos, que la normativa MiFID no era plenamente exigible a la fecha de contratación de las Operaciones Iniciales ex DT 1ª de la Ley 47/2007, que establece un plazo de adaptación de 6 meses; y que "*las exigencias de información previstas en la LMV no eran de aplicación a los productos contratados por la demandante, ya que no tienen carácter eminentemente especulativo, según los criterios del Banco de España y la CNMV, esto es, no son un producto de inversión, sino un 'producto típicamente bancario'*" (§ 95).

Finalmente invoca BBVA la caducidad de la acción de nulidad, exart. 1301 CC, en lo que respecta a la pretensión subsidiaria ejercitada por la demandante contra la Operación III.

El Laudo impugnado resolvió:

Desestimar la excepción de caducidad de la acción de nulidad formulada por BBVA, S.A.

Desestimar íntegramente las pretensiones ejercitadas por TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL, S.L., en su demanda de arbitraje contra BBVA, S.A.

No condenar en costas a ninguna de las partes, por lo que cada parte deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Desestimar cualesquiera otras pretensiones formuladas por las partes que no estén expresamente comprendidas en el fallo de este Laudo.

SEGUNDO .- La actora pretende la anulación del laudo por inexistencia o invalidez del convenio arbitral, dado que el *Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de 1 de octubre de 2008* -doc. 2 de la demanda- en el que se contenía la cláusula de sumisión no habría sido firmado por el representante de TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL, SL., y dado que en los *contratos de calendar swap sobre materias primas de 15 de mayo y 23 de mayo de 2008* -que se acompañan como docs. 3 y 4- no consta sumisión expresa alguna a arbitraje -afirmación contenida en el hecho segundo de la demanda de anulación; si bien, con posterioridad, la propia demanda reconoce la existencia de tal convenio -cláusula 6ª de los contratos de calendar swap-, pero reputándola inaplicable por estar referida a un CMOF no suscrito por TJJG.

También postula TJJG que los referidos contratos, "*concertados en condiciones irregulares*", conculcarían el debido equilibrio de prestaciones, pues la actora, dedicada al transporte de mercancías por carretera, "*desconocía la realidad del producto que contrataba*" -hecho primero-; asimismo, "*su representante legal, D. Anselmo, si bien es socio y administrador de otras entidades, en ninguna de ellas realiza actividades de inversión bursátil o cualquier otra actividad que suponga serios conocimientos en materia económica...En modo alguno se le pueden atribuir los conocimientos financieros necesarios para la comprensión de los contratos de permuta de tipos de interés*" (sic).

Sostiene TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL que el laudo es nulo por haber resuelto los árbitros cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje -al no quedar amparadas por el tenor literal de la cláusula de compromiso-, resultando improcedente la vía arbitral, dado que se ha reconocido jurisdiccionalmente que no ostenta la condición de consumidor o usuario -obligándole a someterse a un arbitraje que, dice la actora, "en esencia está pensado para dicho colectivo"-; y dado que, por los requisitos exigidos a los árbitros en la cláusula arbitral y por la redacción misma de ésta, se puede colegir que quedaban al margen del arbitraje las cuestiones jurídicas complejas, como las relativas a la validez de los contratos de swap, ciñéndose el convenio a las cuestiones de ejecución e interpretación de los contratos.

Finalmente, invoca la demandante como causa de anulación del laudo que infringe el orden público ex art. 24.1 CE- al privársele de acceso a la Jurisdicción ordinaria con indefensión.

La demandada, reparando en las Sentencias de esta Sala 13/2015, de 28 de enero, y 27/2015, de 6 de abril, se opone a la nulidad impetrada, en primer lugar, por considerar que el Laudo impugnado no es contrario al orden público: no se habría privado a la actora de su derecho de acceso a la jurisdicción, sino que los Tribunales, apreciando la concurrencia de una cláusula arbitral tanto en instancia como en apelación, han estimado la declinatoria formulada por BBVA, de lo cual no se seguiría infracción alguna del orden público ni del derecho a la tutela judicial efectiva; tampoco concurriría esta causa de nulidad, de acuerdo con las precitadas sentencias de esta Sala, habida cuenta de que " no

se puede tachar de arbitraria la motivación del laudo -con especial referencia a sus §§ 148, 150, 158, 162 y 168- porque el mismo ha tenido en cuenta las normas imperativas a las que se alude en dichas Sentencias (principalmente art. 79 LMV) así como la jurisprudencia del TS citada y, tras la prueba practicada, concluye que la actora conocía perfectamente el producto contrato (sic), excluyendo por ello el error-vicio del consentimiento " (apartados 154 a 173 del Laudo).

En segundo término, sostiene BBVA, en congruencia con lo expuesto en los hechos segundo y tercero de su escrito de contestación, que el convenio arbitral existe, también en los contratos de 15 y 23 de mayo de 2008, y es perfectamente válido: los contratos litigiosos contienen una cláusula arbitral expresa y diferenciada, cuya aplicación no se vería impedida por el hecho de que el CMOF no esté firmado; al tiempo que sostiene que la cuestión relativa a la nulidad del contrato se incluye dentro del ámbito del convenio arbitral, y que la actora no es un consumidor ex art. 3 LGCU... Razones estas últimas que también desvirtuarían el alegato de contrario, ex art. 41.1.e), de que los árbitros han resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje (sic) .

TERCERO .- La demanda de anulación aduce un primer bloque de motivos que tiene que ver con la existencia, validez y objeto del convenio arbitral, que, por razones de estricta lógica jurídica, han de ser tratados en primer lugar: si no existe convenio, éste es inválido o se refiere a cuestiones distintas de las que han abordado los árbitros, el Laudo tendría que ser anulado aun con independencia de que sus razonamientos fueran perfectamente ajustados a los derechos fundamentales, principios y reglas básicas que integran el orden público del Estado.

Sobre la inexistencia de convenio en la Operación III por no haber firmado TJJG ni la Confirmación del Calendar Swap ni el CMOF.

Para el análisis de esta cuestión la Sala parte de un hecho que el Laudo califica de incontrovertido (**§ 114**): " *que D. Anselmo, en nombre de TJJG, y D. Evelio, en nombre de BBVA-Mercados, mantuvieron una conversación telefónica el día 1 de octubre de 2008 tratando los términos y condiciones en que se reestructurarían los Swaps contratados en las Operaciones I y II, en un único Swap que venimos denominando Operación III* ".

A consecuencia de dicha conversación, tampoco se discute que dejaron de practicarse liquidaciones de las Operaciones I y II en los últimos meses de 2008 - sin que conste oposición ni protesta alguna de la actora -, reanudándose las mismas a partir del 1 de enero de 2009, fecha de inicio de la vigencia de la Operación III.

Está igualmente acreditado que TJJG no ha firmado ni la Confirmación del Calendar Swap referido a la Operación III , ni el CMOF.

Asimismo, es un hecho probado que las confirmaciones de calendar swap sobre materias primas suscritas el 15 y 23 de mayo de 2008 sí contenían una cláusula de sumisión a arbitraje del siguiente tenor, en lo que ahora importa:

" **6. Convenio arbitral** : Las Partes acordamos que los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterán a Arbitraje de Derecho ".

Partiendo de estas premisas de hecho -y sin perjuicio de lo que se dirá acto seguido sobre si los convenios de las Operaciones I y II son válidos, dada la cualidad de consumidora que se atribuye TJJG, y, en su caso, sobre la no inclusión en los mismos de la

validez de los swaps litigiosos-, la Sala tiene que determinar si el convenio arbitral efectivamente suscrito en las Operaciones I y II es extensible a la Operación III.

Es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral -a personas física o jurídicas que reconocidamente no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella- ha de estar sólidamente sustentada, no sólo por la exigencia de la voluntad de sumisión inequívoca y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA) -lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, v.gr., por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5 LA-, sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, " *núcleo duro* " -en locución del TC- del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (Sentencia de esta Sala 7/2105, de 20 de enero, FJ 2).

