

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1, 3ª planta  
28004-Madrid

Teléfono: 914934929, 914934977  
31001590

NIG: 28.079.00.2-2014/0009716



(01) 30258755151

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 20/2014

**Demandante: REPOS I REPÀS, S.L.**

Procurador: Dª Gema Avellaneda Peña

**Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.  
(BBVA)**

Procurador: D. Esteban Jabardo Margareto.

**SENTENCIA Nº 13/2015**

**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 28 de enero del dos mil quince.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 18 de marzo de 2014 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª Gema Avellaneda Peña, en nombre y representación de REPOS I REPÀS, S.L., ejercitando, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), acción de anulación del laudo arbitral de 14 de enero de 2014, dictado por el colegio integrado por D. LUIS FELIPE UTRERA-MOLINA GÓMEZ (Presidente), Dª PATRICIA GABEIRAS VÁZQUEZ y D. LUIS COSTA RAN en el procedimiento arbitral nº 2428,

administrado por la CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 14 de abril de 2014 y realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por el Procurador de los Tribunales D. Esteban Jabardo Margareto, presentó contestación a la demanda mediante escrito de fecha 4 de junio de 2014, registrado en este Tribunal el siguiente día 5.

**TERCERO.-** Por Diligencia de Ordenación de 9 de junio de 2014 se tiene por comparecida a la demandada y por contestada en tiempo y forma la demanda, dando traslado de la contestación a la parte demandante para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba.

**CUARTO.-** La representación de REPOS I REPÁS, S.L., presentó escrito el 2 de julio de 2014, en que, a la vista de las alegaciones de contrario y documentos presentados, solicita los siguientes medios adicionales de prueba:

1. **EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DE TERCEROS.** A fin de que, al amparo del art. 299.3 y art. 330 LEC, se requiera a la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (c/Ribera del Loira, 56-58, 28042 MADRID) la exhibición de los siguientes documentos:

1.1 Copia de los laudos de los procedimientos arbitrales relacionados con permutas financieras o swaps en los que siendo BBVA una de las partes, haya intervenido como árbitro D. Luis Felipe Utrera-Molina Gómez, con expresa mención, en caso de que no lo recoja el texto del laudo, de si el Sr. Utrera-Molina fue designado árbitro por BBVA, por mutuo acuerdo de las partes o por insaculación.

1.2 Copia de los laudos de los procedimientos arbitrales relacionados con permutas financieras o swaps en los que siendo BBVA una de las partes, haya intervenido como árbitro D. Luis Costa Ran, con expresa mención, en caso de que no lo recoja el texto del laudo, de si el Sr. Utrera-Molina fue designado árbitro por BBVA, por mutuo acuerdo de las partes o por insaculación.

1.3 Asimismo, se solicita que se aporte en autos para su exhibición un certificado suscrito por un legal representante de la Corte de Arbitraje

de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid en el cual se manifieste:

- Número de laudos en el periodo 2008-2014 que incluyen un pronunciamiento de condena a BBVA en relación con un procedimiento arbitral relativo a permutas financieras o swaps.
- Número de laudos en el periodo 2008-2014 que incluyen un pronunciamiento de absolución a BBVA en relación con un procedimiento arbitral relativo a permutas financieras o swaps.

Se deja expresa constancia de que, si es necesario, la documental solicitada puede presentarse sin que consten en ella los datos personales de personas ajenas a esta controversia.

**2.- TESTIFICAL ESCRITA.-** Al amparo de lo previsto en el art. 381 LEC interesamos la declaración del INSTITUTO ESPAÑOL DE ANALISTAS FINANCIEROS (IEAF) con domicilio social en Avda. de Brasil, 17, 3º, 28020 MADRID, a fin de que manifieste:

- Si BBVA o cualquier otra entidad del Grupo BBVA ha efectuado contribuciones económicas o de cualquier otra índole a la Fundación del IEAF en los últimos cinco años y, en su caso, su importe desglosado por años.

**3.- EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DE TERCEROS.-** A fin de que, al amparo del art. 299.3 y art. 330 LEC se requiera a la Cámara de Comercio de Madrid para que aporte en autos copia de:

- Los acuerdos de colaboración financiera que tiene suscritos con BBVA.

**QUINTO.-** Por Diligencia de Ordenación de 9 de julio de 2014 se acordó dar cuenta al Magistrado Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

**SEXTO.-** Por Auto de fecha 21 de octubre de 2014, la Sala acordó:  
*1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.*

2º. *Admitir y tener por aportada la documental acompañada por las partes a sus escritos de demanda y contestación.*

3º *Admitir la testifical escrita propuesta en el escrito de demanda.*

4º. *No admitir el resto de las pruebas propuestas.*

**SÉPTIMO.-** Se señala para el inicio de la deliberación de la presente causa el día 16 de diciembre de 2014 (DIOR 27/11/2014), fecha en la que tuvo lugar, habiéndose prolongado dada la complejidad de la materia.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El laudo impugnado desestimó la demanda de REPOS I REPÀS, S.L., contra BBVA, por la que solicitaba la nulidad del *Contrato Marco de Operaciones Financieras* y del *Contrato de Confirmación de Permuta de Tipos de Interés de fecha 19 de enero de 2008*.

