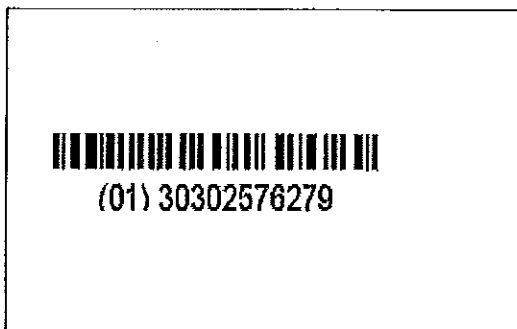




Sala de lo Civil y Penal del Tribunal  
Superior de Justicia de Madrid  
Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004  
Teléfono: 914934848,914934750  
31001590

NIG: 28.079.00.2-2014/0086395



REF: PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL n°  
59/2014

DEMANDANTE:

PROCURADOR: Dn. Argimiro Vázquez Guillén

DEMANDADA: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA

PROCURADORA: Dña. Ana Llorens Pardo

SENTENCIA n° 31/2015

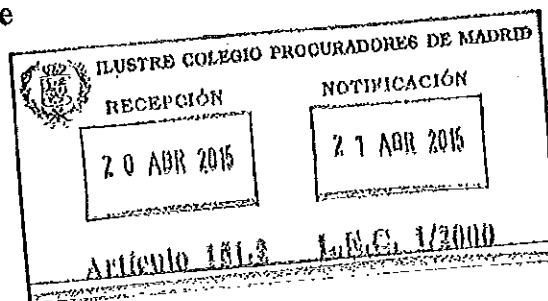
Excmo. Sr. Presidente:

Dn. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

Dña. Susana Polo García

Dn. Jesús María Santos Vijande



En Madrid, a 14 de abril del dos mil quince.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 7 de julio 2014 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dn. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de , contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA**, acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 6 de mayo de 2014, por la Corte de Arbitraje de Madrid, en el Procedimiento Arbitral nº 2491.

**SEGUNDO.-** Por Diligencia de Ordenación de 17 de julio de 2014, se acordó el registro de la demanda, y la subsanación de defectos formales, así como por Decreto de 20 de octubre se admitió a trámite la misma, y una vez que se pudo realizar el emplazamiento de las demandada, ésta presentó contestación a la demanda el 3 de diciembre de 2014.

**TERCERO.-** Dado traslado, por Diligencia de Ordenación de 5 de diciembre de 2014, de la contestación a la demanda a la parte demandante, para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba, ésta el día 29 de diciembre presentó escrito reiterando la solicitada en la demanda; por Diligencia de Ordenación de 23 de enero de 2015, se acordó dar traslado a la ponente para que se pronunciara sobre las pruebas propuestas, y el día 2 de febrero de 2015 se dictó Auto por esta Sala recibiendo el pleito a prueba, señalándose como día de deliberación el día 3 de marzo de 2015.

Es Ponente la Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García, quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Causas de nulidad.** 1ª.- Con invocación del apartado a), del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, se alega la invalidez del convenio arbitral con base al cual se fundamenta la jurisdicción de la Corte de Arbitraje de Madrid; 2ª.- Infracción del apartado f), del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje, en relación con el art. 37.4, al ser el Laudo contrario al orden público por su total falta de motivación.

En concreto se alega por la demandante la invalidez del convenio arbitral, con base al cual se fundamenta la jurisdicción de la Corte de Arbitraje de Madrid, alegando que \_\_\_\_\_ suscribe el Contrato Marco de Operaciones Financiera sin que nadie de la entidad demandada se lo haya explicado, la primera vez que puede leer el contrato que contiene la cláusula de sumisión a arbitraje lo hace solo, y quince días después de la firma de la operación financiera en la notaría, sin que la entidad financiera analizara el perfil bancario de \_\_\_\_\_ haciendo mención, a que fue la bajada de los tipos de interés, lo que mostró a la misma la verdadera naturaleza y funcionamiento del producto, y el alto riesgo inherente al mismo, de lo que ya tenía conocimiento previo el Banco –según noticia publicada por el Mundo en fecha 18 de octubre de 2007-, habiendo sido la demandante informada, en todo momento, que el SWAP era un seguro que le protegería frente a la subida de los tipos de interés y que se trataba de un producto óptimo que debería suscribir junto con el Contrato de Arrendamiento Financiero.

En consecuencia, entiende la demandante que no tenía capacidad suficiente para entender el producto y suscribir el contrato, mediando una actuación engañosa por parte de la entidad financiera, sobre un producto que desconocía . . . ocultándole el Banco, tanto la naturaleza, como las consecuencias de la suscripción del mismo, debiendo haber informado el Banco al cliente, conforme a la legislación vigente aplicable en octubre de 2007, y haber analizado su perfil como cliente, cosa que no llevó a cabo, por lo que no puede haber consentimiento válido, si el que lo emite sufre error o engaño. Concluyendo que, en este caso, BBVA engañó deliberadamente o le indujo a error a la demandante, ofreciéndole a un cliente minorista y conservador, con total falta de transparencia, una Permuta Financiera de Intereses como si se tratase de un producto financiero seguro, cuando en realidad se trata de un producto de alto riesgo.