Esta Sala también ha dicho, entre otras, en su Sentencia 68/2014, de 16 de diciembre (FJ 4) [Roj: STSJ M 15736/2014], que nos hallamos ante una cuestión en según qué casos muy discutida. No se puede ignorar que, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado la llamada extensión o transmisión del convenio arbitral a quienes no lo han suscrito. Así, por ejemplo, laSTS de 27 de mayo de 2007 (ROJ STS 4499/2007), en que la Sala Primerana ha permitido extender la cláusula arbitral que prevén los Estatutos de una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros a las reclamaciones de éstos contra la Comunidad o de aquellas contra éstos; o también laSTS de 11 de diciembre de 2010 (ROJ STS 1669/2010), que tampoco ha autorizado la extensión de la cláusula arbitral firmada por la empresa a su administrador, demandado junto con la empresa en su calidad de tal. Distintamente, en el supuesto resuelto por laSTS de 26 de mayo de 2005 (ROJ STS 3403/2005), *la Sala Primera expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo ha suscrito, pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato* . Son muy ilustrativas, en este sentido, las siguientes palabras del FJ 1 de la citadaSTS 26.5.2005:

"La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina 'transmisión del convenio arbitral', y que **estudia el tema de si un contrato concede derechos a un tercero, éste está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato** . Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato.

Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la **necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato** .

Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la exposición de motivos de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que aunque no sea aplicable guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la " *cláusula arbitral de referencia* ", la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

Y en el presente caso la actuación del Banco..., como interviniente posterior como avalista, debe ser introducida en el arbitraje acordado. Por ello su situación procesal no debe impedir la sujeción de la presente cuestión de arbitraje, y es lógica la proclamación de la excepción dilatoria que impide que este proceso sea resuelto por la jurisdicción ordinaria.

Esta misma Sala ha aceptado sin dificultad alguna, por exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos, la extensión de la cláusula arbitral a terceros en casos de sucesión contractual, con la correspondiente asunción de derechos y obligaciones, y, entre ellas, la de sumisión a arbitraje (S 13.2.2013 , ROJ STSJ M 8205/2013; y, *mutatis mutandis* , S. 22.7.2013 , ROJ STSJ M 8247/2013). Teniendo presente, claro está, que en tales situaciones es inconcusa la mismidad de la relación contractual, **sin que ello signifique que el inicio de una relación jurídica con sumisión a arbitraje permita extender ese consentimiento a contratos ulteriores, no previstos en el pacto inicial y modificativos de sus condiciones, en las que aquella sumisión no tiene lugar** (v.gr., en tal sentido, STSJ Cataluña 16.05.2013 , ROJ STSJ Cat 5343/2013y la precitada Sentencia de esta Sala 68/2014, de 16 de diciembre).

En el caso examinado, no cabe negar la realidad de una nueva y distinta contratación mercantil en la llamada Operación III, realizada telefónicamente el día 1 de octubre de 2008, que pone fin y sustituye, con nuevas condiciones, a los 2 contratos de swap previamente suscritos: es ésta una fórmula habitual de contratación en el mercado de derivados, admisible, con las debidas garantías, incluso en el ámbito especialmente protegido de los consumidores y usuarios (Directiva 2011/83/UE y Ley 13/2014, de 27 de marzo, de trasposición modificando el TRLGCIU).

Ahora bien; lo determinante es si de esa conversación se puede inferir una voluntad de sumisión a arbitraje, si ésta es deducible de la previa firma por TJJG de las Confirmaciones anteriores de Calendar Swap, o si, por el contrario, se ha de atribuir alguna virtualidad para excluir el convenio al hecho de que TJJG no firmase la Confirmación correspondiente al último Swap contratado, y que, con posterioridad, cuando empezaron a practicarse las liquidaciones, haya intentado la anulación de las Operaciones ante la Jurisdicción ordinaria, negando, en concreto en lo que concierne a la Operación III, la existencia de convenio arbitral.

El convenio se contiene en la cláusula 6 de las confirmaciones de swap sobre materias primas de 15 y 23 de mayo de 2008. La demandada postula que " *debe necesariamente convenirse que, aparte de la aplicación expresa a dichos contratos, debe extenderse al contratado telefónicamente el 1/10/2008, aunque no confirmado por escrito, puesto que al ser éste una reestructuración de los anteriores y en aquellos fue intención remitir las controversias a arbitraje, hay que tomar la voluntad de las partes en el mismo sentido respecto a esta tercera operación, que, además, canceló las dos primeras*".

En las circunstancias del caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, la Sala no comparte este criterio. Parafraseando a la precitada Sentencia TSJ Cataluña, el hecho de que los dos primeros contratos guarden relación con el último no habilita, sin más, a aplicar al tercer contrato -donde no se firma el convenio- el compromiso arbitral en aquellos ratificado, dada la especificidad propia de cada una de las relaciones contractuales: a) la duración y las condiciones de los contratos son distintas; b) tampoco se aprecia que las iniciales relaciones contractuales hubiesen de ir seguidas de otras ulteriores, en ellas anunciadas o previstas...

La documentación examinada evidencia que, como pone de relieve la propia demandada, el "Contrato Marco" a que se refiere la cláusula arbitral no es el "Contrato Marco de Operaciones Financieras" (CMOF), pues con "Contrato Marco" se está refiriendo a la propia 'confirmación de calendar swap sobre materias primas' en la que se inserta y no al CMOF que regula cuestiones generales de desarrollo de los contratos tales como lugar y forma de pago, intereses de demora, las causas de vencimiento anticipado, etc., todas ellas homologadas por la Asociación Española de la Banca (AEB)".

Pues bien, cada una de las confirmaciones de 15 y 23 de mayo de 2008 literalmente dice: " Esta Confirmación documenta el acuerdo entre nosotros en relación a la Operación de referencia ". En consecuencia, la cláusula arbitral contenida en la Confirmación lo es respecto de la Operación que se documenta.

Cuestión distinta y que ha de ser analizada es si, en el caso, cabe postular la existencia de una " *cláusula arbitral de referencia* ".

No se puede hablar en sentido propio de la existencia de una "cláusula arbitral de referencia" por el hecho de que las Confirmaciones aludan a que se ha de hacer todo lo posible para negociar y firmar un COMF, cuyo clausulado se considera de aplicación, sin modificación alguna, hasta tanto se firme dicho CMOF -CMOF que incluye convenio arbitral en su cláusula 23.1, en conexión con la cláusula 17 de su Anexo I. La razón es bien simple: como pone de relieve la E. de M. de la LA, su art. 9.4 y la transcrita STS 26.5.2005, cláusula arbitral de referencia es la que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Aquí lo que sucede es que ni se firma el contrato principal -confirmación de calendar swap-, que contiene un convenio en su cláusula 6, ni se ratifica el CMOF, siendo perfectamente escindibles la voluntad de contratar el swap manifestada telefónicamente de la específica y expresa voluntad de someterse a arbitraje; voluntad que puede ser tácita, si evidenciada por actos concluyentes -v.gr., art. 9.5 LA.

Ahora bien; siendo cierto lo anterior, no lo es menos que en la conversación telefónica habida el día 1 de octubre de 2008 el empleado del Banco, Sr. Evelio, hace referencia expresa a la ulterior remisión del documento de confirmación -"contrato físico"- (v.gr., nota 131 del Laudo-, y sí hay motivos para entender, dadas las contrataciones previas, que TJJG conocía el clausulado general de esos documentos de confirmación, en el que se incluía un convenio arbitral (cláusula 6): se puede hablar, en este sentido, de la incorporación del convenio por remisión a documento que lo contiene efectuada mediante comunicación que deja constancia del acuerdo -conversación grabada-. En este sentido, y en atención a las concretas circunstancias del caso -consta también acreditado (§ 59 y nota 36 del Laudo) que el Sr. Anselmorecibió de manos del Sr. Alejandroel documento de confirmación de la Operación III, pidió copia para entregársela a su abogado, pero sin acceder a firmarlo ni dar ninguna explicación-, la Sala sí considera aplicable el art. 9.4 LA en conexión con el art. 9.3 de la misma Ley: en la conversación telefónica grabada, que es fórmula hábil para contratar , se ha hecho referencia a que se va a remitir un documento en el que los contratantes saben que se contiene como cláusula predispuesta un convenio arbitral y, ante tal circunstancia, no se formula, ni entonces ni durante meses, reparo ni objeción alguna; y, cuando el representante legal deTJJG tiene a la vista el documento, nada manifiesta sobre que la negativa a firmarlo lo fuera por razón de la sumisión a arbitraje, que es acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (art. 22 LA).