Al amparo del art. 41.1.f) LA *–que el laudo contraviene el orden público–* la actora formula dos pretensiones anulatorias con dispar fundamento:

En primer lugar, cuestiona la neutralidad de la Corte de Arbitraje por los siguientes motivos: 1º) Dos de los árbitros del colegio arbitral, Sres. Utrera-Molina Gómez y Costa Ran, habrían actuado como tales en arbitrajes precedentes en que el BBVA había sido parte; 2º) Al menos un tercio de los árbitros de esa Corte tienen vinculaciones con el BBVA y otros bancos comercializadores de swaps; 3º) El elevado coste del arbitraje, al prever la cláusula de sumisión un colegio de 3 árbitros; 4º) La Cámara de Comercio de Madrid –de quien depende la Corte que ha administrado este procedimiento arbitral- tiene suscrito con el BBVA un acuerdo-marco de colaboración financiera valorado en 2500 millones de euros; 5º) Los árbitros de la Cámara de Comercio de Madrid reciben formación de reciclaje en materia de derivados

y swaps por NETVALUE FORENSIC, que es la principal firma forense que presta actualmente servicios de peritación financiera a las entidades bancarias.

Dentro de esta primera pretensión anulatoria, también expone la demandante sus dudas sobre la independencia e imparcialidad del co-árbitro, Sr. Costa Ran, por dos razones: 1ª) Ser miembro del Instituto Español de Analistas Financieros (IEAF), y miembro de la Junta Directiva de la Delegación Catalana del IEAF hasta el año 2000, resultando que este Instituto agrupa a directivos del BBVA, quien a su vez actúa como patrono de la Fundación del IEAF; 2ª) Haber trabajado en varios proyectos de investigación y en publicaciones conjuntas relacionadas con los mercados financieros con Dª Monserrat Font Vilalta, que fue asesora del BBVA durante muchos años.

Aduce, al respecto, que tales circunstancias no fueron reveladas por el árbitro Sr. Costa Ran en su declaración de independencia por lo que no pudo ser recusado durante el procedimiento arbitral.

En segundo lugar, la demanda de anulación aduce el art. 41.1.f) LA, y que el laudo debe ser anulado por infracción del orden público, por interpretar y aplicar incorrectamente las normas de conducta recogidas en el Título VII de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, así como la jurisprudencia nacional y comunitaria que las interpreta, que le resultaban exigibles al BBVA a la hora de comercializar el producto financiero contratado por la actora –swap-. El BBVA habría incumplido obligaciones de diligencia, lealtad e información impuestas por la antedicha normativa, que es de *ius cogens* y que integra lo que se ha dado en llamar “orden público económico”.

Sobre este particular y ya en concreto, la actora entiende que el Laudo vulnera el “orden público económico” por las siguientes razones:

1º Por afirmar, en contra de lo dispuesto en el art. 79.8 LMV en relación con su art. 2, que el swap comercializado no presenta especial complejidad.

2º Por no aplicar el estatuto de protección del minorista recogido en la LMV “al realizar apreciaciones subjetivas sobre la experiencia y

conocimientos de la actora para minorar las obligaciones exigibles al Banco respecto del análisis de idoneidad del swap para REPOS I REPÀS”.

3º “Porque de la prueba practicada en autos en modo alguno puede considerarse que el Banco informó a REPOS I REPÀS de los elevados riesgos y costes asociados al producto comercializado así como de la probabilidad de su materialización y posible alcance”.

4º Por no sancionar la no realización por el BBVA del test de idoneidad.

La demandada se opone a ambos motivos de anulación. Respecto del segundo, de índole estrictamente jurídica, sostiene, en síntesis, que la pretensión de la actora excede del ámbito propio de la acción de anulación, que no abre una segunda instancia, y que, en consecuencia, no permite la revisión de la aplicación del Derecho llevada a cabo por los árbitros, ni la de la valoración probatoria que los mismos hayan plasmado en el laudo cuestionado.

En relación con las faltas de independencia e imparcialidad de la Corte y del co-árbitro Sr. Costa Ran, aduce la representación de BBVA que se ha seguido escrupulosamente el procedimiento de designación de árbitros pactado de acuerdo con el Reglamento de la Corte, sostiene que la solicitud de arbitraje la formuló REPOS I REPÀS, S.L., y afirma que los motivos de dependencia y parcialidad que ahora se aducen pudieron ser esgrimidos en el seno del procedimiento arbitral en la medida en que ya constaban, por lo que estima de aplicación la renuncia tácita del art. 6 LA; y respecto de otros, que no niega la demandada –como la colaboración del Sr. Costa con la Sra. Font-, les atribuye una total falta de virtualidad demostrativa de la parcialidad que se pretende.

**SEGUNDO.-** Para el análisis del motivo de anulación concerniente a las dudas fundadas sobre la imparcialidad del árbitro por sus relaciones con la parte demandante en el procedimiento arbitral, la Sala parte de los siguientes postulados, tal y como han sido enunciados en nuestra *Sentencia 54/2014, de 24 de septiembre* (FJ 2º):

En el procedimiento de designación de árbitros como en la designación misma se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros -y *a fortiori* en la designación misma- no se puede vulnerar el **principio de igualdad**; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”, añade: “*En todo caso no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial*”

La exigencia indeclinable del art. 17.1 LA debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse *pro futuro*, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación -en determinados casos incluso antes- podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de “*revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia*” (art. 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste “*en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida*”. En suma: el árbitro deberá

proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre ‘la persona propuesta para ser árbitro’. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de arbitraje, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar “sin demora” las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, la Sala deja constancia de las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004, por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso.

