

## CONTRATACIÓN TELEFÓNICA DE SWAP Y ESENCIALIDAD DEL COSTE DE CANCELACIÓN ANTICIPADA<sup>1</sup>

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 533/2015 de 3 diciembre (JUR 2015\307643)

*Alicia Agüero Ortiz*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 25 de enero de 2016*

### 1. Los hechos

Logifruit S.L. suscribió en octubre de 2008 un contrato de swap de tipo de interés con BBVA a tres años, fijándose un interés fijo del 4,20% y como interés variable el Euribor a tres meses, asimismo se pactó un nocional de 30.000.000 € el primer año, 20.000.000 € el segundo año y 10.000.000 € el tercer año. Las liquidaciones resultantes de las variaciones del Euribor eran pagaderas mensualmente, siendo las cinco primeras liquidaciones positivas a favor de Logifruit (un total de 163.324,17 €); sin embargo, a partir de abril de 2009 las liquidaciones fueron negativas para Logifruit sumando un total de 1.194.618,34 € hasta octubre de 2010.

La iniciativa de la contratación del swap provino de Logifruit sin tener como finalidad la cobertura de ningún préstamo ni ser consecuencia de un servicio de asesoramiento en materia de inversión por parte de BBVA.

La peculiaridad del caso radica en que la contratación se realizó de forma telefónica mediante una conversación mantenida entre el administrador único de Logifruit y un empleado del Departamento de Distribución de Derivados del BBVA. En las instalaciones de Logifruit asistieron a la *conference call* otro empleado de BBVA, la Directora de la sucursal de BBVA de referencia, y el Director financiero de Logifruit. A la contratación telefónica precedieron reuniones entre las partes e intercambio de emails. En la conversación se especificó el nocional, la fecha de inicio (10 de octubre de 2008), la periodicidad de las revisiones y liquidaciones, los tipos fijo y variable, así como que en 20 días se remitiría a Logifruit la confirmación del contrato siendo la orden irrevocable y sin posibilidad de desistimiento. Todos estos extremos fueron reformulados y afirmados por el administrador único de Logifruit. El coste de

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016).

cancelación anticipada no fue mencionado en la conversación telefónica, constando en uno de los emails intercambiados la siguiente información “*BBVA ofrece al cliente la posibilidad de cancelación anticipada de la presente operación. La cancelación anticipada de esta operación se realizará a valor de mercado y puede ocasionar al cliente una pérdida económica que implique un desembolso de dinero superior al posible beneficio obtenido hasta ese momento*”. Pues bien, el 27 de octubre de 2008 Logifruit recibió el documento de confirmación del contrato. Con todo, Logifruit remitió un burofax a BBVA el 13 de noviembre de 2008 el que manifestaba que no aceptaba la contratación, ante lo que BBVA respondió que el coste de salida anticipada era de aproximadamente 665.000 € que no fueron abonados, continuando la vigencia del contrato.

Así las cosas, BBVA interpuso demanda contra Logifruit ejercitando una acción de cumplimiento contractual en la que pedía que se condenara a aquella a abonar 1.194.618,34 € correspondientes a las liquidaciones negativas acumuladas. La mercantil formuló reconvención instando la declaración de inexistencia del contrato de swap por no haber sido objeto de confirmación por parte de Logifruit. Asimismo, se pedía subsidiariamente la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, como consecuencia del incumplimiento del banco de su deber de información.

El JPI declaró la nulidad por no haber constando confirmación de Logifruit y por concurrir error en el consentimiento pues, pese a concluir los conocimientos y experiencia previa del administrador único en la contratación de estos productos (inferida de la anterior contratación de swaps, del contenido de los emails, de la existencia de reuniones previas y de las distintas verificaciones de precios realizadas con diversas entidades), estimó que la falta de información concreta sobre el coste de cancelación era suficiente para viciar su consentimiento. La AP desestimó el recurso interpuesto por BBVA y confirmó la sentencia de instancia.