El motivo es desestimado.

Sobre la cuestionada validez de los convenios arbitrales en función de la condición de consumidora de la mercantil TJJG.

El convenio arbitral aparece plasmado, como queda dicho, en la cláusula 6 de las Confirmaciones de Calendar Swap referenciadas. Tal clausula cumple todos los elementos de la definición de las condiciones generales de contratación que establece elart. 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril: es una

cláusula predispuesta, su incorporación al contrato aparece impuesta por una de las partes y ha sido claramente redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos. Ahora bien, el hecho de tratarse de un contrato de adhesión no implica, por sí sólo, su carácter abusivo. Si una de las partes tuviera la cualidad de consumidor y la otra un profesional sería abusiva la cláusula arbitral, por ministerio de la Ley -dado el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos a los consumidores (art. 10 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante LGDCU)-, en aplicación del artículo 90 de la misma LGDCU, en relación al artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje.

En efecto, el artículo 90 de la LGDCU considera abusivas las cláusulas contractuales que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. Esta disposición es corolario de lo establecido en el artículo 57.4 de la misma Ley -en la redacción vigente de aplicación al caso-, que limita la posibilidad del establecimiento de convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo a que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, sancionando con nulidad los convenios arbitrales pactados contraviniendo esa disposición.

Sin embargo, para que rijan estas limitaciones al establecimiento de un convenio arbitral, dirigidas a proteger a los consumidores y usuarios, es necesario que se trate de relaciones jurídicas entre alguno de éstos y un empresario, considerado como tal a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, según el artículo 4 de la misma Ley. Esto es, lo relevante para este concepto de empresario es que la relación jurídica con el consumidor o usuario se desarrolle como una de las actividades propias del negocio, industria o profesión desempeñado por la persona física o jurídica que contrata con el consumidor o usuario.

En este sentido, hemos de concluir que no puede reconocerse a la demandante la condición de consumidor: una vez acreditado -como así se declara en el Laudo, v.gr., § 108- que las Operaciones suscritas por TJJG con BBVA tenían como finalidad estabilizar los costes del combustible de la empresa, que, en tanto que dedicada al transporte de mercancías por carretera y agencia de transporte, constituía el principal de sus gastos, la Sala comparte el criterio del Tribunal arbitral -y el afirmado por el Auto de 14 de marzo de 2013, del JPI e I nº 2 de Aranda de Duero, y por el Auto 234/2013, de 25 de septiembre, de la Sección 3ª de la AP de Burgos, que estiman la declinatoria en su día planteada por BBVA-, pues es evidente que en estas contrataciones TJJG estaba actuando " en el marco de su actividad empresarial ", y no en " un ámbito ajeno a la misma " (arts. 4y3 TRLGCU, respectivamente, en su redacción vigente desde el 1.12.2007 hasta el 28.3.2014). O acudiendo, a mayor abundamiento -como criterio exegético añadido-, a la clarificadora dicción de esos preceptos tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, es evidente que las contrataciones litigiosas no tuvieron lugar " *sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial de TJJG* " (art. 3.2 TRLGCU), sino " *con un propósito relacionado con (dicha) actividad* ".

Por tanto, partiendo de lo expuesto, no cabe apreciar que el convenio arbitral sea inválido, por abusivo, ni aplicar la doctrina sentada por el TJUE en materia de cláusulas abusivas respecto de consumidores o usuarios (v.gr., SSTJCE 27 de junio 2000 y 21 noviembre 2002); y ello sin perjuicio de lo que hayamos de decir, al analizar la eventual infracción del orden público, sobre la especial protección que se sigue de la normativa MiFID para el inversor minorista o no profesional en productos financieros complejos; normativa que no atiende ya a la finalidad o propósito de la inversión, conectado o no con una

actividad empresarial, cuanto al hecho mismo -en el que pone énfasis la actora- de si concurre un desequilibrio digno de protección frente a la entidad financiera en la contratación de los swaps.

El motivo es desestimado.

Sobre si los árbitros, al pronunciarse sobre la validez de los contratos de swap litigiosos, han excedido el ámbito del convenio arbitral.

A la vista del tenor literal del convenio de sumisión a arbitraje - *que se refiere a conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución*-, postula TJJG que la controversia que recaiga sobre la eficacia del propio contrato, como es el caso, en que se pretende la declaración de su nulidad, excede de lo que es " *interpretación, cumplimiento y ejecución* " del mismo, no resultando alcanzado por el convenio arbitral dicho objeto litigioso: " *los conceptos de interpretación, cumplimiento y ejecución -añade la actora- parten de un contrato eficaz, en cuyo desarrollo o aplicación surgen discrepancias entre las partes, mientras que la nulidad es justo lo contrario: con ella lo que se pretende es la no aplicación del contrato* ". Corroboraría esta interpretación el que no se haya exigido que los árbitros sean abogados en ejercicio, sino que tengan amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, y que, en todo caso, tratándose de una cláusula oscura predispuesta por BBVA, nunca podría favorecerle ex art. 1288 CC.

La Sala no comparte estos argumentos sobre la delimitación del ámbito objetivo del convenio, que propugnan una conclusión tan restrictiva como contraria a la función pacificadora del arbitraje de que tantas veces ha hablado este Tribunal, en particular, a la hora de razonar sobre la flexibilidad de que gozan los árbitros en la determinación del objeto del arbitraje.

Así, recordábamos en la **Sentencia 53/2015, de 7 de julio** (Roj: STSJ M 8492/2015), en la línea de lo ya dicho, por todas, en las **Sentencias de esta Sala 25/2015, de 25 de marzo** (recurso de anulación 76/2014), **33/2015, de 21 de abril** (recurso de anulación 81/2014) y **36/2015, de 28 de abril** (recurso de anulación 90/2014), cómo la congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil, matiz que se patentiza cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva -con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio-, y la misión pacificadora inherente al arbitraje, que exige decidir suficientemente la controversia -de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006). En definitiva: la fijación del objeto del arbitraje no exige, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tiene los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401); de ahí la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella".

Estos argumentos son aplicables, *mutatis mutandis*, a lo que ha de ser una exégesis razonable de la voluntad contractual a la hora de precisar el ámbito objetivo del convenio arbitral, de forma que dicha voluntad, claramente expresada, no se interprete luego en un sinsentido contrario a la naturaleza y características del arbitraje mismo y a su finalidad de íntegra y pronta solución de los conflictos que una relación jurídica pueda suscitar; dicho sea esto, claro está, sin detrimento de que tal exégesis de la cláusula arbitral y de la

intención de las partes al suscribirla, que como regla hay que defender, pueda verse contradicha por el tenor claro e inequívoco de lo pactado por los contratantes en el ejercicio de su libertad.

Mas tal no es el caso: así lo han puesto de manifiesto el Auto de 14 de marzo de 2013, del JPI e I nº 2 de Aranda de Duero, y el Auto 234/2013, de 25 de septiembre, de la Sección 3ª de la AP de Burgos, cuando estimaron la declinatoria en su día planteada por BBVA: "*no cabe excluir las controversias en que se plantea la nulidad del contrato, pues la cláusula no hace excepción alguna y se remite a la interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato, a modo enunciativo; y para decidir sobre la nulidad de los contratos se hace necesario interpretar su naturaleza y contenido, las obligaciones que derivan de su cumplimiento y consecuencias de su ejecución...; en todo caso, determinar la validez o nulidad del contrato -eventualmente por vicio del consentimiento- implica una función interpretativa de su contenido, como de la voluntad declarada de las partes y su concordancia con la voluntad interna*".