Así, por su estrecha relación con lo debatido en el presente caso, cabe mencionar la regla 7<sup>a</sup>), sobre los recíprocos deberes de comunicación entre el árbitro y las partes, que proclama:

*(a) Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.*

*(b) En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.*

*(c) Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias*

*susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.*

En este sentido, a título puramente ejemplificativo, la IBA señala distintas situaciones de parcialidad del árbitro, que en todo caso deben ser comunicadas, pero que se califican, unas de irrenunciables –por ser expresión del principio *nemo iudex in causa propria*-, y otras que, por el contrario, si comunicadas, pese a su importancia, podrían ser dispensadas por las partes:

## **1. Listado Rojo Irrenunciable**

- 1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.
- 1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.
- 1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.
- 1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

## **2. Listado Rojo Renunciable**

### *2.1. Relación del árbitro con la controversia*

- 2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.
- 2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.

### *2.2. El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia.*

2.2.1 El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.

2.2.2 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.

2.2.3 El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.

### 2.3. *Relación del árbitro con las partes o sus abogados.*

2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

2.3.3 Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

2.3.4 El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre la filial<sup>5</sup> de una de las partes y dicha filial interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.

2.3.5 Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.

2.3.6 El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

2.3.8 El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera

personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.

2.3.9 Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.

Por lo demás, como esta Sala ya ha señalado, por todas, en su Sentencia n<sup>o</sup> 56/2013, de 9 de julio (ROJ S TSJ M 8245/2013), “la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la

vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "*in casu*", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza".

Sobre la base de estos postulados, procedemos a analizar las alegaciones de parcialidad efectuadas por la demandante, a la luz de la prueba practicada sobre las mismas.

De la documental aportada a la causa y de la testifical escrita, la Sala concluye que no resulta acreditado indicio alguno que permita sustentar, con un mínimo fundamento –ni siquiera por relación mediata–, la denunciada quiebra de la parcialidad del árbitro.

En primer lugar, el Sr. Costa Ran, en su declaración de independencia e imparcialidad de 22 de mayo de 2013 –doc. nº 5 de la contestación–, puso en conocimiento de las partes su previa intervención como árbitro, en expediente administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid ya laudado, en que fue parte la entidad BBVA, a la vez que declaraba que no ha mantenido –con esa excepción– relación personal, profesional o comercial con ninguna de las partes. El conocimiento de esa circunstancia –previa actuación como árbitro siendo parte el BBVA– por la actora en el procedimiento arbitral no dio lugar a ninguna reacción por su parte –art. 6 LA–, por lo que no se justifica que esgrima ahora tal cuestión como causa de anulación del laudo. Y máxime cuando en modo alguno cabe conceptuar esa sola circunstancia –haber sido árbitro de una de las partes en previo procedimiento arbitral–, sin más aditamentos, como motivo de parcialidad fundada que justificase, en su momento, el apartamiento del árbitro y pueda justificar, ahora, la anulación del laudo. Ese solo hecho no compromete *pro futuro* la actuación de un

árbitro, ni siquiera en la hipótesis de que su laudo hubiese resultado desfavorable para la parte que pretende su apartamiento en asunto posterior.

Por lo demás, sí consta acreditado en autos –en unos casos por reconocimiento expreso de BBVA; en otros, por la testifical escrita- que el Sr. Costa Ran fue Vocal de la Junta Directiva de la Delegación Catalana del IEAF desde junio de 1995 al 23 de junio de 2000; que la Fundación de Estudios Financieros del IEAF mantiene relación de patrocinio con BBVA – es patrocinada- desde el 17 de junio de 2002 hasta la fecha; y que, por consiguiente, durante los años en que el Sr. Costa Ran fue miembro de la Junta Directiva de la Delegación Catalana del IEAF, el BBVA no ejerció como patrono de la Fundación de dicho Instituto.

La Sala se ratifica, a la luz de lo expuesto, en su conclusión de que no consta acreditado que el árbitro haya mantenido, ni directa ni indirectamente, relación alguna con las partes intervinientes en el arbitraje que permita cuestionar ni su imparcialidad objetiva, ni su apariencia de imparcialidad... Realmente, de la pertenencia del árbitro al IEAF ni se sigue, ni se acredita, una correlativa vinculación con BBVA, por más que éste patrocine, como otras muchas entidades, la Fundación de un Instituto que analiza y estudia las actividades que son propias de su giro mercantil.

Esta conclusión, obvio es decirlo, se predica con mayor razón, si cabe, de la inocua afirmación –no negada de contrario- de que el Sr. Costa Ran ha colaborado en publicaciones relacionadas con los mercados financieros con D<sup>a</sup> Monserrat Font Vilalta, que fue asesora del BBVA durante muchos años: tal aserto no configura, ni remotamente, una relación del árbitro con BBVA, y menos teniendo presente la naturaleza de la actividad en que se sustenta esa pretendida relación, cual es el análisis técnico y/o la investigación científica sobre los mercados financieros.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** Esta Sala ya ha señalado, v.gr., en su Sentencia 63/2014, de 13 de noviembre, la inequívoca necesidad de extremar las cautelas en el arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso

respeto al principio de igualdad, que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del *thema decidendi*.

Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte, pero también de la Corte misma *y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designe sus órganos de gobierno.*

Ahora bien, es igualmente claro que el cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de Arbitraje tiene que sustentarse en razones objetivas, en motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto.

Pues bien, en el presente supuesto, vistas las alegaciones de REPOS I REPÀS y lo que respecto de ellas ha acreditado, en absoluto cabe apreciar quiebra de la neutralidad exigible a Corte de Arbitraje de Madrid, que, de no concurrir, pudiera abocar en efecto a la anulación del laudo.