Lo anterior, la demandante lo enlaza directamente con la ausencia o inexistencia de convenio arbitral, que se recoge en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de fecha 31 de octubre de 2007 suscrito entre . . . y BBVA, S.A. (Cláusula vigesimotercera, que se remite al Anexo I, y se complementa en la Estipulación 15), ya que dicha cláusula se encuentra inserta en un contrato de adhesión, redactado en su integridad por una de las partes, y sin que su contenido haya sido negociado, siendo la misma una condición general de contratación a la que serían de aplicación las disposiciones de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por lo que, en base a los artículos 5, y 8 de la misma, y 54.2 de la LEC, que son de aplicación a este caso, ello lleva a inferir la invalidez del convenio arbitral, pues la entidad bancaria no informó de los inconvenientes de la citada sumisión (renuncia a la jurisdicción ordinaria, elevados honorarios...) imponiendo un domicilio que le favorece -Madrid-. Afirmando que concurren

los tres supuestos de los dos últimos artículos citados, que declaren la invalidez de la sumisión expresa contenida en los contratos de adhesión, defendiendo la condición de consumidor de la aquí demandante, por lo que debe gozar de su protección legal, pues no debe descartarse tal condición por ser una persona jurídica, siendo lo determinante el actuar en un ámbito profesional que le sea ajeno, por lo que siendo el objeto social de la gestión, administración, compraventa...hoteles, aparta-hoteles, hostales..., por lo que no guarda relación alguna con el sector financiero, y le es de aplicación la LGCU 1/2007 de 16 de noviembre, también la normativa internacional (Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, Sentencia Mohamed Aziz).

Concluye el motivo, afirmando que la cláusula de sumisión es abusiva y por tanto nula, porque se encuentra incorporada a un contrato de adhesión, celebrado en contra de las exigencias de la buena fe, y que deja al consumidor en situación jurídica menos favorable, así como que el Laudo se encuentra inmotivado, vulnerando el orden público, por lo que concurren la causa de nulidad del Laudo Arbitral invocada.

Por la parte demandada se alega que el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Barcelona y la Audiencia Provincial han resuelto que la cláusula del arbitraje es válida, lo que constituye cosa juzgada y no se puede volver a plantear, que fue la propia demandante quien consideró que la cláusula era válida al acudir al arbitraje, que la demandante no es consumidora, y que la cláusula arbitral no es abusiva ni introduce desequilibrio alguno en el contrato; así como, que el Laudo no es contrario al orden público, ya que los errores o la valoración de la prueba no entran dentro del concepto de orden público, además el mismo se encuentra correctamente motivado.

**SEGUNDO.-** Para el análisis de la cuestión planteada, hay que distinguir dos aspectos, en primer lugar, la alegación relativa a que estamos ante un contrato de adhesión, que no ha sido negociado individualmente. Al respecto, hay que decir que aun partiendo de que pueden concurrir en el mismo los requisitos del contrato de adhesión, en este caso el contrato es válido, pues consta la voluntad inequívoca y libre de las partes de someter las posibles controversias a arbitraje, sin que sea óbice para ello el que la cláusula compromisoria esté inserta en un contrato de adhesión. Según el art. 9.2 Ley de Arbitraje los convenios arbitrales contenidos en estos contratos se regirán por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuyos arts. 7 y 8 se enumeran las causas de nulidad o ineficacia de las condiciones generales, no aplicables al presente supuesto.

El apartado segundo del último artículo citado, establece la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, en nuestro ordenamiento jurídico se consiente la figura del consumidor- persona jurídica-, como muestra el art. 3 LGDCU, - que sigue en ese apartado lo que ya estableciera el artículo 1.2 de la primitiva LGDCU aprobada por la Ley 26/1984-, debiendo considerarse consumidores o usuarios "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", en este caso la demandante en el concreto contrato, sí está actuando en el ámbito de su actividad empresarial, -aunque afirme lo contrario-, la obtención de financiación para la actividad que ejerce, en concreto BBVA adquirió el 31 de octubre de 2007 a un tercero por mandato de . una finca en Palma de Mallorca para llevar a cabo la explotación de un hotel, actividad a la que se dedica la demandante,

suscribiendo a la vez entre las partes un contrato de arrendamiento financiero por el que el BBVA cedía en leasing la finca referida con vencimiento al 31 de octubre de 2024, fecha en que se podía ejercer la opción de compra, y un contrato de permuta financiera para cubrir las fluctuaciones del tipo de interés variable del arrendamiento. Por tanto, ello no es extraño al desenvolvimiento de una empresa en el mercado, operando la financiación como elemento esencial de la actividad empresarial, (en sentido similar se pronuncia la AP de Barcelona en S. de 9-12-2011, con cita de las del TS 15 de diciembre de 2005 y 20 de diciembre de 2007); de modo que cabe concluir que la demandante desde un punto de vista estrictamente jurídico no ostenta la cualidad de consumidora que haya de proporcionarle la protección legal dispensada por la LGDCU.