## **2. El fallo del TS**

### ***2.1. Sobre la confirmación del contrato***

BBVA recurrió la sentencia de apelación argumentando que, de conformidad con los arts. 1261, 1262 y 1278 CC y 54 CCom, el contrato había quedado perfeccionado mediante la conversación telefónica en la que concurrió oferta y aceptación, y se prestó el consentimiento de la demandante sobre todos los elementos esenciales del contrato. Adicionalmente, resalta que el art. 33 del RD 217/2008 (que contempla las obligaciones documentales de las ESIs en relación a órdenes telefónicas) no configura al documento de confirmación como requisito de validez o eficacia del negocio jurídico, ni como medio de expresión del

consentimiento. En fin, niega que la confirmación escrita sea un requisito formal de la contratación y que tenga una suerte de valor de desistimiento.

En concreto, el art. 33 RD 217/2008 establece que *“Las entidades dispuestas a aceptar órdenes recibidas por vía telefónica no escrita deberán establecer los medios necesarios para la identificación de sus ordenantes, así como disponer de cintas para la grabación de dichas órdenes; siendo necesario, no obstante, advertir previamente al ordenante de dicha grabación. Será necesaria, asimismo, la existencia de confirmación escrita de la orden por parte del ordenante, siendo admisible la utilización de cualquier medio escrito tales como telex, fax u otros similares. En cualquier caso, se entenderá confirmada la orden cuando el receptor de la misma comunique a su ordenante por cualquier medio escrito la ejecución y, en su caso, la liquidación de la misma según sus instrucciones y éste no manifieste disconformidad en el plazo que al efecto le indique la entidad, que no podrá ser inferior a quince días desde la recepción de dicha información por el ordenante”*.

Pues bien, el TS estimó los motivos, declarando que debe entenderse que el contrato se perfeccionó con el concurso de la oferta y la aceptación y, en concreto, desde que el administrador de Logifruit manifestó su aceptación telefónicamente. Resalta que el artículo 33 RD 217/2008 permite expresamente la contratación de productos financieros por vía telefónica, si bien impone ciertos deberes documentales a las ESIs como son el registro de las grabaciones y de la confirmación escrita. Sin embargo, el TS confirma que estos deberes no se han establecido como requisitos de forma *ad solemnitaten* sino, en su caso, *ad probationem*, siendo su finalidad la acreditación del consentimiento y el contenido del contrato. Por lo tanto, *“[S]u ausencia no determina la inexistencia o nulidad del negocio. En todo caso, si existiera alguna duda acerca de lo que fue objeto de contratación, la ausencia de estos registros operaría en perjuicio de la empresa prestadora de servicios de inversión que estaba obligado a llevar estos registros”*.

En conclusión, la confirmación escrita del negocio no constituye un momento concluyente del proceso de perfección del contrato que ya se produjo y finalizó telefónicamente con la aceptación de la oferta y, por ende, no puede interpretarse como una facultad de desistimiento inexistente en estos productos financieros (art. 10.1 Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

## ***2.2. Sobre el error en el consentimiento***

Con todo, el TS aprecia la concurrencia de error en el consentimiento de los demandantes al no haberse facilitado información sobre los costes aproximados de cancelación anticipada, considerando que tal información recae sobre un elemento esencial del contrato y, en particular, sobre los concretos riesgos del producto financiero. Así pues, concluye que *“[L]a ausencia de esta información, cuando se ofrece expresamente la posibilidad de cancelación anticipada, en una operación financiera que durante un periodo largo de tiempo (3 años) se somete a las fluctuaciones del mercado, podemos entender que afecta a un elemento esencial y es susceptible de propiciar el error en el cliente sobre este aspecto. Este error, además de ser sustancial, en cuanto que bajo el conocimiento de las condiciones de cancelación no hubiera concertado el producto, era excusable en atención a los especiales deberes de información que el art. 79 bis 3 LMV impone al banco al comercializar este tipo de productos financieros complejos”*. Nada se toma en consideración en relación con la experiencia y conocimientos en materia de inversión del administrador único de la sociedad al evaluar la excusabilidad del error.