A lo que cabe añadir, en relación con el sentido que la actora quiere atribuir a las cualidades exigidas para ser árbitro, que olvida que, al margen de qué sea lo que se ha pactado o dejado de pactar sobre la condición de Letrado en ejercicio, el arbitraje es de Derecho y, resuelto por un colegio arbitral, al menos uno de los árbitros ha de tener la condición de jurista (art. 15.1 LA).

El motivo es desestimado.

CE CUARTO .- Preliminar: la sumisión a arbitraje no conculca el art. 24.1 en su vertiente de derecho de acceso a la Jurisdicción .

Una vez verificada la existencia del convenio arbitral, y que el Laudo no ha excedido el ámbito del compromiso al pronunciarse sobre la validez de los contratos litigiosos, la Sala analizará si el Laudo ha infringido el orden público, en primer término, exponiendo los criterios que delimitan ese concepto.

No obstante, como cuestión previa, cumple dar la razón a la demandada respecto de uno de los motivos en que la actora sustenta esa pretendida vulneración del orden público, por su absoluta inconsistencia: dice TJJG que se le ha negado el acceso a la jurisdicción ordinaria, teniendo que acudir a un arbitraje donde solo cabe la acción de anulación y no una segunda instancia propiamente dicha, lo que le provoca una clara indefensión. Sobre este particular, postula BBVA que ninguna infracción del derecho de acceso a la Jurisdicción se le ha seguido a la demandante del hecho de haberse sometido a arbitraje, de acuerdo con la clara doctrina sentada al respecto por laSTS, 1ª, 429/2009, de 22 de junio, y la jurisprudencia del TC que en ella se menciona.

Así es, en efecto: de un lado, laSTC 174/1995, en expresión de un criterio reiteradamente conteste, declara que "*el arbitraje es una medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros*"; en el bien entendido de que ello es admitido y admisible porque "*el arbitraje se considera un 'equivalente jurisdiccional', mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)*" (SSTC 15/1989, fj 9, y62/1991, fj 5)". A partir de aquí, es totalmente coherente que laSTS, 1ª, 429/2009, de 22 de junio, declare abiertamente, en total sintonía con la doctrina constitucional, la suficiencia de la acción de anulación, pese a que no sea un *novum iudicium*, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva en su

modalidad de acceso a los tribunales.

O, en palabras de la STC 9/2005(FJ 4): " *bastará recordar, como dijimos en la STC 176/1996, de 11 de noviembre* , FJ 3, que "esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una resolución judicial, si bien la Sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992 , entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989 , 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción ".

Y ello sin perjuicio de que, como también ha declarado reiteradamente el TC en referencia específica a la Sentencia que resuelve la acción de anulación (v.gr., FJ 3 de la misma S. 9/2005), "no siendo [la] argumentación [de la Sentencia recurrida] irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4)".

QUINTO .- Parámetros de enjuiciamiento de la infracción del orden público en el acción de anulación .

Dicho lo que antecede, procede 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 -, y porque así lo requiere el debido análisis de las detenidas alegaciones de la demandada al respecto.

En este sentido, la defensa de BBVA parte de la premisa de que " *en modo alguno es permisible, tal y como pretende la actora por medio de la demanda que ahora nos ocupa, convertir dicha acción de anulación en una segunda instancia donde sea factible plantear cuestiones tales como la valoración de la prueba, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, materias que son exclusivamente competencia de los árbitros, de conformidad con el convenio arbitral que fue suscrito por las partes* " -FJ 2º.I-. Los argumentos de la demanda deben ser rechazados porque no responden a la finalidad de dejar sin efecto lo que pudiera considerarse " *un exceso del Laudo dictado (incumplimiento de garantías procesales, ajuste a los límites establecidos en el convenio arbitral, invasión a cuestiones no susceptibles de arbitraje) sino a analizar nuevamente el fondo del asunto que ya fue detalladamente resuelto por el Tribunal arbitral* " -FJ 2º.I in fine -.

Congruente con este planteamiento, la demandada -con cita de jurisprudencia-, entiende que el orden público que se erige en motivo de anulación del laudo ha de

restringirse a la infracción de los derechos y libertades fundamentales, quedando fuera de este concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...: no es dable incluir en la vulneración del orden público -añade- " *la integridad de las infracciones de derecho sustantivo y procesal que se pudieran haber cometido en el Laudo pronunciado* ".

Acto seguido -como ya hemos dicho-, BBVA repara en las Sentencias de esta Sala 13/2015 y 27/2015 para entender que, en el presente caso, no es aplicable la doctrina en ellas contenida: " *el Laudo impugnado (habría) analizado todas las normas imperativas y jurisprudencia a las que se refieren las recientes Sentencias de esta Sala (§§ 148, 150, 158, 162 y 168) y tras ello ha concluido que no existió vicio en el consentimiento de la actora al contratar los productos litigiosos (operaciones I, II y III)* " -FJ 2º.I-.

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, en nuestras Sentencias 13/2015, 27/2015, 30/2015, 31/2015 y 74/2015-, 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., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

"Como ha puesto de manifiesto esta 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 el artículo 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 la sentencia 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, y 761/1996 y 13/1927) 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.

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 distinguos 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 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 el art. 24.1 CE.

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, las Sentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo (ROJ STSJ M 3275/2015) y 56/2015, 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-; o que, como a veces se ha propugnado en el colmo del simplismo, se aduzca a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación. 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, ex art. 24.1 CE, puede infringir el orden público, como causa de anulación.

Llegados a este punto, hemos de ponderar aquel planteamiento que 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 se ha sustentado, en ocasiones, 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, que son a la vez garantía de la interdicción de la arbitrariedad.

En este sentido, con toda claridad, el ATC 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".

O, con mayor claridad, si cabe, la STC 9/2005, de 17 de enero, cuando señala (FJ 2):

Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1 ; 13/1997, de 27 de enero , FJ 2). "Sólo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero , FJ 2).

El arbitraje es un "medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 4); y "aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional" (STC 176/1996, de 11 de noviembre , FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se

invoquen las garantías del art. 24 CE , **cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal** (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio, FJ 1 ; y 179/1991, de 17 de junio , FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

Debe concluirse, en consecuencia, que sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional.

Siendo por lo demás evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., en el propio ATC 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.

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.

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 el art. 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 en nuestra 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 el art. 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 del art. 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 de la 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 la sentencia 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 a 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 el art. 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 quo 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 el art. 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- los *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 señalando esta 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 del Tribunal Supremo, v.gr., en sus SS. de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014) y 265/2015, 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, la STJCE de 1 de junio de 1999 [asunto C-126/1997 (Eco Swiss v. Benetton)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación del art. 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 no cabe oponer que el principio de buena fe en la contratación trasciende 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.

Aun sin entrar a considerar si el principio de buena fe está o no constitucionalizado, 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 .- Continuando con la exposición de las premisas jurídicas de nuestro análisis -parámetros de enjuiciamiento- y de acuerdo con lo que ya hemos dicho, entre otras, en nuestras Sentencias 30y31/2015, la Sala tiene que recordar, porque así lo exige la doctrina del TJUE, que, aunque no se reputara aplicable la redacción de la Ley del Mercado de Valores resultante de la Ley 47/2007, pese a que la contratación cuestionada es posterior a su entrada en vigor -21/12/2007-, 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 de la Operación III, fechada el 1 octubre de 2008-, 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 el art. 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.