El anterior criterio es también el adoptado en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Catorceava, de 13 de junio de 2013, dictado para la resolución de la demanda interpuesta por ..... contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, por los mismos hechos, que confirma el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de la misma localidad de 8 de enero de 2013, que estima la declinatoria por falta de jurisdicción promovida por la aquí demandada; también adopta el mismo criterio el Laudo Arbitral impugnado en el punto 8.12, argumentos de ambas resoluciones que compartimos y damos por reproducidos.

En cuanto a la imposición de un domicilio que, según la demandante, favorece al demandado, en concreto Madrid, cuando no es el lugar de celebración del contrato, ni el domicilio de las partes, hay que decir que la citada cuestión no ha sido planteada durante la tramitación del arbitraje, siendo de aplicación al respecto el artículo 6 de la LA, que dispone que "*Si una parte,*

*conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.”*

Como consecuencia de lo anterior la parte demandante debería haber planteado al Tribunal Arbitral la citada cuestión, como infracción del principio de igualdad, al no hacerlo hay que entender que ha renunciado tácitamente con ello a las facultades de impugnación.

Por otro lado, la sumisión a arbitraje no puede sostenerse que genere, por sí, perjuicios o indefensión una de las partes, al tratarse, el arbitraje, de un sistema legal reconocido y regulado en derecho, que no puede presumirse genere desequilibrio entre las partes, siendo que desde la óptica constitucional, no hay ningún problema en admitir la cláusula arbitral. El poder de disposición de las partes para la exclusión de los órganos jurisdiccionales del Estado en las materias de derecho disponibles es total: la STC 136/2010 trata la relación de esa facultad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, diciendo que el convenio arbitral es apto para expresar "la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación, contractual o no contractual".

**TERCERO.-** El otro aspecto que se plantea en la demanda, relativo a que la demandante no tenía capacidad suficiente para entender el producto y suscribir el contrato, mediando una actuación engañosa por parte de la entidad financiera, sobre un producto que desconocía . . . , ocultándole el Banco, tanto la naturaleza, como las consecuencias de la suscripción del mismo, y que la entidad financiera no analizó el perfil bancario de . . . haciendo



mención, a que fue la bajada de los tipos de interés, lo que mostró a la misma la verdadera naturaleza y funcionamiento del producto, y el alto riesgo inherente al mismo, de lo que ya tenía conocimiento previo el Banco habiendo sido la demandante informada, en todo momento, que el SWAP era un seguro que le protegería frente a la subida de los tipos de interés y que se trataba de un producto óptimo que debería suscribir junto con el Contrato de Arrendamiento Financiero, sin que se le informara de la complejidad del producto, ni de los altos costes de cancelación del mismo, infringiendo la normativa y legislación vigente en el año 2007, alegación que, como analizaremos, se encuentra en íntima conexión con la infracción del orden público que también se alega como causa de nulidad del Laudo Arbitral.

Para el correcto análisis de la cuestión planteada, debemos poner de relieve que las quejas formuladas al amparo del apartado f) del art. 41.1 LA deben ser analizadas, dejando constancia, de que, como tantas veces se ha dicho –recientemente, en nuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero–, 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.

En tal sentido, las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 y de 5 de noviembre de 2013, cuando dicen: “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 )".

Sin embargo, de aquí no se desprende que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria, tal y como mantiene la demandada. Antes al contrario, es constante 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: “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 la doctrina al respecto de la Sala Primera, los AATS, 1ª, de 18 de febrero y 8 de enero de 2013.

En palabras del último auto citado: “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

Debemos reseñar 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 STC 147/1999, que consagra una línea jurisprudencial constante hasta la fecha, 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 131/1990 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)”.

A lo anterior debemos añadir 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.**

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su S. de 20 de enero de 2014, 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.

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”. 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 por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

**TERCERO.-** Partiendo de las anteriores premisas –y, entre ellas, de que el análisis de la cuestión debatida ha de estar informada por lo dicho al respecto por la jurisprudencia-, la Sala tiene que recordar, porque así lo exige la doctrina del TJUE, que, aunque no se reputara aplicable, como dice el laudo, una redacción de la Ley del Mercado de Valores resultante de la Ley

47/2007, posterior a la contratación eso no permite entender inaplicable la Directiva 2004/39, habida cuenta de que fue tardíamente traspuesta por España.

