



Roj: **STSJ M 6615/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:6615**

Id Cendoj: **28079310012017100065**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2017**

Nº de Recurso: **15/2017**

Nº de Resolución: **36/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6615/2017,**
AATSJ M 324/2017

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2017/0019242

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 15/2017.

Demandante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procuradora: D^a. Ana Llorens Pardo.

Demandado : MONTAJES MORELBA, S.L.

Procurador: D. Ramón Rodríguez Nogueira.

SENTENCIA N° 36/2017

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 23 de mayo del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 6 de febrero de 2017 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), ejercitando, contra MONTAJES MORELBA, S.L. (en adelante, MONTAJES), acción de anulación parcial del laudo arbitral de 2 de noviembre de 2016 -cuya corrección, aclaración y complemento es desestimada por Laudo de 2 de diciembre de 2016-, dictado por D. Javier Gaspar Pardo de Andrade en el procedimiento arbitral nº 2.719, que administra la CORTE DE **ARBITRAJE** DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y SERVICIOS DE MADRID.



SEGUNDO .- Requerida la actora para que aporte el modelo de autoliquidación de la tasa judicial correspondiente (DIOR 08/02/2017), y una vez cumplimentado dicho requerimiento por escrito presentado el 16 de febrero de 2017-, se admite a trámite la demanda mediante Decreto del siguiente día 24 de febrero.

TERCERO .- Realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, presenta su contestación el 28 de marzo de 2017.

CUARTO .- Dado traslado por diez días a la demandante -DIOR 29.03.2017- para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, mediante escrito presentado el siguiente día 21 de abril la representación de BBVA, a la vista de las alegaciones recogidas en el escrito de contestación a la demanda, interesa la admisión de los siguientes documentos:

1º.- Contrato de 09/08/2007, con fecha de operación 19/07/2007, aportado por MONTAJES MORELBA como doc. nº 12 de su demanda de **arbitraje**.

2º.- Acuerdo de cancelación anticipada de la anterior operación de 17/07/2007, con un coste de cancelación de 437.500 €, aportado por MONTAJES MORELBA como doc. nº 18 de su demanda de **arbitraje**.

3º.- Contrato con fecha de operación 22/04/2010 en cuyo apartado 3 consta el abono de una prima de 421.000 € por parte de BBVA, aportado por MONTAJES MORELBA como doc. nº 14 de su demanda de **arbitraje**.

QUINTO .- Por DIOR 24.04.2017 se da cuenta al Magistrado Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

SEXTO .- Mediante Auto de fecha 28 de abril de 2017, la Sala acordó:

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

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

3º. No haber lugar a la celebración de vista pública.

4º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 23 de mayo de 2017, a las 10:00 horas.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 08.02.2017), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Laudo impugnado resuelve:

1º .- Desestimar la demanda formulada por Montajes Morelba, S.L., contra BBVA en lo relativo a la pretensión de nulidad o de resolución relativa a los Contratos (i) "Confirmación de Swap de Tipos de Interés" de fecha 11 de julio de 2006 (ii) "Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés con Opción Knock Out sobre Acciones BBVA" de 9 de agosto de 2007 y (iii) "Contrato Marco de Operaciones Financieras" de 12 de marzo de 2010.

2º .- *Estimar la demanda formulada por Montajes Morelba, S.L., contra BBVA declarando la nulidad por vicio error en el consentimiento prestado por la Actora respecto a los Contratos (i) "Confirmación de Opción sobre Acciones" de 22 de abril de 2010 y (ii) y (ii) "Modificación de Opción sobre Acciones" de 19 de julio de 2013.*

3º .- *En méritos de lo anterior, declarar la no exigibilidad de la liquidación efectuada por la Demandada respecto a los dos contratos declarados nulos en fecha 29 de julio de 2016 por importe de 708.999,08 euros.*

4º .- *Condenar a la Demandada a pagar a la actora las cantidades de 16.500 euros y 19.000 euros, en total 35.500 euros.*

