

Roj: STS 5255/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5255
Id Cendoj: 28079110012015100683

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 43/2012

Nº de Resolución: 533/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo.

Es parte recurrida la entidad Logifruit S.A., representada por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María del Mar Ruiz Romero, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia, contra la entidad Logifruit S.L., para que se dictase sentencia:

"por la que estimando la demanda: - Previa declaración de vigencia del contrato de 8 de octubre de 2008, celebrado por Logifruit S.L. y BBVA, se declare que aquella ha incumplido las obligaciones que a su cargo derivaban de dicho contrato.

- Se condene a Logifruit S.L. al cumplimiento de las obligaciones derivadas del referido contrato.

- Se condene a Logifruit S.L., al pago de cuatrocientos seis mil cuatrocientos setenta y seis con sesenta y siete céntimos (406.476,67 #) correspondientes a las liquidaciones derivadas a los meses abril y septiembre de 2009 (ambos inclusive), así como también, en su caso, al pago del importe correspondiente a las liquidaciones que venzan desde la fecha de la presente, más los intereses legales de dichas cantidades desde la respectiva fecha de vencimiento de cada una de ellas."

2. El procurador Francisco Javier Frexes Castrillo, en representación de la entidad Logifruit S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente las pretensiones aducidas de contrario."

3. La representación procesal de la entidad Logifruit, S.L., formuló reconvencción y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"estimatoria de la reconvencción en la que se condene a la actora-reconvenida al pago a mi mandante de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y dos euros con cincuenta céntimos (69.872,50 euros) en concepto de devolución de cargos indebidos, más los intereses y gastos correspondientes desde la interposición de la reconvencción, y a aceptar apropiarse por BBVA, compensando saldos, las cantidades consignadas a su disposición, noventa y tres mil cuatrocientos cincuenta y un euros con sesenta y siete céntimos de euros (93.451,67 #) en concepto de devolución de los abonos indebidos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas por la presente reconvencción."

4. La procuradora María del Mar Ruiz Romero, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda reconvenicional y suplicó al Juzgado dicte sentencia:

"absolviendo a mi poderdante de todos los pedimentos de dicha sentencia, con expresa imposición de las costas a la demandante reconvenicional."

5. El Juez de Primera Instancia núm. 19 de Valencia dictó Sentencia con fecha 23 de marzo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra Logifruit, S.L. debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos obrantes en la demanda, con imposición de las costas causadas.

Que estimando la demanda reconvenicional interpuesta por la representación procesal de Logifruit S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de 69.872,50 euros en concepto de devolución de cargos indebidos, más intereses legales desde la interposición de la reconvenición, haciendo suyas el BBVA la cantidad de 93.451,67 euros consignada a su disposición, con imposición de las costas causadas."

Tramitación en segunda instancia

6. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 9ª de la Audiencia Provincia del Valencia, mediante Sentencia de 27 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA) contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 19 de Valencia en proceso ordinario 1730/2009, confirmamos íntegramente dicha resolución, imponiéndose las costas procesales de la alzada a la parte apelante.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

7. La procuradora Mar Ruiz Romero, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) *Infracción del art. 326.1 de la LEC .*

2º) *Error en la valoración probatoria llevada a cabo en la sentencia de apelación.*

3º) *Error patente en la valoración de la prueba practicada por la sentencia de apelación.*

4º) *Infracción por arbitrariedad en la valoración de la prueba, error patente y la valoración ilógica o absurda practicada por la sentencia de apelación.*

5º) *Infracción por valoración ilógica o absurda de la prueba practicada por la sentencia de apelación.*

6º) *Infracción del art. 316 de la LEC .*

7º) *Valoración ilógica o absurda de la prueba practicada.*

8º) *Infracción del art. 326.1 de la LEC .*

9º) *Error patente en la valoración de la prueba practicada.*

10º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC .*

11º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC .*

12º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC .*

13º) *Infracción del art. 218.2 de la LEC .*

14º) *Infracción por error en la valoración de los elementos fácticos, considerados individualmente y en su conjunto.*"

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) *Infracción del art. 1261, en relación con los arts. 1262 , 1091 y 1254 del Código Civil .*

2º) *Infracción del art. 1278, en relación con los arts. 1261 , 1262 y 1254 del Código Civil .*

3º) *Infracción de los arts. 1261 y 1278, en relación con los arts. 1262 y 1254 del Código Civil , así como en relación con el art. 33 del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión."*

8. Por diligencia de ordenación de 23 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; y como parte recurrida la entidad Logifruit S.A., representada por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 3 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

1º) *INADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de BBVA S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 27 de octubre de 2011, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 521/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1730/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Valencia, con pérdida del depósito constituido respecto del recurso extraordinario por infracción procesal.*

2º) *ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de BBVA S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 27 de octubre de 2011, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 521/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1730/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Valencia."*

11. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Logifruit S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2015, en que ha tenido lugar, y se prolongó en sesiones sucesivas.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 8 de octubre de 2008, el administrador único de Logifruit, S.L., Víctor , y un empleado del Departamento de Distribución de Derivados- Regional Este del BBVA, tuvieron la siguiente conversación telefónica:

«BBVA (D. Pedro Enrique) - "Le comento los términos para que quede grabada la conversación, ¿vale? Y ya está"

LOGIFRUIT (D. Víctor) - "Y ya está; eso es"

BBVA - "Exacto, bien. Fecha de inicio el 10 del 10 de 2008"

LOGIFRUIT - "Fecha de inicio el 10 de octubre, ¿fecha fin?"