La Directiva 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. Hay que recordar, en este sentido, la obligación que asiste a los Jueces y a los árbitros de considerar el Derecho Comunitario y las directivas.

El TJCE 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, pero también el Tribunal de Justicia de la Unión ha reconocido eficacia horizontal –entre particulares-, 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, de la Sentencia Marleasing 106/89, de 13 de noviembre de 1990. 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.

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 por el solo hecho de que las normas de trasposición sean posteriores a la firma del contrato –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 y/o 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.

**CUARTO-** Hay que tener presente, además de lo ya dicho, algunos aspectos de la doctrina constatada, específicamente sobre las cuestiones aquí debatidas, por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 20 de enero de 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.

En la información sobre los riesgos que comporta el producto complejo –y el swap lo es-, teniendo en cuenta la naturaleza como minorista o 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 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 –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. 79bis. 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.

“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)”.*

Por tanto, si 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*. Pero, 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*.

**QUINTO.-** De acuerdo con los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los fundamentos segundo a cuarto, 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 arbitral 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.

Para el correcto análisis de la cuestión planteada debemos partir de las conclusiones a las que llega el Tribunal Arbitral y, que en resumen, son las siguientes:

1. Que el Contrato Marco de Operaciones Financieras, -al que remite tanto la Confirmación como la cláusula de sumisión al arbitraje-, es un documento cuya obtención es sencilla, de acceso libre y gratuito a través de la página web de la AEB, y con la mínima diligencia se puede encontrar la página web de la AEB y el CMOF, por lo que su desconocimiento solo es imputable a la falta de diligencia de \
2. En cuanto al deber de claridad y transparencia con \_\_\_\_\_ se afirma que los contratos de permuta financiera y el CMOF se adecuaban a las necesidades de \_\_\_\_\_ para evitar sorpresas o riesgos que pudieran

devenir de la contratación a tipo variable, mucho más barata en el momento de formalizar la misma que la de tipo fijo, valorando, en este punto los árbitros, la falta de credibilidad de las manifestaciones del ...

en cuanto a que el mismo creía que era un seguro gratuito formalizado por BBVA a cinco años.

3. La contratación de los productos fue responsable, diligente y respetuosa con los intereses de ..., ya que acreditada la existencia de la financiación a tipo de interés variable en el arrendamiento financiero suscrito, el producto contratado –SWAP- era adecuado a los intereses de la demandante en el momento que se formalizó. **Siendo el protocolo de contratación el habitual a los clientes del Banco: informe al cliente de su existencia “por poderse adecuar a su situación financiera”, segundo ampliación al cliente de la información, en la manera que lo requiere, tercero decisión del cliente en base a sus propias estimaciones y cálculos de riesgos, cuarto cierre telefónico de la operación, y quinto posterior confirmación escrita –no firmada en este caso- (8.11); no siendo creíble que se suscriba en producto solo en base a una relación de confianza, pero en todo caso, el error que se invoca sería excusable.**
4. En cuanto al carácter complejo del producto, **“el Tribunal Arbitral...no considera que los contratos cuya nulidad ahora se solicita puedan ser calificados como complejos” (8.13), y tras explicar el producto y la fórmula de las liquidaciones (factor descuento x diferencial tipo x nominal x factor anual) , concluye que todo es metódico y claramente comprensible en lo que se refiere a la fórmula como a su cálculo (8.16 y 8.17)**

5. Que la demandante carece de la condición de consumidora, y que las condiciones abusivas a las que se refiere el art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, no son aplicables.
6. Que los contratos objeto de controversia reúnen la suficiente claridad, son completos e íntegros, desde la perspectiva financiera, y que la información proporcionada por el Banco, antes de confirmar la contratación del producto contenía todos los elementos esenciales relativos al mismo en términos fácilmente comprensibles por sus destinatarios.
7. Que el contrato de swap no fue impuesto con engaño y abuso de derecho a [redacted] por BBVA, no queda probado que los [redacted] [redacted] el 2007 conocieran informes sobre la drástica caída de tipos que tuvo lugar en el año 2009, lo cual no era previsible ya que la tendencia fue a la alza hasta finales del 2008 y por ello [redacted] percibió liquidaciones positivas hasta el primer trimestre de 2009.
8. Se afirma que ha quedado acreditado que en el transcurso de la negociación del contrato de arrendamiento financiero se planteó la posibilidad de suscribir un contrato de permuta financiera para cubrir las fluctuaciones del tipo de interés variable del contrato, por lo que el 24 de abril de 2007 se le **facilitó a [redacted] una comunicación publicitaria de las condiciones de la operación, y tal y como se desprende de la grabación de la conversación telefónica mantenida entre las partes el 31 de octubre de 2007** con motivo de la contratación de la permuta financiera se informó al [redacted] del cambio de tipo fijo de la misma, que pasaría del 4,19 al 4,23, mostrándose este último conforme con la modificación.
9. Que [redacted] recibía trimestralmente dos liquidaciones diferentes, de las cuotas de leasing y de la permuta financiera. Que el tipo de interés

fijo contratado por ... a través de la permuta financiera, coincidiendo con la pericial practicada, estaba en línea con los tipos de mercado en aquel momento.