5º .- *Condenar a la Demandada a pagar los intereses legales de las cantidades a las que se refiere el apartado Cuarto anterior desde la fecha de la formulación de la demanda arbitral origen de este procedimiento hasta la fecha de la emisión del Laudo, por importe de 443,75 euros, intereses que se incrementarán, en su caso, en dos puntos desde la fecha de emisión del Laudo hasta la fecha efectiva de pago.*

6º .- *Dejar sin efecto las garantías prestadas por la Actora, es decir, la Póliza de pignoración de derechos derivados de cuenta a plazo y/o depósito intervenida por el fedatario Don Juan Luis Gómez Olivares el 19 de julio de 2013, asiento nº 341, suscrita entre las Partes y la Hipoteca de Máximo otorgada por la Actora en favor de la Demandada por escritura autorizada por la Notaria D^a. Teresa Hervalle Durantez el 22 de abril de 2010, nº 331 de su Protocolo.*



7º .- *Desestimar cualquier otra pretensión formulada por las partes en el presente procedimiento arbitral que no estén incluidas en los apartados primero a sexto anteriores.*

8º .- *Declarar que cada parte pagará sus propias costas y las comunes por mitad.*

El día 11 de noviembre de 2016 la representación de BBVA, al amparo del art. 43 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, solicitó la " *corrección, aclaración y complemento* " del Laudo y, en concreto, la sustitución de los apartados 4º y 5º de su parte dispositiva, a los que se debería dar la siguiente redacción:

4º .- *Montajes Morelba, S.L., como consecuencia de la declaración de nulidad del Contrato de 'Confirmación de Opción sobre Acciones', de fecha 22 de abril de 2010, deberá reintegrar la cantidad de 421.000 euros que recibió con motivo de la suscripción de dicho Contrato.*

Por su parte, el BBVA deberá reintegrar a Montajes Morelba, S.L., la suma de 19.500 euros que recibió con motivo de la suscripción del Contrato de 'Modificación de Opción sobre Acciones' de 19 de julio de 2013.

5º .- *Cada una de las partes deberá pagar los intereses legales de las cantidades a que se refiere el apartado cuarto anterior desde la fecha de la formulación de la demanda arbitral origen de este procedimiento, hasta la fecha de emisión del Laudo que resuelva la presente solicitud de corrección, aclaración y complemento del Laudo dictado el pasado 2 de noviembre de 2016, intereses que se incrementarán, en su caso, en dos puntos desde la fecha de emisión del nuevo Laudo hasta la fecha efectiva de pago* .

Esta solicitud, a la que se opuso MONTAJES, fue desestimada por Laudo de 2 de diciembre de 2016 en el que se constata que la pretensión de rectificación entraña, *stricto sensu*, una discrepancia con el contenido del Laudo que excede de los estrechos márgenes del cauce procesal intentado: recuerda el Árbitro, al respecto, que el "error" que se pretende rectificar, la cuestión planteada por el BBVA " *ha sido resuelta de manera motivada y explicada en el Laudo* " (pág. 15, apartado 5.9, pág. 49 y pág. 89).

La demandante interesa la anulación, en realidad *parcial*, del Laudo de 2 de noviembre de 2016 por un único motivo: infracción del orden público -art. 41.1.f) LA- a la hora de establecer, en el sub-apartado 4.b) del apartado SÉPTIMO del Laudo, las consecuencias económicas de la declaración de nulidad del contrato de 22 de abril de 2010, que juzga incursas en arbitrariedad, error patente, contravención de las reglas de la lógica y de la interdicción de enriquecimiento injusto, con vulneración manifiesta de normas imperativas tales como el art. 1303 CC. En apretada síntesis, BBVA sostiene que el Laudo " *realiza una errónea compensación del cargo por importe de 437.500 euros correspondiente al coste de cancelación anticipada del contrato válido y eficaz -de 9 de agosto de 2007- (que debe soportar MONTAJES MORELBA) con los 421.000 euros que el Banco abonó a MONTAJES MORELBA con motivo de la suscripción del nuevo contrato -de 22 de abril de 2010-, que ha sido declarado nulo y que, por tanto, obliga a que la demandante deba restituir lo que recibió del Banco con motivo de ese contrato distinto* " .