BBVA - "Tres años; 10 del 10 de 2011. El nominal que vamos a cubrir el primer año son treinta millones"

LOGIFRUIT - "Eso es"

BBVA - "El segundo año veinte millones"

LOGIFRUIT - "Eso es"

BBVA - "Y el tercer año diez millones, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Eso es"

BBVA - "Vais a recibir el Euribor a tres meses con revisión trimestral y liquidación mensual, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Euribor a tres meses con liquidación trimestral y revisión mensual"

BBVA - "No, revisión trimestral y liquidación mensual"

LOGIFRUIT - "Vale"

BBVA - "¿Vale?. Y nos vais a pagar todos los meses un tipo fijo del 4.20"

LOGIFRUIT - "Y vamos a pagar un tipo fijo todos los meses del 4.20"

BBVA - "Exacto, Y se liquida por diferencias, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Eso es"

BBVA - "La sociedad con la que lo hacemos es LOGIFRUIT, S.L."

LOGIFRUIT - "Eso es"

BBVA - "Con C.I.F. B96582986, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Eso es"

BBVA - "Y estás de acuerdo entonces, ¿no?"

LOGIFRUIT - "Estoy de acuerdo"

BBVA - "Perfecto, vale, pues entonces la contratación es irrevocable y no cabe desistimiento ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Muy bien"

BBVA - "Ahora te comento, Víctor ; el contrato [la confirmación] te llegará en unos veinte días, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Contra en veinte días"

BBVA - "Pero la operación dala por contratada ya mismo, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Pero, ¿qué me has dicho, perdón?"

BBVA - "Sí, que, que, pero que la operación ya está hecha, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "La operación ya está hecha"

BBVA - "Ya está cerrada en mercado, ¿vale?"

LOGIFRUIT - "Muy bien, Pedro Enrique "

BBVA - "Perfecto. Víctor , pues nada, hablamos"

LOGIFRUIT - "Venga, muchas gracias"

BBVA - "Venga, un saludo"

LOGIFRUIT - "Hasta luego".»

En ese momento, en las instalaciones de Logifruit, S.L., presenciaron esta conversación Gervasio y Marí Juana , que eran respectivamente, un empleado de aquel departamento de distribución de derivados del BBVA y la directora de la sucursal del BBVA de Plaza de España. También estaba presente el director financiero de Logifruit, S.L., Leoncio .

En los días posteriores, BBVA remitió a Logifruit, S.L. el documento de confirmación del contrato, que estaba fechado el día 27 de octubre de 2008.

El 13 de noviembre de 2008, Logifruit, S.L. remitió a BBVA un burofax en el que manifestaba la no aceptación de la contratación y le requería para que no realizará ningún cargo ni abono en la cuenta bancaria. BBVA le contestó que si quería resolver el contrato debía pagar una cantidad aproximada de 665.000 euros.

La duración del swap era de tres años; el interés fijo del 4,20% y el interés variable Euribor a tres meses; se aplicaba sobre un notional de 30.000.000 euros el primer año, 20.000.000 euros el segundo y 10.000.000

euros el tercero; y las liquidaciones eran mensuales, debían pagarse los días 10, según las variaciones que experimentara el Euribor.

Durante los primeros cinco meses las liquidaciones fueron positivas, a favor de Logifruit, S.L. Las liquidaciones de 10 de noviembre y 10 diciembre de 2008 y 10 de enero de 2009 sumaban 93.451,67 euros, y fueron abonadas mediante una transferencia a una cuenta de Bancaja. Las liquidaciones de 10 de febrero y 10 de marzo de 2009, también a favor de Logifruit, S.L. fueron de 35.549,17 euros y 34.323,33 euros, respectivamente.

Desde abril de 2009 las liquidaciones fueron negativas para Logifruit, S.L., y hasta octubre de 2010 sumaban un total de 1.194.618,34 euros.

Logifruit, S.L. tenía suscritas con BBVA: ocho pólizas de préstamo, de fechas 27 de noviembre de 2002, 20 de abril y 17 de octubre de 2005, 14 de diciembre de 2007, y 13 de junio y 8 de octubre de 2008; dos pólizas de crédito en cuenta corriente a interés variable, de 21 de febrero de 2007 y 20 de febrero de 2008; y dos préstamos con derivado financiero implícito de 30 de mayo y 5 de octubre de 2007.