La actora cuestiona la neutralidad de la Corte de Arbitraje, en primer lugar, porque dos de los árbitros del colegio arbitral, Sres. Utrera-Molina Gómez y Costa Ran, habrían actuado como tales en arbitrajes precedentes en que el BBVA había sido parte. En este punto, hemos de reiterar lo dicho en el fundamento precedente en relación con el Sr. Costa y predicarlo también del Presidente del colegio arbitral, Sr. Utrera-Molina, que asimismo hizo saber en el punto 6 de su *declaración de independencia e imparcialidad de 30 de julio de 2013* –doc. nº 4 de la contestación- que en ocasiones anteriores había actuado como árbitro en litigios en que fue parte BBVA.

En segundo término, aduce REPOS I REPÀS que del listado de árbitros publicado en la web de la Corte de Madrid “*al menos un tercio son personas con vinculación directa con BBVA u otros bancos*

*comercializadores de swaps*”, bien por ser abogados de dichos bancos, bien por formar parte de los bufetes que asesoran habitualmente al propio BBVA, y cita especialmente el nombre de cuatro profesionales que son señalados defensores de las entidades bancarias en la actual crisis financiera –docs. nº 4 y nº 5 de la demanda.

La sola formulación de este alegato revela su inconsistencia: ninguno de tales árbitros interviene en la presente causa; amén de que no se acierta a comprender por qué compromete la debida ecuanimidad de la Corte que un número significativo (que la actora cifra en la tercera parte) de los árbitros de que se sirve sean profesionales de reconocido prestigio que hayan tenido o tengan relaciones de esa índole con el mundo empresarial y financiero, siempre que la Corte no propicie espuriamente o consienta su indebida intervención en una causa: y tal no sucede, a todas luces, en el presente caso.

Por lo demás, ni que decir tiene que la captación como árbitros de profesionales por las distintas instituciones llamadas a administrar el arbitraje no compromete su ecuanimidad, en abstracto y con carácter general –*sin descartar casos groseros de cooptación*–, por la trayectoria profesional de los mismos: tanto la independencia de los Tribunales arbitrales como la independencia e imparcialidad de los árbitros deben ser analizadas en relación con el caso concreto que se ventila: y en este punto las manifestaciones de la actora no revelan nada que evidencie interés directo o indirecto de Corte de Madrid en la designación de árbitros, ni su vinculación con BBVA: cada parte designó un árbitro, el tercero y Presidente de común acuerdo, y todo ello en estricto cumplimiento de lo pactado en la cláusula arbitral y de lo previsto en el Reglamento de Corte de Madrid.

El coste del arbitraje es la tercera razón que la actora esgrime para cuestionar la independencia de la institución administradora del arbitraje, a la que voluntariamente se sometió. Que es más costoso el arbitraje con 3 árbitros que con 1 es algo evidente; pero así se pacto en la cláusula arbitral... Y que, no aportadas las provisiones de fondos correspondientes por REPOS I REPÀS, “por considerarlas abusivas y carecer de medios económicos” –se dice–, el BBVA supliese tal aportación para que prosiguiera el arbitraje revela, es cierto, el interés de BBVA en dirimir la controversia

ante la Corte, pero no apunta ni atisba ningún interés espurio por parte de ésta, ya que el proceder de la financiera demandada –provisionando en sustitución de la actora- está expresamente previsto por el Reglamento de Corte de Madrid.

En cuarto lugar, alega la demandante que la Cámara de Comercio de Madrid –de quien depende la Corte que ha administrado este procedimiento arbitral- tiene suscrito con el BBVA un acuerdo-marco de colaboración financiera valorado en 2.500 millones de euros. Este alegato, así formulado, pudiera suscitar sospechas sobre un posible interés de la Corte en la solución de la causa... Pero sucede que, analizada la prueba obrante en autos sobre el particular, revela que la virtualidad de tal indicio para comprometer la independencia de la Corte se difumina hasta desaparecer.

Se aporta como doc. nº 6 de la demanda noticia de prensa –fecha el 26.05.2011- alusiva a que Cámara de Comercio Madrid, CEIM y BBVA suscriben un convenio de colaboración que facilita 2.500 millones de euros en créditos preferentes para financiar tanto el capital circulante como los proyectos de inversión de las pymes madrileñas... La propia noticia da cuenta de que Cámara de Comercio de Madrid ha suscrito acuerdos similares con Caja Madrid, la Caixa y el Grupo Banco Popular...

En otras palabras: Cámara de Comercio, en el ejercicio de las funciones que le son propias como corporación de Derecho Público según el art. 2 de su Ley reguladora (L. 10/1999, de 16 de abril, de la CAM), contacta con entidades financieras y empresariales para facilitar el crédito de las empresas radicadas en su ámbito de actuación...; sostener que este actuar, totalmente legal y congruente con su cometido –*del que no se acredita que se siga beneficio alguno para la propia Cámara-*, compromete la ecuanimidad de la Corte de Arbitraje que se integra en Cámara de Comercio de Madrid es, a falta de otros datos, totalmente inane para los fines que se pretende demostrar, a saber: que la Corte tiene interés directo o indirecto en beneficiar a las entidades financieras con las que se relaciona la institución en que se incardina... Es tal la debilidad, la amplitud del juicio de inferencia que conduce al hecho presunto que no resulta sostenible, y máxime cuando –ya lo hemos dicho- la Corte ha actuado en estricto cumplimiento de su Reglamento y nombrando árbitros cuya

imparcialidad no aparece comprometida, a juicio de este Tribunal, por ningún hecho mínimamente significativo.