De prosperar esta pretensión, propiamente solo afectaría a los apartados cuarto y quinto de la parte dispositiva del Laudo en cuanto se refieren a la cantidad de 16.500 euros e intereses a ella correspondientes, y a su justificación en el sub-apartado 4.b) del fundamento séptimo, tal y como por lo demás se sigue de lo afirmado en la propia demanda de anulación (v.gr. §§ 19,20 y 30), aunque sin reflejo en el suplico, donde, sin matización alguna, se interesa la nulidad del Laudo con imposición de costas. Criterio que la Sala expone en anuencia con la necesidad de efectuar una interpretación concorde con el principio de conservación del Laudo -del que es expresión, no exhaustiva, el art. 41.3 LA.

La demandada niega el anterior alegato y estima que los argumentos del Laudo "son razonables, coherentes, están debidamente motivados sin arbitrariedad de ningún tipo y aplican de forma intachable el art. 1303 CC", cuando entiende que el cargo de 437.500 euros por BBVA y su abono a MONTAJES MORELBA de 421.000 euros no son apuntes contables independientes, sino el modo en que el Banco cobró al cliente el precio de suscripción del contrato de 22 de abril de 2010 -16.500 euros-, cuya devolución sería consecuente con la anulación de ese contrato.

SEGUNDO .- En una exposición más pormenorizada: la demanda de anulación sustenta su pretensión en una premisa fáctica que juzga evidente a la luz de la motivación y pronunciamientos del Laudo: que el Contrato de 22 de abril de 2010 -que se anula- es un contrato nuevo y distinto del de 9 de agosto de 2007 -el cual, según la actora, se declara válido-, y en tal sentido menciona afirmaciones del Laudo sobre dicha diferenciación contractual en sus págs. 15 (apdo. 5.9), 18 (apdo. 6.1), 47 [sub apdo. a) 2.b), del apdo. 6.2.8) y sub apdo. b.1)] y 75 [sub apdo. 16, del apdo. 6.3].

De ahí infiere el BBVA la arbitrariedad del Laudo por incongruencia interna, al contravenir los presupuestos de hecho y de Derecho de que parte el propio Árbitro (§§ 43 y 50), así como por infracción de norma legal imperativa - art. 1303 CC - y del principio de interdicción del enriquecimiento injusto (§§ 38 y 51)-, al limitar la



restitución inherente a la declaración de nulidad de un contrato nulo -el contrato de 2010- por el cobro efectuado a favor de BBVA en virtud de la cancelación de otro contrato -el de 2007-, que se reputa válido y eficaz.

Por el contrario, el Laudo, al anular el Contrato de 22.04.2010 y precisamente por esa anulación, debió ordenar la restitución a BBVA de la "prima" -así calificada por el apartado 3 del Contrato (doc. nº 11- de 421.000 euros abonada a MONTAJES al suscribirlo; siendo arbitrario, errado e ilógico haber compensado ese abono con los 437.500 euros pagados al BBVA por MONTAJES en concepto de comisión de cancelación anticipada del Contrato de 2007, según el Pacto realizado al efecto, también de 22 de abril de 2010 -doc. 15 de la demanda.