10. Que los seis primeros periodos de la operación BBVA satisfizo puntualmente las liquidaciones resultantes que favorecieron a ... quien las percibió lo que acredita que conocía las condiciones contractuales, porque hay que estar a los actos coetáneos y posteriores al contrato (art. 1282 CC).

11. Que el ... el 8 de junio de 2009 pidió ayuda al ... a través de e-mail, que las partes mantuvieron negociaciones que culminaron en la propuesta de reestructuración enviada el 24 de abril de 2012 por el ... y acuerdo de formalización de la misma el 12 de mayo de 2012 en la notaría de Dña. ..., la cual levantó acta de la incomparecencia de los representantes de ... para la firma de la escritura de modificación parcial del contrato de arrendamiento financiero. Y, concluye afirmando que los contratos eran válidos y obligatorios en los términos del art. 1258 CC.

**12. Con respecto a las normas de conducta de las entidades financieras, que incorpora al derecho español la Directiva Europea sobre el Mercado de Instrumentos Financieros, a través de la Ley 47/2007, que prestan servicios de inversión, que deben tener con sus clientes para clasificarlos como minoristas, profesionales o contraparte para ofrecerle distintos niveles de protección, y las normas sobre el deber de información a los mismos, se afirma que la citada ley no se encontraba en vigor el 31 de octubre de 2007 fecha de la firma del contrato de permuta financiera, por lo que las normas no son aplicables.**

13. Que los representantes de [redacted] en la contratación del swap tenían conocimientos y experiencia suficiente para ello, ya que el [redacted] es Consejero Delegado en tres sociedades, y administrador solidario de otra, ostenta el cargo de Financial Manager en la sociedad propietaria de [redacted] y en cuanto a la negociación del producto dada la vinculación personal y societaria del mismo con el [redacted] [redacted] 50% de V. [redacted] y director financiero del grupo [redacted], que le recomendó la opción de swap, quien le puso en contacto con el [redacted] en Barcelona, sin que sea creíble que el mismo interviniera solo en la presentación, sino en el encargo a su director financiero que tutelara aquel y le aconsejara lo mejor para sus intereses, valorando el Tribunal Arbitral las relaciones societarias, y el hecho de que el [redacted] contratara telefónicamente hasta tres permutas financieras en representación de [redacted] así como las preguntas evasivas del [redacted] apoderado de cinco sociedades, y siete sociedades relacionadas con [redacted].

**SEXTO.-** De lo argumentado por el Tribunal arbitral, llegamos a la conclusión de que el mismo considera el swap como producto no complejo, en contradicción con la Directiva, y la Ley del Mercado de Valores, normas imperativas anteriormente analizadas, no pondera si estamos ante un cliente minorista o profesional conforme al artículo 4.1.11 de la Directiva, que remite al Anexo II –parece obvio conforme a la misma que se trata de un minorista-, no pondera adecuadamente 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, no se analiza la

idoneidad del producto, ni nada se motiva sobre la información sobre la cancelación anticipada –pese a reconocer la demandada en el arbitraje que no consta en el contrato el coste de cancelación del derivado (5.10)-.

En consecuencia, sí, con palmaria equivocación –en contra de normas imperativas de ineludible aplicación– porque son normas que tratan de preservar la buena fe contractual, los árbitros reputan como no complejo un instrumento financiero que lo es sin posibilidad de prueba en contrario *-iuris et de iure-*, aunque la Ley del Mercado de Valores, no se encontrara en vigor, no puede ponderar adecuadamente las obligaciones de información de la entidad financiera en una contratación de tal naturaleza, y sí además, los árbitros como hemos indicado, no analizan la índole de la actividad de la entidad financiera en la contratación –mera comercialización o asesoramiento-, tampoco pueden reparar en las dispares exigencias de información en uno y otro caso. La consecuencia, como ya pusimos de relieve en nuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero, será la arbitrariedad de la motivación –asentada sobre presupuestos radicalmente erróneos- con la consiguiente infracción del orden público procesal y también del orden público económico, 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.

En conclusión, la Sala no discute la racionalidad de que el Tribunal arbitral haya declarado probada la acreditada “experiencia empresarial” de la



contratante –basada fundamentalmente en la vinculación personal y societaria del contratante con el [redacted], propietaria del 50% de [redacted], y director financiero del grupo [redacted] que le recomendó la opción de swap-, sino que 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.