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 la Disposición 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 la documental aportada revela con toda claridad y que no se discuten por las partes ni por los árbitros:

La primera, que el propio BBVA, si bien de un modo contrario al orden público, por lo que se dirá, alude en los clausulados de confirmación de las 3 Operaciones de Calendar Swap sobre materias primas a los test de conveniencia y de idoneidad, de cuya existencia es perfectamente consciente, aunque sea para que el inversor firmante del contrato declare que se ha practicado el primero y que es innecesario el segundo, por no haber recibido labor de asesoramiento . Reparamos, en este sentido, en la cláusula 7 -titulada, *Declaraciones de las partes* -, y, de modo muy particular, en la cláusula 8 - *Otras manifestaciones* -, a la que, **dentro de o sin esperar a** que transcurran los 6 meses posteriores a la vigencia de la Ley..., la entidad financiera -como predisponente- ha dado del siguiente tenor:

"El Cliente declara que, con carácter previo a la suscripción de la presente operación, el Banco le ha solicitado, o a cada uno de los Clientes en caso de ser varios, información sobre sus conocimientos y experiencia en la inversión de productos/servicios de la misma clase que el/los que constituye(n) objeto de esta contratación. Con base en la información suministrada por el Cliente y/o existente en el Banco, consta para el Banco que el Cliente

tiene conocimientos y experiencia en la inversión en dichos productos/servicios.

El Cliente reconoce que el Banco le ha informado de los riesgos asociados al producto/servicio objeto de contratación y manifiesta entenderlos. Asimismo, el Cliente reconoce que el Banco no le ha prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversión, y que, por consiguiente, no ha recibido recomendaciones personalizadas en base al conjunto de su situación patrimonial con respecto al producto/servicio al que se refiere la presente operación.

La segunda, que existe un contrato de swap de octubre de 2008, 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 LMV.

SÉPTIMO .- 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)".

O, en palabras de la reciente **STS, 1ª, de 15 de octubre de 2015** (ROJ STS 4237/2015), FJ 11:

"Para que exista asesoramiento por parte de la empresa de inversión a su cliente (y por tanto tal asesoramiento haya de prestarse cumpliendo las exigencias de la normativa general y sectorial) no es requisito imprescindible la existencia de un contrato de asesoramiento "ad hoc" de los previstos en el **art. 63.g)** de la actual redacción de la Ley del Mercado de Valores (en la vigente en el momento de la inversión, se refería al servicio de asesoramiento el **art. 63.f)**). **Basta con que la iniciativa de la contratación del producto o del servicio parta de la empresa de inversión** , que sea ésta la que ofrezca el producto o servicio a su cliente recomendándole su contratación. Tal conducta tiene la naturaleza de asesoramiento y debe cumplir los requisitos que establece la normativa de servicios financieros y de inversión

Finalmente, destacaremos, en relación con el incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad, lo que dice en sus propios términos la Sentencia de 20 de enero de 2014-FJ 13-:

"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** , la 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 "** .

OCTAVO .- Ateniéndose la Sala a los propios términos del Laudo y tras haber consignado 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 (**STC 313/2005**)-, procede, acto seguido, dar cuenta de los hechos que el laudo considera probados -amén de los ya reseñados en el FJ 1º de esta Sentencia- y de los argumentos relativos a este motivo de anulación en que se sustenta la decisión desestimatoria de la demanda formulada por TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL, S.L.

La información suministrada por BBVA a TJJG sobre las Operaciones de swaps suscritas,

El Laudo considera acreditado, en lo que concierne a las Operaciones iniciales (I y II), que el producto **fue ofrecido a D. Anselmopor el empleado del BBVA D. Alejandro** en reunión habida en la mañana del sábado 10 de mayo de 2008 (**§ 131**).

También está probado (**§ 133**) que en dicha reunión el Sr. Alejandro entregó al Sr. Anselmo documentación escrita -" única constancia documentada de la información transmitida por BBVA " - que se transcribe en el **§ 161** del Laudo, a saber: una presentación del producto, preparada por el Departamento de Mercados de BBVA, titulada 'Cobertura de costes energéticos'; y una oferta fechada el 9 de mayo de 2008 que contenía tres modalidades de derivado para la cobertura del precio del gasóleo.

El Sr. Anselmo recibió información de carácter confirmatorio sobre los antedichos

productos en conversaciones telefónicas de 15 y 23 de mayo de 2008, si bien dicha información fue escueta y puntual, limitada a los datos esenciales de la cobertura -subyacente, importe notional, precio, plazo- (**§ 136**).

El Laudo también considera probado que la firma de las Confirmaciones de Calendar Swap -remitidas con posterioridad a la contratación telefónica según práctica habitual- no fue precedida de una lectura ni somera ni detenida de la misma (**§ 138**).

También consta acreditado, respecto de la Operación III, que BBVA propuso a la Demandante reestructurar las Operaciones Iniciales con unas nuevas condiciones ... (**§ 57**). A tal fin, además de una conversación telefónica el día 1 de octubre de 2008 , en la que se trataron los términos y las condiciones esenciales de la reestructuración que se contrataba (**§ 57**), las Partes mantuvieron al menos una reunión previa a dicha conversación en las oficinas de TJJG -con empleados del Departamento de Mercados del BBVA desplazados desde A Coruña (**§§ 139-140**). El Laudo no hace referencia alguna al alcance de la información suministrada en esa reunión previa a la contratación.

El 10 de septiembre de 2008 el Departamento de Mercados de BBVA remitió correo electrónico a TJJG únicamente con las condiciones esenciales de la reestructuración en que consistía la Operación III (producto, subyacente, nominal, periodo, precio fijo y strike cap) (**§ 141** , con transcripción del e-mail).

En cuanto a la información recibida en la conversación telefónica de 1 de octubre de 2008, el Laudo reconoce que, " *al igual que en las conversaciones telefónicas de contratación de las operaciones iniciales, dicha información era la justa e imprescindible para cerrar y formalizar la cobertura, justificando BBVA la brevedad de estas conversaciones porque el cliente ya había sido previamente informado de las condiciones y conocía el producto* " (**§ 142**).

Consideraciones del Laudo sobre los argumentos de las partes en relación con la normativa MiFID.

El Laudo afirma que los empleados de BBVA que declararon no dudaron de la aplicabilidad de la normativa MiFID -negada tajantemente, no obstante, en la contestación a la demanda arbitral por BBVA " *por tratarse de productos típicamente bancarios* "-, si bien dichos empleados " justificaron la ausencia de los test de conveniencia y/o idoneidad en este caso porque el Sr. Anselmoya conocía el producto previamente y así lo había manifestado " (**§ 147** y nota 163). En esta nota 163, *in limine* , el Laudo da cuenta de cómo D. Eutimiodice: " *Digamos que todos seguimos la normativa MiFID (...). Hablando del test de idoneidad las oficinas comercializábamos o asesorábamos a los clientes... habitualmente no se hacía el test de idoneidad. Y los test de conveniencia en función de cómo... en los casos de clientes que, de alguna manera, transcendía que ellos conocían lo que estaban contratando, pues no se realizaba...* ".

El Tribunal arbitral, tras aludir a la jurisprudencia del TS en la materia y mencionar elart. 52 de la Directiva 2006/73CE (**§ 148**), dice literalmente en los **§§ 149 y 150**:

" No parece del todo claro que a las Operaciones litigiosas sea de aplicación elart. 52 de la Directiva 2006/73en el sentido de que las Operaciones deban entenderse celebradas en un contexto de asesoramiento por parte de la entidad bancaria, al exigirse ' *que ésta se presente como conveniente y que derive de una recomendación personal* ' ".

"De hecho, a nuestro juicio, las presentaciones remitidas por BBVA al Demandante

tienen carácter meramente informativo y no pueden considerarse una recomendación personal ya que lo único que hacen es explicar de forma objetiva el funcionamiento de los productos sin concluir cuál de ellos puede adaptarse mejor al Demandante ".

Y concluye el **§ 152**:

" De la prueba practicada es evidente que BBVA no efectuó test de idoneidad alguno, aunque sí parece que efectuó una cierta evaluación de la conveniencia, si bien las declaraciones de los empleados de BBVA han coincidido en afirmar que no fue necesario llevar a cabo formalmente dicho test de conveniencia porque el Sr. Anselmoya conocía el producto ".