En este sentido, insiste la aquí demandante (§ 34) en que el Acuerdo de Cancelación Anticipada no ha sido impugnado -ni respecto de él se declara ningún tipo de ineficacia, habiendo asumido MONTAJES el coste de cancelación que tenía el producto en ese momento (437.500 ?), " todo ello de acuerdo con lo que las partes habían previsto en el documento de renuncia de 10 de marzo de 2010 " -doc. 14. Ese documento, como se verá, hace referencia al acuerdo alcanzado entre BBVA y MONTAJES por el cual ésta última desiste del procedimiento ordinario y de medidas cautelares incoados para la anulación, entre otros, del Contrato de 19 de julio de 2007, al tiempo que renuncia a la acción ejercitada.

Finalmente, añade BBVA (§ 35) que del mismo modo que MONTAJES no ha venido obligada a reintegrar las 11 liquidaciones favorables recibidas del BANCO como consecuencia del Contrato de 2007, tampoco el BANCO ha de quedar obligado a reintegrar a MONTAJES el coste de su cancelación anticipada. Y califica como de "palmaria arbitrariedad atribuir a un Contrato válido -el de 2007- unas consecuencias económicas más negativas o gravosas para el Banco que las que se habrían derivado de su declaración de nulidad...", " ya que en tal caso MONTAJES MORELBA, al menos, vendría obligada a reintegrar al Banco el importe de las 11 liquidaciones positivas recibidas en virtud del mismo " (§ 37).

La demandada, por su parte, amén de lo ya reseñado, pone de relieve que " la verdadera cuestión controvertida que se plantea en la demanda de anulación es una cuestión de hecho , a saber: ¿cómo debe interpretarse el cargo de 437.500 ? y el simultáneo abono de 421.000 ? que BBVA hizo en la cuenta corriente de MONTAJES MORELBA con fecha valor 26 de abril de 2010?" -§ II.2.1-. Al respecto, reitera cómo el Laudo, al que se remite, explica cumplidamente la vinculación entre ambos apuntes contables, y su instrumentación como forma de cobro al cliente por el banco del precio de suscripción del Contrato de Confirmación de Opción sobre Acciones de 22 de abril de 2010; conclusión sobre la vinculación entre ambos apuntes contables que se sigue sin paliativos de los escritos de alegaciones evacuados en el procedimiento arbitral, que es deducida por el propio Árbitro al valorar la prueba documental aportada -docs. 15, 16 y 19 de la demanda arbitral, que se acompañan como docs. 1, 4 y 5 de la contestación a la demanda de anulación-, y a la que no se opone, ni lógica ni jurídicamente, el hecho de que el contrato de 9 de agosto de 2007 y el de 22 de abril de 2010 sean efectivamente contratos distintos, aunque expresión el segundo de una única "reestructuración" de la relación jurídica *inter partes* .

En definitiva, al decir de MONTAJES, el Laudo está razonablemente motivado y ha aplicado escrupulosamente el art. 1303 CC -sin enriquecimiento injusto de ninguna clase-, de modo que no contraviene el orden público, limitándose la demanda de anulación a expresar una mera " *disconformidad con la valoración de la prueba realizada por el Árbitro respecto de uno de los hechos alegados por las partes, así como con la aplicación del art. 1303 CC a ese hecho* ".

Procede, a continuación, dejar la debida constancia de la argumentación del Laudo sobre la cuestión controvertida, para verificar, acto seguido, si dicha motivación infringe el orden público a que se refiere el art. 41.1.f) LA.

Al denegar la corrección interesada por BBVA, en respuesta a la queja planteada por dicha mercantil -de contenido sustancialmente idéntico a la expresada en la presente demanda de anulación-, el Laudo de 2 de diciembre de 2016 expone (FJ 8) las razones dadas por el Laudo de 2/11/2016 en contra de lo pretendido por BBVA, con transcripción de los siguientes párrafos del mismo:

" 1) En la página 15 del Laudo, apartado 5.9, se afirma:

'El mismo 22 de abril las Partes firmaron la cancelación del Contrato de 19 de julio de 2007 y suscribieron un contrato denominado 'Confirmación de Opción sobre Acciones'. No tuvo lugar un mero 'alargamiento' del plazo o novación objetiva del mismo sino la resolución de la relación contractual anterior y la formalización de otra nueva. En relación con este último contrato, los precedentes informativos consisten en sendos correos de fecha 19 de abril y 21 de abril de 2010. La Actora pagó al Banco la cantidad de 16.500 euros como contraprestación por la firma del Contrato Confirmación de Opción sobre Acciones (cantidad resultante de 'netear' el pago de 437.500 euros por la cancelación anticipada del Contrato de 2007 y el cobro de 421.000 euros por la firma del nuevo contrato.