Es así manifiesto, y patente, que el laudo se equivoca en la determinación del alcance de los deberes de información que le eran imputables a la entidad financiera oferente del swap. Ese error patente es, en sí mismo, expresión de la arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 24.1 CE).

El laudo basa 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 de calificación sobre los deberes de información del BBVA al no realizar el test de idoneidad, dando por buena, *en contra del principio general de buena en fe la contratación*, la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación por no reputar el producto como complejo. 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.

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 el contrato debió ser anulado 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 el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas, tal y como hemos expuesto.

**NOVENO.-** 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 en relación con la determinación del ámbito del “*orden público*” como motivo de anulación (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 Dn. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA**, acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 6 de mayo de 2014, por el Tribunal Arbitral formado por D. Jaime Mairata Laviña, D. José Fernando Merino Merchán, y D. Luis Cuesta Ran, en el Procedimiento Arbitral nº 2491, administrado por la Corte de Arbitraje 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/as. Magistrados/as que figuran al margen.



**PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL nº 59/2014**  
**VOTO PARTICULAR DEL PRESIDENTE D. FRANCISCO JAVIER**  
**VIEIRA MORANTE**

Respetando la opinión mayoritaria de los dos Magistrados de la Sala, 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 y noveno, cuyos argumentos comparto.

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

PRIMERA.- El motivo de anulación, apoyado en el apartado f) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje –infracción del orden público del laudo– se basa en que el laudo no está suficientemente motivado, porque considera la demanda que es exigible una fundamentación que no se refiera solamente a las reglas de la sana crítica, sino a hechos probados objetivamente, como pueden ser los documentos que se han acompañado a los escritos de demanda y contestación o a las declaraciones de los testigos que fueron interrogados. Como errores destacables en los que considera incurre el laudo arbitral señala:

- Considerar que la carga de la prueba en este caso corresponde a quien lo alega, cuando en materia de derecho bancario en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba.
- En cuanto a la información facilitada por el BBVA a la actora, al manifestar que se admitió por ésta haber recibido información, sin

manifestar en qué documentos o en qué declaración se basan para extraer tal conclusión, pues --estima la demanda- en ningún caso puede considerarse que la información proporcionada sea clara, veraz y transparente con arreglo a la normativa comunitaria exigible a las entidades financieras, no pudiendo deducirse de las declaraciones de los empleados de la demandada que se haya cumplido con lo establecido en la LMV, para lo que resalta varias de las declaraciones prestadas ( [redacted] un empleado de la demandada), el contenido de la conversación telefónica mantenida entre [redacted] y el administrador de la actora.

- Al señalar que D. [redacted] recibió una presentación publicitaria del producto el 24 de abril de 2007, cuando este documento está fechado el 24 de octubre de 2007, por lo que considera la demanda que no consta que las partes iniciaran la negociación de la permuta financiera en abril de 2007, sino que fue en octubre del mismo año.
- Al afirmar que no puede desprenderse que el contrato litigioso tuviese una duración de 5 años, omitiendo los árbitros que [redacted] recibía extractos bancarios que informaban que la operación de Swap tenía como fecha de vencimiento el 29 de octubre de 2012, es decir, que la operación tenía una duración de 5 años.
- Al no hacer referencia, en cuanto al perfil del cliente, a los cargos que ostentaba [redacted] o la experiencia que tenía en el año 2007.
- Al afirmar los árbitros que no consta que [redacted] solicitase la cancelación anticipada de la operación.
- Al no utilizar el laudo jurisprudencia aplicable al caso y similar a la cuestión objeto de litigio.

- Al no considerar que los contratos cuya nulidad de interesa puedan ser calificados como complejos y novedosos, contraviniendo la jurisprudencia mayoritaria de todo el país y lo establecido por el Banco de España.

SEGUNDA.- Dada la causa de nulidad invocada –infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda –falta de motivación del laudo-, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como conocedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación.

Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Así lo indica con rotundidad la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje al decir que *lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, y que se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros*. Esta limitación implica, pues, que, afectando al fondo de las cuestiones debatidas en todo procedimiento, tanto la fijación de los hechos probados como la interpretación de las normas jurídicas aplicables, la valoración probatoria de la que parte el laudo arbitral y la aplicación del derecho en la que se basa su decisión deben quedar al margen, habitualmente, de la revisión sobre la nulidad del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado a este Tribunal. Igualmente, la selección de la norma jurídica

aplicable, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos probados es una facultad que corresponde a árbitro o colegio arbitral, al que las partes han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los Tribunales de Justicia ordinarios.

Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en 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. Ciertamente 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 que conozcamos. 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.