Cierto que la demandante solicitó como prueba adicional, en el trámite previsto en el art. 42.1.b) LA, que se requiriera a la Cámara de Comercio de Madrid para que aportase en autos copia de los acuerdos de colaboración financiera suscritos con BBVA; pero no es menos cierto que tal pretensión fue rechazada, por manifiestamente extemporánea, en Auto de esta Sala de 21 de octubre de 2014, no recurrido en súplica.

Finalmente se quiere cuestionar la independencia de la Corte administradora del arbitraje por el hecho de que los árbitros de la Cámara de Comercio de Madrid reciban formación de reciclaje en materia de derivados y swaps por NETVALUE FORENSIC –doc. nº 7 de la demanda-, que es la principal firma forense que presta actualmente servicios de peritación financiera a las entidades bancarias –doc. nº 8-.

Decir tan solo que es temerario pretender que la Corte de Madrid compromete su neutralidad por propiciar la formación de sus árbitros organizando un curso “*que pretende ofrecer una visión general sobre los derivados dentro del ámbito legal*”; conclusión igualmente evidente en lo que toca a que la entidad especializada que imparte ese curso preste servicios de peritación financiera a los bancos en una materia directamente conectada con la actividad que les es propia, sin que, por lo demás, resulte mínimamente fundada la conexión que se pretende establecer entre esos hechos y la supuesta falta de ecuanimidad de Corte de Madrid.

El motivo es desestimado.

**CUARTO.-** Se recordará –FJ 1- que la demanda de anulación aduce que el laudo debe ser anulado por infracción del orden público, por interpretar y aplicar incorrectamente las normas de conducta recogidas en el Título VII de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y en Directivas y jurisprudencia nacional y comunitaria que las interpreta, que le resultaban exigibles al BBVA a la hora de comercializar el producto financiero contratado por la actora –swap-. El BBVA habría incumplido obligaciones de

diligencia, lealtad e información impuestas por la antedicha normativa, que es de *ius cogens* y que integra lo que se ha dado en llamar “orden público económico”.

Las quejas formuladas al amparo del apartado f) del art. 41.1 LA deben ser analizadas, dejando constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces se ha dicho, 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° 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n° 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, lo que decimos sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con una realidad innegable: 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; y 23 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 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.

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 -hoy art. 81 del Texto Consolidado- del Tratado Constitutivo CE –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 por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

**QUINTO.-** Descendiendo de lo general a lo particular, la Sala entiende que, para verificar, *in casu*, si el laudo impugnado vulnera el orden público económico, conviene tener presente, además de lo ya dicho, la doctrina constatada, específicamente sobre las cuestiones aquí debatidas, 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 de conveniencia 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.

Por su importancia y por la necesidad de considerar esa doctrina en su conjunto –no aislada ni sesgadamente-, y aun a riesgo de que padezca una brevedad ya maltrecha, dejamos constancia literal de lo más destacado de esa doctrina (FFJJ 6 a 13):

### **Alcance de los deberes de información y asesoramiento**

*6. Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende.*

**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.**

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de **productos financieros complejos, como es el swap**, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del **art. 19 Directiva 2004/39/CE** ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales **arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), [que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el día 21 de diciembre de 2007 (DF 6ª)].**

## **7. Información sobre los instrumentos financieros.**

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*".

## 8. *Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad.*

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 (arts. 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.***

Para ello, especifica el *art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero*, las entidades financieras " *deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:*

a) *Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido,*

*se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.*

*b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).*

*c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).*

**9.** Como afirma la *STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)*, "(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).*

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, *debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.*

### **Error vicio del consentimiento**

10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, *"si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10 ), apartado 27]"*.



(...)

### 11. *Jurisprudencia sobre el error vicio.*

La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, *esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre*: hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

(...) La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de



meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida

## *12. El deber de información y el error vicio.*

Por sí mismo, *el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría*

*informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.*

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. *El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento.* Dicho de otro modo, *el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada*, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

De este modo, *el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.*

*Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de*

*informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.*

Al mismo tiempo, *la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error*, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

### ***13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad.***

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.*

En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de swap, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio.

**SEXTO.-** A la vista de esta importante doctrina deben examinarse las concretas circunstancias del caso desde la perspectiva que es propia de la acción de anulación tal y como ha sido formulada en la demanda: si los razonamientos del laudo, más allá de la infracción legal, vulneran el orden público por quebrantar postulados elementales de la contratación de productos financieros complejos y/o lesionar derechos fundamentales o 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 la entidad de la infracción jurídica es subsumible en la categoría “*infracción del orden público*”.

Comencemos constatando –sin prejuzgar su virtualidad anulatoria en el ámbito propio de la acción que nos ocupa- lo que son errores de Derecho ostensibles, manifiestos del laudo impugnado, por contravenir la Ley. Consignaremos también omisiones de motivación igualmente patentes.

1º.- El laudo parte de unos hechos probados, enunciados en los §§ 1, 2 y 3 de su Fundamento Primero, que revelan en términos jurídicos, sin lugar a la menor duda, que su labor en la contratación de este swap fue una labor de asesoramiento y no de mera comercialización. Hubo de realizarse, pues –y no se hizo-, el test de idoneidad y no el de conveniencia. El propio laudo así lo reconoce –§§ 15 y 16 FJ 5- cuando señala que “*consta acreditado que se hizo el test de conveniencia*” y que “*la demandante no estaba obligada a realizar el test de idoneidad*”.