2) En la página 49, el Laudo indica:



En relación con este Contrato c) -el de 22.04.2010- y en concreto sobre el cumplimiento de las obligaciones informativas exigidas por la legislación en aquel momento en vigor, no existe rastro del contenido de una conversación telefónica como ocurrió en el caso del Contrato b) (aunque se alude a la existencia de esa conversación en el correo electrónico de 21 de abril al que a continuación nos referiremos) y sí existe:

Un correo electrónico del Banco (Sra. María Dolores) de 19 de abril de 2010 (documento 15 de la demanda) por medio del cual se indica al Sr. Luciano , de la parte Actora, que el coste del alargamiento es el siguiente:

'alargar el plazo Put KO 3y (19/07/2013) cliente paga, 1,65%'

Otro correo electrónico del Banco (Sr. Pelayo), dirigido al Sr. Luciano de la Actora, de fecha 21 de abril de 2010 (documento 16 de la demanda), en el que se alude a un cierre telefónico (de cuyo contenido no hay rastro, como hemos dicho ya), y donde se explica que la operación consistiría en cancelar el Contrato b) (contra un pago del cliente de 437.500 euros) y contratar una nueva operación (contra un abono a favor del cliente de 421.000 euros).

Es decir, aunque no se expresa así de manera clara y meridiana, el Cliente debía pagar 16.500 euros como contraprestación por la terminación del Contrato b) - de 09/07/2007- y la contratación del Contrato c) que lo sustituye.

3) En la página 84 del Laudo se recoge:

En segundo término, las Partes deben restituirse lo recibido de la otra; en este caso la Actora pagó una prima de 16.500 euros (diferencia entre el cargo por importe de 437.500 euros y el abono de 421.000 euros, ambos de fecha 26 de abril de 2010) a BBVA con la firma del Contrato c) que ha sido declarado nulo, cantidad que debe ser restituida por la Demandada a la Actora " .

Acto seguido -FJ 9-, el Laudo de 2 de diciembre de 2016 recapitula la posición sobre lo dicho en el Laudo impugnado acerca de la cuestión controvertida, entre otros, en los siguientes términos:

" En suma, el Árbitro entendió, y así lo explicó en el Laudo, que el coste para el Cliente de la firma del Contrato 'Confirmación de Opción sobre Acciones' de 22 de abril de 2010 ascendió a la suma de 16.500 euros, cantidad que, en consonancia con el contenido del Laudo respecto de dicho Contrato, se condenaba al Banco a reembolsar.

Fue el Banco y no el Cliente quien optó por instrumentar la reestructuración a través de la cancelación del primer contrato y la inmediata firma de un nuevo contrato (y no mediante una prórroga del anterior como hizo en 2013) y fue el Banco y no el Cliente quien optó por cobrar los 16.500 euros mediante el juego combinado de un cargo y simultáneo abono de dos cantidades, en la misma fecha valor -26 de abril de 2010-, cuyo neteo ascendía a la suma de 16.500 euros, que era el coste de la operación pactado a cargo del Cliente.