TERCERA.- 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, SSTS 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\247) 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 2014\693: *Es doctrina de esta Sala que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifestamente 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).*

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 infringe por su motivación en violación del derecho a la tutela judicial efectiva: no puede ni debe entrar en la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo arbitral, ni ejerce funciones de tribunal de segunda instancia.

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

Por un lado, los varios extremos que resalta la demanda en cuanto a la valoración probatoria realizada por el laudo arbitral son una invitación -que no puede ser aceptada- a que se adentre esta Sala en el análisis de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Nuestra misión debe reducirse, partiendo del debate procesal realizado entre las partes en sus alegaciones, a comprobar si el laudo contiene una motivación que explique suficientemente las razones de su decisión y si no se aparta notoriamente del resultado probatorio evidente, no si pudo llevarse a otra conclusión diferente en la valoración de las pruebas.

Si examinamos el laudo impugnado, vemos:

- Que en sus fundamentos expone las principales alegaciones de las partes y recoge, entre las alegaciones de la demandante (párrafo 4.9), que reconocía que el 31 de octubre de 2007 no estaba aún en vigor la normativa MIFID y que, por tanto, BBVA no tenía obligación de realizar test de idoneidad o conveniencia alguno, aunque sí el deber legal de analizar el perfil inversor y bancario del cliente, así como que (párrafo 4.13) concurrió error en el consentimiento prestado por el \_\_\_\_\_, administrador de \_\_\_\_\_.
- Seguidamente, en su fundamento VI, cita las resoluciones judiciales recientes en materia de Swaps, incluyendo las dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fechas 30 de mayo de 2013, 29 de octubre de 2013 y 24 de enero de 2014, citando también, en relación al vicio en la contratación de un swap la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 683/2012, de 21 de noviembre, y destacando de todas ellas la doctrina jurisprudencial sentada en el sentido de que lo determinante para juzgar sobre el

error de 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”*. Y, finalmente en este análisis jurisprudencial, menciona la sentencia de la misma Sala de 29 de octubre de 2013, recogiendo uno de sus párrafos mediante el que descartaba la concurrencia del error en el consentimiento porque consideró que *“es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable”*.

- En la decisión de la controversia entre las partes, para determinar si la información recibida por la actora fue o no suficiente para que pudiera formar válidamente su decisión de contratar el producto, menciona los deberes de claridad y transparencia que exige el Servicio de Reclamaciones del Banco de España desde el año 2007, lo que utiliza el laudo como guía (párrafo 7.5).
- A continuación, tras recoger los diferentes planteamientos de las partes, considera el Tribunal arbitral que los contratos “se

*adecuaban perfectamente a las necesidades de  
de evitar cualquier tipo de sorpresa o riesgo que pudiera devenir  
de la contratación a tipo variable” (párrafo 8.8), basándose para  
llegar a tal conclusión en las respuestas que había dado el S  
en su declaración en el procedimiento arbitral.*

- Cuando analiza el laudo si la contratación de los productos fue o no responsable, diligente y respetuosa con los intereses de la demandante (párrafo 8.10), llega a la conclusión de que el swap de tipo de interés era adecuado a los intereses de la parte demandante en los momentos en que se formalizó el mismo, que el protocolo seguido por la entidad bancaria fue el habitual al que se sigue por los bancos en la contratación de este tipo de productos, al incluir el informe al cliente sobre su existencia, la ampliación de esa información en la manera que el cliente lo solicite, la decisión propia del cliente en base a sus propias estimaciones y cálculo de riesgos existentes en su cartera y en su negocio, cierre telefónico de la operación donde se fijan las condiciones y términos económicos y confirmación escrita de la operación. Y no considera de recibo que se suscribiera el contrato basándose solamente en la relación de confianza.
- En cuanto al carácter complejo del contrato, se apoya en el apartado 8.13 una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de octubre de 2010, en la que se dice: “ciertamente el producto guarda alguna complejidad, pero en modo alguno puede estimarse que resulta inasequible a un administrador de una sociedad que contrae numerosos créditos en el marco de su actividad”.

- En relación a la firmeza y amortización anticipada de un swap, señala el laudo en su apartado 8.14 que es un contrato en firme, que no contempla derechos compensatorios para la entidad financiera por cancelación anticipada y establece únicamente un precio objetivo de mercado.
- Igualmente, el laudo analiza (párrafo 8.18) si los contratos reúnen la suficiente claridad y si son completos e íntegros desde la perspectiva financiera; si habían respetado el equilibrio entre las partes (párrafo 8.19); si la información proporcionada por el banco antes de formalizar la contratación del producto contenía todos los elementos esenciales relativos al mismo en términos fácilmente comprensibles (párrafo 8.20), lo que considera sí se hizo tras haber recibido la demandante la información y condiciones que debían figurar en los contratos con la suficiente antelación y en términos comprensibles, sin estipulaciones confusas o susceptibles de permitir interpretaciones opuestas.
- También afronta el laudo (párrafo 8.21) la alegación de la demandante de haber sido impuesto el contrato con engaño y abuso de derecho, lo que rechaza apoyándose fundamentalmente en las declaraciones de los demandados en el sentido de que no conocían ningún informe en la fecha de la contratación que hubiera anticipado la drástica caída de tipos que se produjo a partir del año 2009, y que resultaba difícil haber previsto algo que nunca había ocurrido.
- En cuanto a la contratación del producto, el laudo considera (8.22) que el representante de la demandante pudo pedir explicaciones adicionales; que (8.24) la entidad bancaria facilitó una comunicación publicitaria con las condiciones de la operación de