En otras palabras: el test de conveniencia -capacidad y conocimientos en productos financieros del contratante- se concibe como algo puramente formal, si los empleados de la entidad financiera llegan a la conclusión de que el contratante conoce el producto.

Y ello sin olvidar, como habremos de reiterar, que, en abierta contradicción con lo que antecede, el **§ 169** del Laudo expresamente reconoce que no se hicieron los test de idoneidad y de conveniencia, " *asumiendo el Tribunal su aplicabilidad en este caso* ".

Acto seguido, el Laudo proclama que, " **con independencia de la aplicabilidad o no de la normativa MiFID** ", lo determinante es valorar si existió error-vicio a cuyo efecto analiza si el cliente tenía o no verdadero conocimiento de este tipo de operaciones y comprendía los riesgos que comportaban (**§ 153**).

Sobre el grado de conocimiento de los swaps por TJJG.

En este punto, los **§§ 156 a 165** del Laudo analizan la prueba practicada y son concluyentes: de un lado, el Tribunal arbitral constata las versiones tan diferentes de los declarantes: "mientras que los empleados de BBVA manifiestan que informaron a TJJG del funcionamiento y los riesgos de los swaps, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de que se produjeran liquidaciones negativas en caso de que el precio del combustible de referencia descendiera por debajo del precio contractualmente pactado, el Sr. Anselmoniega rotundamente esta circunstancia" (**§ 159**). A la vista de esa disparidad, el colegio arbitral señala que no puede fundar su decisión en este punto -juicio sobre la información transmitida a TJJG-, sino es en un análisis conjunto con otras pruebas (**§ 160**).

A continuación, repara en " *la única constancia documentada de la información transmitida por BBVA a TJJG* " -documentos que transcribe en el **§ 161** -, en las conversaciones grabadas de 23 de mayo de 2008 y 1 de octubre de 2008 -que también reproduce en los **§§ 162 y 163** - y en la declaración en la Audiencia del Sr. Anselmo: de toda esa prueba, el extremo al que el Tribunal arbitral confiere trascendencia es únicamente el siguiente: todas esas pruebas acreditan que el contratante fue consciente de la posibilidad de liquidaciones negativas, "lo que demuestra que los productos no eran 'seguros', como esgrime la Demandante", de lo que concluye el Laudo que "el Sr. Anselmotenía suficiente comprensión del funcionamiento del swap sobre materias primas, por lo que ha de descartarse el error-vicio" (**§ 165**).

El Laudo evidencia un circunstancia de la mayor importancia sobre la que luego habremos de insistir: la complejidad del producto financiero contratado consistiría, sin más, en la comprensión del *do ut des, del intercambio de flujos de efectivo* y, en particular, en la capacidad de entender que " *la mecánica de las Operaciones* " -en locución del **§ 53** -

podía generar liquidaciones negativas" .

De ahí que, acto seguido, el Laudo, tras señalar " *que no se trata de que el cliente entienda todas o cada una de las cláusulas de estos contratos y de que pueda por se calcular las liquidaciones* " (**§ 167**), concluya que el Sr. Anselmoera consciente de los riesgos que comportaban las Operaciones " *tanto por tener suscritos otros productos similares en su esencia - y en particular en lo que respecta a la posibilidad de liquidaciones tanto positivas como negativas* ", también en función del alza o baja de los tipos de interés- con otras entidades bancarias, como eran los (dos) swaps sobre tipos de interés con Bankinter, como por haber dado muestras de haber entendido las explicaciones proporcionadas documental y oralmente por BBVA en las diferentes reuniones o conversaciones mantenidas a este respecto " (**§ 168**).

Por ello, el **§ 169** del Laudo entiende que " **el resultado de la prueba permite enervar la presunción iuris tantum a favor del error-vicio del cliente, que se derivaría del hecho de no haber practicado la entidad financiera los test de idoneidad y conveniencia (asumiendo, como lo hace el Tribunal, su aplicabilidad en este caso)** " .

Finaliza el Laudo apelando a que "el swap lleva ínsito un margen de aleatoriedad, inherente al negocio, que se asigna conforme a la regla *casus sentit dominus* , de suerte que quien no valoró adecuadamente el riesgo que suponía suscribir un swap sobre materias primas, soporta el riesgo del error..."; y máxime cuando "no consta que BBVA garantizase que el precio del combustible siguiera subiendo, pues esta información no era predecible..., (ni que) ofreciese el producto como un ' seguro '" (**§§ 172-173**).

NOVENO .- De acuerdo con los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los fundamentos quinto a séptimo, 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 en nuestras Sentencias 13/2015, de 28 de enero, y 30/2014, 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 §§ 57 y 131 - *supra* reseñados-, que revelan en términos jurídicos, sin lugar a la menor duda, que la labor del BBVA 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 debidamente realizado el de conveniencia.

Sin embargo, hemos transcrito cómo el Laudo expresa sus dudas sobre que concurriera labor de asesoramiento (**§§ 149 Y 150**) porque "las presentaciones remitidas por BBVA al Demandante tienen carácter meramente informativo y *no pueden considerarse una recomendación personal ya que lo único que hacen es explicar de forma objetiva el funcionamiento de los productos sin concluir cuál de ellos puede adaptarse mejor al Demandante*".

Esa argumentación (**§§ 149 Y 150**) incurre en una patente contradicción interna y, consiguientemente, aboca a una valoración arbitraria de la inequívoca significación jurídica de hechos probados: no se hace el test de idoneidad, dirigido esencialmente a comprobar que el producto que contrata es el más recomendable para el Cliente, porque el producto se habría expuesto asépticamente, sin aconsejar su contratación: ¿cómo casa esa conclusión con los hechos, declarados probados con reiteración (**§§ 131 y 57**) , de que las Operaciones iniciales le fueron ofrecidas a TJJG por empleado del BBVA y que la reestructuración final también fue iniciativa del propio Banco? Los árbitros concluyen, en apreciación totalmente incompatible y contradictoria con hechos que ellos mismos declaran probados, que las operaciones de calendar swaps fueron meramente divulgadas -como si se tratase de información facilitada exclusivamente a través de canales de distribución o al

público... (art. 52 in fine Directiva 2006/73CE). Los árbitros, cuando así razonan, se limitan a hacer referencia a los folletos remitidos, pero "olvidan" que ha habido reuniones específicas tanto en las Operaciones iniciales como en la final, con personal del Banco desplazado al efecto, que ha ofrecido el producto al Cliente..., según lo que el propio Laudo declara inequívocamente probado.

Tan personalizadas son la Operaciones, insistimos, que el Laudo constata la existencia, al menos, de dos reuniones -sin descartar una tercera- previas a la contratación de los productos, siendo dicha contratación, la inicial y su posterior reestructuración, a instancia y por ofrecimiento de la entidad bancaria: en estas circunstancias, la motivación del Laudo incurre en una contradicción interna patente, constitutiva de arbitrariedad y a todas luces vulneradora de la normativa MiFID expuesta supra en sus propios términos y tal y como es interpretada por la jurisprudencia del TJUE y de la Sala Primera del TS -v.gr., FJ 11, S. 15.10.2015- transcrita en el FJ Séptimo: lo que el Laudo declara probado no permite, sin incurrir en contradicción patente y arbitraria con esos mismos hechos que se declaran probados, excluir la obligación, *in casu*, de haber efectuado el test de idoneidad. Y de hecho, como hemos visto, así lo reconoce expresamente el propio Laudo con posterioridad -evidenciando la contradicción de que hablamos- en su **§ 169**, aunque sea para decir que la presunción de error-vicio que deriva de la no realización del test -cuya aplicabilidad asume- es desvirtuada por la prueba practicada al efecto sobre el conocimiento que del producto tiene el Cliente.

No es discutible, a la vista de lo que antecede, que el Banco asesoró a TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL (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 ".

Es un hecho probado que BBVA no ha subvenido a esta necesidad de especial información, analizando la situación financiera y los objetivos de inversión de TJJG 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.