Que el Banco eligiera un procedimiento de cobro de los 16.500 euros (coste para el Cliente de la 'reestructuración') consistente en efectuar un cargo en la cuenta bancaria del Cliente por la suma de 437.500 euros, que el Banco aplicó a la cancelación del Contrato de 2007, y un inmediato abono por la cantidad de 421.000 euros en la misma cuenta, que el Banco aplicó a la firma del Contrato de 22 de abril de 2010, no puede ser utilizado para alzarse contra la conclusión a la que razonadamente llegó el Laudo: es decir, que el coste para el Cliente de la reestructuración instrumentada (por decisión del Banco) a través de la cancelación del contrato antiguo y la firma en el mismo día del contrato nuevo, ascendió a la referida cantidad de 16.500 euros, resultado del neteo del cargo y del abono por los importes arriba detallados " .

TERCERO .- Así delimitada la controversia, el análisis del motivo exige dejar constancia de algunos criterios jurídicos básicos que delimitan el alcance de nuestro enjuiciamiento.

Parámetros de enjuiciamiento.

Como tantas veces hemos dicho -recientemente, entre otras, en nuestras Sentencias 13/2015 , 27/2015 , 30/2015 , 31/2015 y 74/2015 y 42/2016 -, 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. 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 acción de anulación " no abre una segunda instancia, un " novum iudicium " en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " plenitud de jurisdicción " -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/ o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...*



Cierto que lo que antecede no excluye que el Tribunal que conoce de la acción de anulación pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE . También puede el Tribunal de anulación fiscalizar, *desde la perspectiva del control del orden público* , la motivación, en general, y la ponderación probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE . Como asimismo compete al Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

La esencia del **arbitraje** y del 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, 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).

En línea con lo que antecede, viene a cuento aquí reseñar -sin pretensión de exhaustividad- los *más elementales deberes de motivación* , cuya infracción *constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE* , tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática STC 147/1999 -*emblemática porque consagra una línea jurisprudencial conteste hasta la fecha, v.gr., entre muchas, SSTC 178/2014* , de 3 de noviembre, FJ 3, y **16/2016** , de 1 de febrero, FJ 5- , 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)".

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 del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión* ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE , confiere especial trascendencia a " **la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión** " , entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6).

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

Tampoco cabe desconocer -como pone de relieve la demandada- que el motivo de anulación invocado por el BBVA sí puede ser conectado -en alguno de sus alegatos- con la valoración probatoria efectuada por el Árbitro. Cuando esa ponderación arbitral del acervo probatorio vulnera el orden público, como causa de anulación del Laudo, se ha de determinar de acuerdo con los límites propios de la acción de anulación, que no es una segunda instancia, de modo que a este Tribunal no le compete volver a valorar la prueba, ni, en consecuencia, sustituir el juicio de hecho efectuado por el Árbitro, que ha presenciado su práctica y la ha valorado en su conjunto; por ello, tampoco cobija la acción de anulación pretensiones que no entrañen sino una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada, razonada y cabalmente, por el Tribunal arbitral. Ello no obstante, esta Sala ha declarado con reiteración -ya lo hemos dicho- que del ámbito limitado de la acción de anulación no se sigue que el Tribunal no pueda examinar la racionalidad de la valoración probatoria desde la perspectiva de la infracción del orden público.

Antes al contrario, es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho



a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014, en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, *salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva*".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC, si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, *en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental*" (Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los **AATS, 1ª, de 18 de febrero** (ROJ ATS 665/2013) y **8 de enero de 2013** (ROJ ATS 157/2013). En palabras de este último (FJ 1.b):

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

[...]

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

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

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

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

En estos o parecidos términos, recientemente, nuestras **Sentencias 19/2016**, de 16 de febrero (FJ 2) -roj STSJ M 1545/2016 -, **52/2016**, de 5 julio (FJ 3.B) -roj STSJ M 8114/2016 - y **69/2016**, de 2 de noviembre (FJ 4) -roj STSJ M 11928/2016 - y **17/2017**, de 7 de marzo (recaída en autos de anulación nº 79/2016).