permuta financiera contemplando tres alternativas de cobertura; que en la conversación telefónica mantenida para la contratación (8.25) el [redacted] fue informado del cambio del tipo fijo incluido en la comunicación publicitaria, mostrándose conforme, así como de la duración de la operación durante 16 años, cancelable por el BBVA al quinto año, todo lo cual fue puesto por escrito en un correo electrónico, suscribiéndose un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), remitiéndose posteriormente la confirmación del swap para su firma, detallando las mismas condiciones.

- Y finalmente el laudo, tras describir la evolución del contrato y las liquidaciones que se realizaron, considera que no estaba en vigor en el momento de la suscripción de los contratos la ley 47/2007 que transpuso al ordenamiento español la Directiva Europea sobre los Mercados de Instrumentos Financieros, considera que la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 no es trasladable a la controversia planteada en ese procedimiento arbitral, pero considera acreditado que los representantes de la demandante tenían conocimientos y experiencia suficiente para esa contratación, para lo que valora especialmente que el [redacted] ostentaba el cargo de Consejero Delegado de tres sociedades y administrador solidario de otra, teniendo el cargo de [redacted] de la sociedad propietaria de [redacted] y que su vinculación con el Consejero Delegado [redacted] socio indirecto del 50% de [redacted] [redacted] el Director Financiero de [redacted] [redacted] participó y recomendó la opción de swap finalmente elegida entre las planteadas,

En definitiva, el laudo contiene una valoración probatoria que no resulta irracional. Contrariamente a lo que expone la demanda, no invierte la carga de la prueba, especifica la forma en la que se transmitió la información sobre el producto contratado, explica el proceso lógico esencial por el que no consideran concurrente el error en los elementos esenciales de la contratación efectuada, menciona y aplica jurisprudencia específica sobre swaps y no niega el carácter complejo de los contratos de permuta financiera, aunque diga que no es inasequible a la comprensión de determinados profesionales.

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

Contrasta con esta convicción, contraria a la anulación del laudo impugnado, la decisión mayoritaria de la Sala, que se basa en la aplicabilidad directa de Directivas europeas—no planteada siquiera en la demanda—, en los requisitos de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de estos productos bancarios, y en la aplicación de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las conclusiones a las que llega la decisión mayoritaria de la Sala exigen una argumentación compleja, ni siquiera coincidente con la realizada por la demanda. Esta extensa argumentación que debe realizarse para desmontar

los argumentos en los que se basa el laudo es, por sí misma, indicativa de que el error en el que se dice incurre la resolución arbitral no es patente, no es manifiesto ni surge con naturalidad y claridad de las actuaciones arbitrales. Aunque el laudo pudiera apartarse de la doctrina finalmente asumida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en una decisión plenaria reciente, de enero de 2014, que es la que, en definitiva, permite ahora inclinarse por la opción que considera más acertada esta sentencia mayoritaria, la decisión del laudo no puede tildarse de arbitraria, en cuanto llega a unas conclusiones que, durante bastante tiempo, fueron asumidas en varias resoluciones judiciales, incluso en una bastante reciente, inmediatamente anterior a esa decisión plenaria, que cita el propio laudo (STS de 29 de octubre de 2013).

Por más que pretendan utilizarse epítetos adaptables a la situación, un laudo que necesita ser desmontado en sus argumentos con un análisis de la normativa que aún no había sido transpuesta a nuestro ordenamiento cuando se suscribieron los contratos objeto de discusión, y que necesita apoyarse en una decisión unificadora de criterios que debió hacer el Tribunal Supremo ante tesis contrapuestas seguidas en los propios Tribunales de Justicia, nunca puede considerarse arbitraria ni claramente errónea, que es únicamente lo que nos permitiría anular el laudo arbitral, aunque discrepáramos de su contenido.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que el fallo debería ser DESESTIMATORIO de la demanda formulada por  
contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, respecto del laudo



arbitral dictado con fecha 6 de mayo de 2014, sin especial imposición de las costas a alguna de las partes.

En Madrid, a 17 de abril de 2015.



**Madrid**



**DILIGENCIA.-** Con fecha veinte de abril de 2015, firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.