La realidad es, como revela lo reseñado en el fundamento octavo, que el Laudo no analiza los deberes de información de la entidad propios de una labor de asesoramiento porque parte de la apreciación, patentemente errada e intrínsecamente contradictoria con hechos que declara probados, de la no aplicación al respecto de las obligaciones contenidas en la LMV por no resultar claro que se diese un contexto de asesoramiento.

Tampoco ha exigido el Laudo, según se ha reseñado, la práctica formal del test de conveniencia, con apoyo en la apreciación de los empleados de BBVA de que el Sr. Anselmocomprendía el producto

El Laudo da por buena la conclusión de que el administrador de TJJG comprendía los riesgos inherentes al producto por dos razones: de un lado, por habérsele explicado -y reconocer que había entendido- *la mecánica de las Operaciones de swap, que consistía esencialmente en un intercambio de flujos de efectivo entre TJJG y BBVA en relación al importe notional del combustible predeterminado como subyacente, siendo consciente de la posibilidad de que se le girasen liquidaciones negativas si el precio del combustible de referencia se situaba por debajo del precio fijado* ". De otro lado, el Laudo repara en el hecho de que el Sr. Anselmohabía suscrito previamente dos swaps de permutas de intereses con BANKINTER, lo que se reputa como experiencia suficiente para la comprensión del producto.

Semejantes argumentos permiten representarse con toda claridad la concepción que el Laudo evidencia sobre cuál sea o deje de ser la complejidad de los productos contratados. 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.

Es determinante la relevancia que el Laudo confiere a 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 de flujos de efectivo en función de la subida o

bajada del precio del diésel de referencia.

La Sala analizará en un momento posterior cómo ha ponderado el laudo la capacidad de conocimiento de los Calendar Swaps por el administrador de TJJG y por la misma TJJG, a quienes en ningún caso se 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.

El laudo yerra gravemente, de forma ostensible y patente, cuando no reconoce la complejidad de los *swaps contratados*, 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 flujos de capital. El laudo da por bueno *que el riesgo que tiene la operación es asumir la caída que pueda tener el precio del combustible determinado como subyacente*. Ese es el "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 a la comprensión misma, absolutamente simplificada, del instrumento financiero analizado. 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. Ciertamente que la calificación legal, post MiFID, de los productos como complejos es independiente de la comprensión real de los mismos; 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*.

Pues bien, en este punto 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 -mecánica del *do ut des* de los swaps.

Ahora bien, como razona la jurisprudencia del TS 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 precio fijo o variable que se ofrece en los swaps, el strike o cap -precio máximo-, y qué previsiones han sido manejadas por la entidad financiera para determinar las variaciones del precio del combustible de referencia. **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 de interés, de los precios de las mercaderías o de los índices bursátiles (según la modalidad de swap que se contrate)... 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 , de su incidencia a la hora de fijar los tipos o los precios de referencia -lo que la **STS, 1ª, de 15 de octubre de 2015** denomina (FJ 11.3) " el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap , como determinante del riesgo que asume el cliente "; en efecto, aportar tal información, entre otras, 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 (por todas, FJ 11, **STS, 1ª, Pleno, 491/2015, de 15 de septiembre** , ROJ STS 3868/2015)... 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 en los términos expuestos - 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-, 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 .*

En palabras de la precitada **STS, 1ª, de 15 de octubre de 2015** : "El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap ".

Pues bien, la simpleza de la información considerada como suficiente por el laudo -sobre la base de una patentemente arbitraria 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 conceptualización 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 de 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 manifiesto del Laudo: concebir el contrato de swap de un modo tan simplificado que no se compadece con la realidad, legalmente reconocida, de que es un producto financiero complejo, sin posibilidad de prueba en contrario.

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 TJJG, 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 precio del diésel de referencia y su incidencia en la determinación de los tipos o precios de referencia del swap-posibles escenarios de variación del mismo-, ni sobre posibles riesgos de exceso de apalancamiento -de desproporción entre el capital propio y el crédito-, etcétera. La generalidad y elementalidad de la información aportada a TJJG, que el Laudo estima suficiente para la recta contratación, evidencia ese patente déficit de motivación de que hablamos.

3.- Sobre el análisis que el laudo hace del conocimiento o capacidad de comprensión por el administrador de TJJG 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 TJJG, S.L.: el laudo ni siquiera se plantea, en sentido estricto, si el destinatario de los Calendar Swaps es un profesional o un minorista: se limita a decir que su administrador fue consciente de los riesgos que llevaba aparejado el producto contratado, con particular y prácticamente exclusiva alusión al hecho de que se podían producir liquidaciones negativas en la cuenta de TJJG, si el precio del carburante de referencia

descendía respecto del precio fijo contratado... 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 TJJG-, con la consiguiente infracción del art. 24.1 CE, a la vez que vulnera reglas imperativas que delimitan el alcance del principio de buena fe 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 del administrador de TJJG, el laudo pondera extremos que no 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; es más, incluso aun cuando cupiera hacer cuestión aparte de tales criterios legales -los definitorios de un profesional de los mercados-, las circunstancias consideradas por el Laudo no permiten inferir, de manera mínimamente suficiente, que el administrador de TJJG gozaba de tal experiencia en los mercados financieros propiamente dichos que podía ser tratado como un profesional.

Son demostrativos de lo que decimos los datos que pondera el laudo -y los que no pondera- sobre el administrador de la contratante, Sr. Anselmo:

Que fue consciente del *do ut des*, del intercambio de flujos de efectivo y, en particular, de que " *la mecánica de las Operaciones* " -en locución del **§ 53** - *podía generar liquidaciones negativas*", pues dio muestras de haber entendido las explicaciones proporcionadas documental y oralmente por BBVA en las diferentes reuniones o conversaciones mantenidas a este respecto ".

Que había suscrito previamente otros productos similares en su esencia - y en particular en lo que respecta a la posibilidad de liquidaciones tanto positivas como negativas , también en función del alza o baja de los tipos de interés- con otras entidades bancarias, como eran los (dos) swaps sobre tipos de interés con Bankinter.

Conviene reiterar en este punto, ya lo hemos constatado en el FJ 8 , que el Laudo confiere la mayor trascendencia probatoria a los folletos o documentos remitidos por el Banco previamente a la contratación telefónica -sin precisar el contenido informativo de las reuniones habidas-, a las grabaciones donde se explica la mecánica de la Operación con el asentimiento del Sr. Anselmo y la declaración de éste en el acto de la Audiencia, reconociendo tímidamente que fue consciente de la posibilidad de liquidaciones negativas, aunque no de tanta cuantía como la que tuvo lugar.

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 TJJG es una gran empresa -lo que permitiría reputarla como cliente profesional- por cumplir dos de los tres requisitos establecidos en la Directiva; por lo que, a todas luces, debió ser tratada como cliente minorista.

El laudo, aunque con patente insuficiencia, va en la línea de analizar la competencia de la persona autorizada 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 ostentado 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 del administrador contratante: **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 habiendo contratado en años precedentes dos swaps, 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 los precios de referencia -volatilidad del producto-, sin explicación del porqué del cálculo inicial del precio fijo, del precio variable y del cap, 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 los apartados c) y e) 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 naturaleza compleja del instrumento financiero: 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 del administrador de TJJG, 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 la minorista, en cláusulas predispuestas, de que *tiene conocimientos y experiencia en la inversión en dichos productos/servicios; de que el Banco le ha informado de los riesgos asociados al producto/servicio objeto de contratación, los cuales entiende; y de que el Banco no le ha prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversión, de modo que, por consiguiente, no ha recibido recomendaciones personalizadas en base al conjunto de su situación patrimonial con respecto al producto/servicio al que se refieren las Operaciones.*

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 por nuestras Sentencias 13/2015, de 28 de enero, y 74/2015, 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 fe la contratación* , la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación derivada de una conceptualización del todo simplista del producto financiero contratado, inequívocamente errada, por contraria a la realidad y al reconocimiento legal del carácter complejo de ese producto; y, de otro lado, la inferencia irrazonable o arbitraria que sobre el conocimiento del producto tiene la contratante (y su administrador) 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 TJJG: 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 del administrador de TJJG, y al errar, con no menor claridad, sobre la declarada, legal y jurisprudencialmente, el alcance de la complejidad del instrumento financiero comercializado -que en absoluto se limita a la comprensión del intercambio de flujos de capital-, 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 la STS, 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*" .