Por último, en atención a la argumentación de la demanda de anulación tampoco está de más dejar constancia clara de que no reviste la menor duda -lo hemos señalado en las **SS. 52/2016, de 5 de julio**, FJ 4, roj STSJ M 8114/2016 - y **17/2007, de 7 de marzo**, FJ 4-, a la vista de conteste doctrina jurisprudencial, que la interdicción del enriquecimiento injusto, que a su vez es concreción de la prohibición del abuso de derecho, tiene el valor de un *auténtico principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico*; justamente por ello su infracción puede constituirse en causa de anulación del laudo por infracción del orden público. Cumple recordar en este sentido, entre muchas, la doctrina que recoge la **STS 602/2015, de 28 de octubre** (ROJ STS 4448/2015), sobre el enriquecimiento injusto, cuyo FJ 2 proclama:

Esta Sala ha declarado en torno al enriquecimiento injusto que:



1. De esta forma, su función de cláusula general de cierre también parece clara, pues si pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, si este se produce, entonces el alcance sistemático y complementador del principio permite que *la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución* (STS de 21 de octubre de 2005).

La doctrina jurisprudencial de esta Sala se mueve en esta dirección proclamando, a veces de modo explícito y terminante y otras de forma implícita, que *la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho* (entre otras las SSTs de 12 de enero de 1943 , 23 de noviembre de 1946 , 22 de diciembre de 1962 , 1 de diciembre de 1980 , 12 de julio de 2000 , 28 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2006).

Sentencia de 19 de julio de 2012, rec. 294 de 2010 .

2. *Ha de recordarse que para que exista un enriquecimiento realmente injusto y, por tanto, antijurídico, es preciso que se demuestre que alguien ha adquirido una utilidad que no provenga del ejercicio **sin abuso** de un derecho legítimo atribuido por un contrato , por una sentencia judicial o por un precepto legal (sentencias de 31 de octubre de 2.001 , 12 de diciembre de 2.000 y 19 de diciembre de 1.996 , entre otras).*

Sentencia de 5 de noviembre de 2004, recurso: 2896/1998 ".

Y en lo referente a la doctrina del abuso de derecho, la jurisprudencia es igualmente reiterada al "*afirmar que se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que delimitan el ejercicio de los derechos exigiendo, para ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación en el ejercicio del derecho a la que la Ley no ampara o concede cobertura alguna*" (v.gr., **STS 326/2015, de 17 de junio** , ROJ STS 3189/2015 , FJ 4). O, como dice la **STS 690/2012, de 21 de noviembre** (ROJ STS 9190/2012), en síntesis de doctrina jurisprudencial ya clásica (FJ 8):

"Esta Sala ha reiterado que para apreciar el abuso del derecho es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la **inmoralidad o antisocialidad de ese daño** , manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "animus nocendi"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (sentencias 455/2001, de 16 de mayo , y 722/2010, de 10 de noviembre), ya que, en otro caso, rige la regla "*qui iure suo utitur neminem laedit*" [quien ejercita su derecho no daña a nadie].

Aplicación al caso.

A modo de conclusión anticipada: la sola lectura de los argumentos contenidos en el Laudo revela, de un modo patente, que su discurso no incurre en contradicciones internas, ni en arbitrariedad o sinrazón alguna al valorar la prueba practicada, ni vulnera reglas imperativas, ni propicia -antes al contrario- el menor enriquecimiento injusto de la demandada.

De entrada, el Árbitro no contraviene las premisas de hecho y de Derecho sobre las que asienta su discurso: la circunstancia, por nadie discutida, de que los Contratos de 2007 y 2010 sean distintos no se opone, ni lógica ni jurídicamente, a que la cancelación del primero esté vinculada a la coetánea firma del segundo, en una operación calificada por empleados del Banco como "alargamiento" y por el Árbitro como "reestructuración". Y todo ello en un contexto que no cabe ignorar -amén de ser reconocido, v.gr., § 34 de la demanda-: la renuncia de 10 de marzo de 2007 -doc. 14 de la demanda-, por la cual MONTAJES desiste del procedimiento ordinario y de medidas cautelares incoados para la anulación, entre otros, del Contrato de 19 de julio de 2007, al tiempo que renuncia a la acción ejercitada.

