

## SWAPS

### *Infracción del orden público económico*

[STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Madrid, núm. 13/2015, del 28 de enero de 2015, recurso: 20/2014, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante.](#)

### **Anulación del laudo por infracción del orden público económico (Estimación) – Normas de orden público económico – Sobre el vicio en el consentimiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Anulación del laudo por infracción del orden público económico:** “(...) 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-. (...) 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 (...), **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 (...). 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 (...). 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. (...) 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 (...); 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. (...) 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.”

**Normas de orden público económico:** “Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su S. de 20 de enero de 2014, de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado "*orden público*", ha de incluirse el "*orden público económico* ", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección. (...) Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el principio general de buena fe en la contratación, (...) 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. (...) Conviene tener presente (...) la doctrina constatada (...) por la **Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 20 de enero de 2014** (...); doctrina muy clarificadora -en la línea de sentencias precedentes- para delimitar el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos, y ello desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros. (...) No es ocioso insistir (...) 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.”

**Sobre el vicio en el consentimiento:** “(...) 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 - (...) 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**".”

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*