El motivo es estimado.

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).

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda de anulación del laudo arbitral formulada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Anaya García, en nombre y representación de **TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL, S.L.** , contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.** , anulando el Laudo dictado con fecha 26 de noviembre de 2014 por el Tribunal Arbitral integrado por D. CLIFFORD J. HENDEL (Presidente), D^a CARMEN VENEGAS GRAU y D. MIGUEL CASES NABAU (co-árbitros) en el procedimiento arbitral nº 2.502, 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

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 el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

PRIMERA.- Los motivos de nulidad del laudo arbitral esgrimidos en la demanda se concretan en los tres siguientes por los que la demandante considera que el laudo es nulo:

Porque el convenio arbitral no existe o no es válido

Por haber resuelto los árbitros sobre cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje

Por ser contrario al orden público.

Desestimados los dos primeros motivos en la decisión mayoritaria de la Sala, que comparto plenamente, se acoge, sin embargo, este último motivo por razones totalmente

divergentes de las expuestas en la demanda. En ésta, en efecto, los únicos argumentos que se contiene respecto de la vulneración del orden público por parte del laudo son textualmente los siguientes: "*El laudo dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid infringe el orden público porque vulnera el artículo 24 de la Constitución Española, que regula la tutela judicial efectiva. En este caso, debido a que se nos ha negado la jurisdicción ordinaria, y se nos ha obligado a acudir al arbitraje en base a un convenio arbitral que nunca ha sido firmado por esta parte, se nos está produciendo una clara indefensión. A mayores incluso cabe aludir a que en la jurisdicción ordinaria cabe acudir a una segunda instancia que en este caso no existe, al no permitirse mayor recurso que la presente acción de nulidad. Por extensión también se está conculcando el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9 de nuestra Constitución. La indefensión es clara y produce una posición claramente beneficiosa hacia la parte demandada. Se nos priva de unos derechos básicos, regulados por la Constitución Española produciéndose una posición de primacía hacia B.B.V.A.*".

Ninguna referencia hace la demandante a la motivación del laudo en relación con el motivo de infracción del orden público que alega.

SEGUNDA.- Como se ha dicho en anteriores votos particulares en casos similares a este, el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje autoriza 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.

Debe ser así ser excepcional la estimación de oficio de una causa de nulidad, que debe deducirse con absoluta claridad, para proteger los intereses superiores de nuestro ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra el derecho al acierto en resoluciones judiciales y, por extensión, las arbitrales.

TERCERA.- Dada la causa de nulidad apreciada de oficio (por hechos, circunstancias o argumentos diferentes de los alegados por la demandante) en la decisión mayoritaria -infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda -arbitrariedad en la motivación del laudo y valoración probatoria irracional 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 y como norma general, 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 el apartado f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje podría 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 la Sentencia 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 la sentencia 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 el apartado 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.

CUARTA.- Una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es la derivada de la obligación de la motivación de las resoluciones. La sentencia del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzo recuerda 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 el art. 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 el artículo 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) y 25 de junio de 1992 (RTC 1992, 101)), y, en igual sentido, SSTC de 12 de noviembre de 1990 y 1 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2699). Según la sentencia 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 131/1990 y 112/1996), 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, 5/1995 y 58/1997). 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, y 119/1998, 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)". Las sentencias del Tribunal Constitucional nº 164/2002 y 247/2006 de 24 julio (RTC 2006 47) 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 ; y 29/2005, 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 del Tribunal 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 razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 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) y 7 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 la sentencia 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 citada sentencia del Tribunal Constitucional nº 178/2014 tuvo 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 el art. 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 ; y 201/1994, 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.

QUINTA.- 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 contradicciones internas en los fundamentos del laudo, error en la ignorancia de normas imperativas derivada de la comprensión simplificada del instrumento financiero analizado, o error en el análisis sobre el conocimiento o capacidad de comprensión de los instrumentos contratados, entre las circunstancias más significativas.

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:

El laudo reconoce (párrafo 152) que de la prueba practicada es evidente que BBVA no efectuó test de idoneidad alguno, aunque sí parece que efectuó una cierta evaluación de la conveniencia, si bien las declaraciones testificales de los empleados de BBVA han coincidido en afirmar que no fue necesario llevar a cabo finalmente dicho test de conveniencia porque el Sr. Anselmoya conocía el producto.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial, que cita el mismo laudo, concluye que lo verdaderamente importante para zanjar la disputa es si realmente existió error-vicio en la contratación, atendiendo al resultado de la prueba practicada sobre si el cliente tenía o no verdadero conocimiento de este tipo de operaciones y comprendía los riesgos que comportaban.

Seguidamente, el laudo analiza la prueba practicada en el procedimiento arbitral, de la que concluye que el Sr. Anselmoya tenía suficiente conocimiento del producto y de los riesgos que comportaba, lo que deduce del hecho de tener suscritos otros productos similares en su esencia y en particular en lo que respecta a la posibilidad de liquidaciones tanto positivas como negativas en función del alza o baja de los tipos de interés, así como por haber dado muestras de haber entendido las explicaciones proporcionadas documentalmente y oralmente por BBVA.

Y del resultado de esa prueba considera rebatida la presunción iuris tantum del

error-vicio del cliente que, según la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, se derivaría del hecho de no haber practicado la entidad financiera los test de idoneidad y de conveniencia (asumiendo, como lo hace el Tribunal, su aplicabilidad en este caso).

Esto es, el laudo declara expresamente aplicable la normativa MiFID, y la consiguiente aplicabilidad de los test de idoneidad y conveniencia; también reconoce que tales test no se realizaron correctamente por la entidad bancaria; que de ello se derivaría una presunción iuris tantum de existencia de vicio en el consentimiento; pero que esta presunción queda desvirtuada por la prueba practicada en el procedimiento arbitral, entre la que valora especialmente la experiencia anterior del cliente.

Podrá discutirse cual es la prueba suficiente que permite tener por acreditado el conocimiento anterior del cliente del producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; conocimiento que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (como la sentencia 384/2014, de 7 de julio, citada en el laudo arbitral), permitiría descartar el error al contratar. También podrá cuestionarse si la suficiencia de esa prueba debe quedar al margen o no del cumplimiento de las garantías de la normativa MiFID en función de la naturaleza del cliente como mayorista o minorista.

Pero la solución a esas cuestiones -en absoluto unívoca- no corresponde a este Tribunal, por más que pueda tener un criterio formado en esta materia, ya que ni le corresponde la valoración de la prueba que se practicó en el procedimiento arbitral -de la que sólo puede constar en el laudo un reflejo fragmentario- ni la determinación de los efectos que el resultado de esa prueba debe producir en la aplicación de la normativa referida.

SEXTA.- No puede deducirse, por tanto, 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.

Los supuestos errores en los que, según la decisión mayoritaria de la Sala, incurre el laudo arbitral ni siquiera han sido puestos de manifiesto por la parte demandante. Tal falta de alegación parece ser contraria al carácter manifiesto de los errores que se detectan en el laudo.

Por otro lado, esa falta de alegación en la demanda de las supuestas contradicciones en las que incurre en laudo tampoco ha permitido un debate procesal previo, posibilitando a la parte demandada tratar de explicar, en su caso, la congruencia de las diversas afirmaciones realizadas en el laudo y rebatir la consideración como arbitrarios de sus argumentos.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que el FALLO debería ser el siguiente:

DESESTIMAR la demanda formulada por TRANSPORTES JUAN JOSÉ GIL, S.L. contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., respecto del laudo arbitral dictado con fecha 26 de noviembre de 2014, con expresa imposición al demandante de las costas causadas.

Madrid, a 26 de noviembre de 2015.

Fdo: Francisco Javier Vieira Morante