Transcribimos esos hechos probados en sus términos literales:

1. A finales del año 2007, ante la proximidad del vencimiento de una póliza de crédito por importe de 20.000 € contratada con fecha 9 de enero de 2007 con una duración de un año (doc. nº 3 de la demanda), y teniendo dificultades para reintegrar el saldo dispuesto a vencimiento, el representante de la demandante REPOS I REPÀS se dirigió al BBVA con el objeto de solicitar que se unificasen en uno solo los créditos que tenía concedidos por el Banco, con el que tenía suscrito, además, un préstamo hipotecario por importe de 470.000 €, se le rebajase la cuota mensual y se alargase el plazo de vencimiento.
2. Fruto de dicha solicitud, ambas partes llegaron a un acuerdo para refinanciar la deuda de la Demandante mediante la novación del préstamo hipotecario (doc. nº 4 de la demanda), consistente en la ampliación del capital del préstamo vivo en 50.000 € y la ampliación del plazo de amortización en 60 meses, otorgando la correspondiente escritura de novación con fecha 17 de enero de 2008.
3. En el curso de la negociación con la Demandada, la Demandante, por medio del Sr. Sala Taña, expuso su preocupación por la coyuntura de subida de tipos de interés y se interesó por si había algún producto que le cubriera de las subidas de tipos para no tener sorpresas de un año a otro con sus costes financieros. La Demandada le ofreció entonces la suscripción de una permuta de tipos de interés, indicándole dicho producto como idóneo para estabilizar el coste financiero de su empresa.

Nos remitimos al tenor inequívoco del transcrito art. **4.4 Directiva 2004/39/CE**, que 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*" (en la misma línea, el **art. 52 Directiva 2006/73/CE**); preceptos en los que se sustenta la reseñada doctrina del TJUE sobre cuándo existe labor de asesoramiento, expuesta en la **STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011)** a la que se refiere el FJ 9 de la STS, Pleno, de 20 de enero de 2014 –transcrito *supra*.; en particular, recordamos cómo *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, STJUE 30.5.2013).

Es así manifiesto, patente sin necesidad de elucubración alguna, que el laudo yerra en la calificación jurídica que constituye el presupuesto básico para determinar el alcance de los deberes de información que le eran imputables a la entidad financiera oferente del swap. Ese yerro patente es, en sí mismo, expresión de la arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 24.1 CE).

2º.- Sin delimitar aún sus consecuencias respecto de esta acción de anulación, el laudo comete otra infracción jurídica ostensible: afirma –v.gr., FJ 2.11-, en contra de lo que la Ley expresamente sostiene, que, "*dada la mecánica del producto financiero, no puede afirmarse que presente una especial complejidad para ser entendida por cualquier persona que presente una mínima formación, y, sin duda, personas habituadas a la actividad comercial y financiera no deben tener problemas para comprender tanto la funcionalidad de la operación como la forma de efectuar las liquidaciones periódicas*".

Esta afirmación olvida, de un lado, que la Ley expresamente establece la obligación de “*no considerar instrumentos financieros no complejos las permutas de tipos de interés –swaps*” (art. 79 bis 8 en conexión con art. 2.2, ambos de la LMV). Insistimos: no se trata sólo de que la Ley diga que los swaps son productos financieros complejos, se trata, más categóricamente si cabe, de que prohíba considerarlos como no complejos: es, por así decir, una presunción legal *iuris et de iure* de complejidad, no susceptible de prueba en contrario.

En el bien entendido de que esa categórica afirmación legal de complejidad es predicable para cualquier no profesional de los mercados, y, entre ellos, desde luego, los minoristas, cualidad que ostenta REPOS I REPÀS, como reconocen el laudo y la financiera demandada en el procedimiento arbitral -§ 5, FJ 5-.

Y finalmente, sobre ello habremos de insistir, olvida el laudo que lo esencial de esa operación financiera, de su contratación con arreglo a las reglas de la buena fe, no afecta sólo a la funcionalidad de la operación y a la forma de efectuar las liquidaciones periódicas, sino también a los “concretos riesgos” inherentes a la misma (apalancamiento y sus efectos, volatilidad del precio...), y a los gastos y costes que le son propios en función de las decisiones que en torno a ella se puedan tomar.

3º.- Otra infracción ostensible del laudo guarda relación con el análisis que efectúa –FJ 8- de “*la alegada falta de información sobre la posibilidad de cancelación anticipada de un contrato de permuta financiera y los costes asociados a ella*”.

En ningún momento se reconoce ni declara probado que haya existido información al respecto por la financiera contratante –más allá de lo previsto en una cláusula del contrato marco que se acompañó (a modo de condiciones generales) a la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés firmada por las partes tras la conversación telefónica de 17 de enero de 2008. El laudo afirma:

- a) “Que resulta evidente que la facultad de cancelación anticipada no es un derecho inherente a los contratos de duración determinada o a vencimiento”.
- b) “Que REPOS I REPÀS era plenamente consciente de que estaba contratando el producto financiero como cobertura del préstamo hipotecario y por el mismo plazo que restaba para la amortización del mismo, es decir, trece años, hasta el año 2021”.
- c) Acto seguido, el resto del FJ 8 se limita a constatar que es frecuente pactar en el swap su cancelación anticipada, alude –sin transcripción- a la cláusula 14ª del contrato marco de la AEB (CMOF), que fija un procedimiento específico de determinación del coste de cancelación y justifica que esa cancelación anticipada haya de tener un coste económico, por elementales razones de equidad...