La valoración de la prueba que, en tal sentido, efectúa el Árbitro es, desde los límites que marcan nuestro enjuiciamiento, irreprochable: nada hay de ilógico ni de arbitrario en la fijación como cierto de que el cargo de 437.500 ? y el simultáneo abono de 421.000 ? son el modo en que el Banco instrumentó la suscripción del Contrato de 22 de abril de 2010. Esa convicción está más que justificada sobre la base de documental que expresamente detalla en qué consistía la "operación": cancelar el Contrato b) y contratar uno nuevo, con referencia explícita a un cargo y a un abono tan vinculados que se efectúan con la misma fecha valor. Es más, si alguna ligera objeción de tipo formal cupiera oponer a los argumentos del Árbitro sería la referencia a que concluye lo que concluye sobre el coste de la reestructuración -16.500 ?- "*aunque no se exprese de manera clara y meridiana* ": así, sin ánimo exhaustivo, es manifiesto el correo electrónico de 19.4.2010 -que el Árbitro pondera-, cuando se refiere a que *el cliente paga por el alargamiento el 1,65%* , si se repara en que el importe nominal de la operación es de 1.000.000 de euros.



Y qué decir, a la luz de lo expuesto, de la pretendida vulneración del art. 1303 CC y de la interdicción del enriquecimiento injusto. En primer lugar, justificar la devolución de 421.000 € abonados a la firma de un contrato que se declara nulo, por oposición al no reintegro de un cargo -437.000 €- plenamente asumido por MONTAJES al cancelar un contrato que se dice válido, significa desconocer tanto lo declarado probado sobre la vinculación entre ambos apuntes contables, como el contexto y la realidad misma de la operación de reestructuración que se lleva a efecto y que también se declara probada sin sombra alguna de arbitrariedad: no se trata tanto de partir de la validez del Contrato de 2007 cuanto del hecho de que MONTAJES desiste del proceso sobre su nulidad y renuncia a la acción acerca de la misma. Insistimos: la no devolución de 421.000 € en aplicación del art. 1303 CC no contraviene la declaración de nulidad del Contrato en cuya virtud se abona esa "prima", una vez que se acredita la razón de ser o causa de ese pago por el Banco, y su vinculación con el simultáneo cargo al cliente de unos costes de cancelación anticipada, cuya compensación entraña, en realidad, el coste para MONTAJES del Contrato que sucede al cancelado y que reestructuraba su relación financiera con el Banco.

A lo que aún hemos de añadir, a mayor abundamiento, que se hace difícil explicar qué causa lícita -que no sea expresión, ésta sí, de un enriquecimiento injusto- puede llevar a renunciar a una acción de anulación -la del Contrato de 2007-, desistiendo de un proceso judicial con cautelares adoptadas-, si ello había de suponer el pago de unos costes de cancelación anticipada tan elevados como 437.500 € -sobre un importe nominal de un millón de euros-, sin que resultase a su vez vinculada dicha renuncia a una nueva contratación con las prestaciones que refleja el Contrato de 2010 y, entre ellas, la prima de 421.000 €.

El motivo es desestimado y, con él, la demanda de anulación.

CUARTO .- Rechazadas totalmente las pretensiones de la demanda, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandante las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo de 2 de noviembre de 2016 -cuya corrección, aclaración y complemento es desestimada por Laudo de 2 de diciembre de 2016-, que dicta D. Javier Gaspar Pardo de Andrade en el procedimiento arbitral nº 2.719 de la CORTE DE **ARBITRAJE** DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y SERVICIOS DE MADRID, formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., contra MONTAJES MORELBA, S.L.; con expresa imposición a la demandante 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.