La Sala observa, es muy ostensible, que no existe razonamiento alguno sobre lo verdaderamente relevante: si BBVA debió informar –más allá de la mera aportación del condicionado general- sobre la posibilidad de cancelación anticipada y sus costes, precisamente por lo que juzga evidente el propio laudo: no ser un derecho inherente a los contratos de duración determinada... Y si esa obligación de informar se sustenta, por ejemplo, en la necesidad de conocer los costes derivados de desvincularse de un producto financiero de resultados aleatorios y con elevados riesgos de pérdidas...

**SÉPTIMO.-** El laudo niega vicio de error en el consentimiento a la hora de contratar el swap por REPOS I REPÀS sobre la base de los siguientes argumentos (FFJJ 5 y 7):

En primer lugar, la realización del test de conveniencia: el Banco valoró las circunstancias personales del administrador único de la demandante (Sr. Sala) –haber aprobado 4 de los 5 cursos de la Licenciatura en Ciencias Empresariales- y su conocimiento y experiencia en la contratación de productos bancarios, por su calidad de gerente de una mercantil dedicada al sector de la hostelería y la restauración, al que se le exige “*una diligencia superior a la del consumidor*” y de quien “*no puede afirmarse sea merecedor de una extraordinaria protección, sin perjuicio de*

*su condición de minorista que le reconoce la LMV y le fue reconocida por la demandada (doc. nº 9 de la contestación)” (§§ 3 a 5 FJ 5).*

El laudo, como hemos visto, considera suficiente ese test y excluye la pertinencia del de idoneidad (§ 15, FJ 5), cuando pondera el cumplimiento por BBVA de sus obligaciones de información.

En segundo lugar, el laudo declara probado –en reiteradas ocasiones, v.gr., §§ 8 a 10, FJ 5- cuál es la causa del contrato: se declara acreditado que el cliente buscaba una estabilidad en sus costes financieros y que el Banco ofreció el swap como producto de cobertura de las eventuales subidas de los tipos de interés. En este sentido, el propio laudo establece (§ 2, FJ 7) que *“resulta determinante la claridad del testimonio del Sr. Sala quien en el acto de la vista fue meridiano al señalar que su principal preocupación al tiempo de contratar la operación era eliminar el riesgo de las eventuales subidas de tipos, y asegurarse de que los costes financieros fueran siempre estables, pues no quería sorpresas”*. Y el propio laudo reconoce, también en repetidas ocasiones, la respuesta que esa pretensión recibió por parte de los técnicos del Banco. Así, en palabras del § 4, del FJ 7:

*“la información que a estos efectos se le facilitó a la Demandante por parte del Sr. Fructuoso era clara y respondía a la realidad: ‘usted cierra para 13 años el Euribor a 12 meses al 4,64%. Es decir, usted, pase lo que pase, va a pagar el Euribor a 12 meses, lo cierra al 4,64%. Aquí tendrá que añadirle el diferencial de financiación que tiene con el préstamo. Es decir, el préstamo más esta cobertura, es equivalente a decir que va a pagar el 4,64% más el diferencial que tenga en el préstamo’ (...) ‘Sería equivalente a decir que usted tiene un tipo fijo para el préstamo del 5,29%’”.*

Asimismo, §§ 18 a 23 FJ 5. Así en el § 23 se advierte que se “aportó una información clara, veraz, imparcial y no engañosa a la demandante para que, con una mínima diligencia, fuera consciente de los elementos esenciales del producto que estaba contratando, en virtud del cual, tal y como le indicó el Sr. Fructuoso ‘Sería equivalente a decir que usted tiene un tipo fijo para el préstamo del 5,29% (ya que el Euribor que paga el cliente al Banco se compensa con el Euribor que recibe el cliente del Banco)”

El laudo descarta que el swap fuese ofrecido engañosamente porque, valorando la prueba –conversación telefónica grabada del día 17 de enero de 2008 y correo electrónico posterior remitido por el Sr. Fructuoso al Sr. Sala-, llega a la conclusión de que el Sr. Sala no pudo identificar ese contrato con un contrato de seguro -entre otras razones, no existía abono de prima -, pues era consciente de que *“no podía beneficiarse de la bajada de los tipos de interés”*; a lo que añade el laudo, para abundar en la ausencia de engaño, *“que el producto ofrecido se reveló idóneo”* –v.gr., § 6 FJ 7- para el fin con el que fue contratado: *protegerse frente a la subida de los tipos de interés, manteniendo una estabilidad en los costes financieros de la demandada, si bien renunciando a beneficiarse de las posibles bajadas de tipos.*

En palabras del § 7, FJ 7: “Tal y como se le explicó al Sr. Sala, con la suscripción del instrumento de cobertura eliminaba totalmente los riesgos de una eventual subida de tipos, pero renunciaba también a beneficiarse de una bajada de los mismos. En efecto, al pagar por el préstamo hipotecario el Euribor más 0,65 y recibir del BBVA el Euribor a cambio de un 4,64 mensualmente, se compensaban el Euribor pagado por la demandante y el Euribor que recibiría de BBVA por la permuta.

**OCTAVO.-** Sobre la base de lo que antecede procede concluir sobre si el laudo ha vulnerado, o no, el orden público como causa de anulación del mismo.

Lo expuesto en el fundamento precedente –aceptando en todos sus extremos lo declarado probado por el laudo- revela que la demandante de anulación fue consciente de aleatoriedad del negocio que suscribía –juego de los tipos de interés en el swap-, pero, como se ha expuesto al reseñar la jurisprudencia del TS sobre el error de vicio, 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, ya transcritas, 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”**.

En este punto, la Sala entiende determinante el error ostensible en que incurre el laudo al no reputar necesario el test de idoneidad: si, incuestionablemente, según los hechos probados, BBVA realizó una labor de asesoramiento –cfr. *supra* FJ 5, donde se transcribe el FJ 9 STS 20.1.2014, con referencia a los arts 4.4 Directiva 2004/39/CE y 52 Directiva 2006/73/CE, así como a los §§ 53 y 55 STJUE de 30 de mayo de 2013)–, ***el no realizar este test lleva aparejada una consecuencia legal ineluctable: tal y como prevé el art. 79 bis 6 LMV, “cuando la entidad no obtenga esta información –la derivada del test de idoneidad–, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente”***.

El laudo da por buena la contratación de un producto financiero complejo a todas luces contraria a la buena fe, por la inobservancia de deberes elementales de información y de la consecuente prohibición legal de recomendación del producto: una, la información, y otra, la prohibición anudada a su omisión, que, *de lege lata*, son inexcusables, precisamente para preservar ese básico principio de la contratación que es el principio de buena fe: se ha informado al contratante de la funcionalidad del producto (el *do ut des*, ceñido al intercambio de intereses), pero en una concepción tan elemental, tan simplificada del instrumento financiero que se contrataba que desvirtúa, hasta hacerla desaparecer, la naturaleza compleja que ostenta por imperativo de la ley –simplificación de la que da cuenta el propio laudo, como hemos visto, cuando califica como no complejo ese producto.

La simpleza de la información considerada como suficiente por el laudo –sobre la base de un error ostensible e inequívoco de calificación acerca de la labor de asesoramiento que desempeñaba BBVA– contraviene, en sí misma, la conceptualización legal del swap como producto complejo –la ley prohíbe expresamente considerarlo como un instrumento financiero no complejo (arts. 79 bis 8 ii y art. 2.2, LMV–, 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 patente de laudo: reputar el contrato de swap como producto financiero no complejo.

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.

Pues bien, consta acreditado que ni se analizó la situación financiera de REPOS I REPÀS al efecto de verificar si el swap era el producto más conveniente para sus necesidades, ni se le dio información sobre las previsiones de evolución del Euribor –posibles escenarios de variación de los tipos-, ni se le informó específicamente –más allá de la aportación de unas condiciones generales- sobre costes de cancelación anticipada, sobre posibles riesgos de exceso de apalancamiento –de desproporción entre el capital propio y el crédito-, etcétera.

En definitiva: el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción legal patente de normas imperativas: de un lado, un error grosero de calificación sobre los deberes de información de BBVA al no realizar el test de idoneidad y, pese a ello, calificar el swap de idóneo para REPOS I REPÀS; y, de otro lado, dar por buena, *contra legem*, 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 hacen que la motivación del laudo sea arbitraria: los presupuestos jurídicos 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 REPOS I REPÀS: la cuestión es, como decimos, que asentó su decisión sobre unos presupuestos jurídicos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables, a la vista de los hechos que el propio laudo declara probados (§§ 1 a 3 FJ 1). Al errar patentemente sobre los deberes de información que asistían a BBVA y al errar, con no menor claridad, sobre la declarada, legal y jurisprudencialmente, naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado, el laudo no puede ponderar adecuadamente –en los términos en que la Ley exige- la relevancia sobre la validez del consentimiento emitido que pudiera tener la omisión de unas informaciones que debieron proporcionarse y que, *contra legem*, no se han reputado necesarias.

Viene a cuento aquí 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 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 131/1990 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, f.º 3º; 112/1996, f.º 2º, y 119/1998, f.º 2º)”.*

O como también señala, muy ilustrativamente, la STC 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).

Tal ha sucedido en el presente caso.

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; 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 –supra FJ 4–, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1.f) LA por esta circunstancia añadida.

A ello hemos de añadir, en la línea de lo indicado supra FJ Sexto, 3º, que el laudo adolece de toda motivación sobre un extremo que le fue planteado: si BBVA debió informar –más allá de la mera aportación del condicionado general- sobre la posibilidad de cancelación anticipada y sus costes, precisamente por lo que juzga evidente el propio laudo: no ser un derecho inherente a los contratos de duración determinada... Este radical déficit de motivación del laudo también es lesivo del art. 24-1 CE y, por ello, entraña una infracción más del orden público previsto en el art. 41.1.f) LA.

El motivo es estimado.

**NOVENO.-** De acuerdo con el art. 394.1 LEC no ha lugar a la imposición de costas, porque, aunque se acuerde la anulación del laudo, han sido rechazadas dos de las pretensiones anulatorias de la actora. También repara la Sala en las dificultades de Derecho que el caso suscita en relación con la determinación del ámbito del “*orden público económico*” como motivo de anulación.

Vistos los artículos de aplicación,

**FALLAMOS**

**ESTIMAMOS** la demanda de anulación del laudo arbitral formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Gema Avellaneda Peña, en nombre y representación de **REPOS I REPÀS, S.L.**, anulando el laudo arbitral dictado con fecha 14 de enero de 2014 por el colegio integrado por D. LUIS FELIPE UTRERA-MOLINA GÓMEZ (Presidente), D<sup>a</sup> PATRICIA GABEIRAS VÁZQUEZ y D. LUIS COSTA RAN en el procedimiento arbitral nº 2428, 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.

**DILIGENCIA.-** Con fecha 4 de febrero 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.