El swap objeto de contratación telefónica, el 8 de octubre de 2008, no guarda relación con la cobertura de ningún préstamo. La iniciativa de su contratación partió de Logifruit, S.L., para la cobertura de riesgos y no fue objeto de una labor de asesoramiento por parte de BBVA.

2. El pleito comenzó con la demanda de BBVA, que pretendía que se declarara la vigencia del contrato de swap de 8 de octubre de 2008 y su incumplimiento por Logifruit, S.L. Ejercitaba una acción de cumplimiento de contrato, en la que pedía la condena al pago de 1.194.618,34 euros, importe al que ascienden las liquidaciones del periodo comprendido entre el 8 de abril de 2009 y el 8 de octubre de 2009, más la suma que resulte de las liquidaciones posteriores.

Logifruit, S.L. formuló reconvencción, en la que pidió que se declarara la nulidad por inexistencia del contrato de swap de 8 de octubre de 2008, porque no sólo no había sido objeto de confirmación, sino que expresamente se había manifestado su disconformidad en el periodo legal previsto para las contrataciones telefónicas. Subsidiariamente, la reconvencción pedía la nulidad del contrato por error vicio en el consentimiento de Logifruit, S.L., como consecuencia del incumplimiento por parte del banco de su deber de información.

3. La sentencia de primera instancia desestima la demanda, como consecuencia de haber estimado la reconvencción. La sentencia aprecia que el contrato era nulo por inexistente, pues la contratación telefónica no fue confirmada por Logifruit, S.L.

La sentencia de primera instancia analiza también la acción de nulidad por vicio en el consentimiento. Al respecto, el juzgado entiende: «si se atienden a los estudios y capacitación del administrador, a la existencia de un departamento financiero en la empresa con intervención en los tratos preliminares de esta operación, a la contratación anterior de otro tipo de derivados, a los conocimientos que se desprenden de las propuestas por e-mail y a los conocimientos que mostraron en las reuniones previas, unido a la información que se haya obtenido del contraste de precios verificado con otras entidades, se concluye que Logifruit, S.L. comprendió al menos en lo básico en que consistía este producto financiero, conociendo antes de la conversación telefónica las características que fue contestando».

No obstante lo anterior, el juzgado considera que un elemento esencial del contrato era el cálculo y la entidad de los gastos de la cancelación anticipada, que no se mencionó en la conversación telefónica. Respecto de la misma, tan sólo consta entre la información precontractual que en un e-mail de 3 de octubre de 2008 se afirma: «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».

Razona el juez que el propio banco, el 26 de noviembre de 2008, cuando contestó a la pretensión de desistimiento del contrato, advirtió que el coste de cancelación en ese momento sería de aproximadamente 665.000. Más tarde, el 14 de enero de 2009 el coste sería de 993.000 euros, y el 13 de febrero de 2009, de 1.085.000 euros. Estos datos fueron suficientes para que el juzgado entendiera que la información precontractual suministrada por el banco sobre el coste de cancelación era genérica e insuficiente, pues no permitía hacerse una idea de las magnitudes del coste de cancelación, en la medida en que se decía que podía ser algo superior a las liquidaciones positivas, y sin embargo podía llegar a ser desproporcionadamente mucho mayor.

En consecuencia, la sentencia declara la nulidad del contrato, por ambas razones o causas de pedir, y condena al banco a abonar la suma de 69.872,50 euros.

4. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida. Analiza únicamente la declaración de nulidad o inexistencia por falta de consentimiento. Para ello, tiene en cuenta que el banco optó por la contratación del swap por vía telefónica, sujeta al RD 217/2008, y en concreto a las exigencias del art. 33, que el mismo menciona en la carta que dirigió al cliente para reclamar la confirmación. La Audiencia entiende que esta forma de contratación exigía la confirmación por escrito dentro de un periodo determinado de tiempo. Durante el mismo el cliente comunicó su negativa expresa a la confirmación. Por ello la sentencia de apelación entiende que el contrato no llegó a perfeccionarse.

5. Frente a la sentencia de apelación, el BBVA formuló recurso extraordinario por infracción procesal, que fue inadmitido, y recurso de casación, que sí fue admitido, y se articula en tres motivos.

Recurso de casación

6. *Formulación de los motivos primero, segundo y tercero*. El *motivo primero* se funda en la infracción de lo dispuesto en el art. 1261 CC, en relación con los arts. 1262, 1091 y 1254 CC, así como la jurisprudencia que los interpreta, al entender la sentencia recurrida que el contrato no se perfeccionó en la conversación telefónica de 8 de octubre de 2008 y que por ello es inexistente.

En el desarrollo del motivo se razona que, de acuerdo con la normativa que se denuncia infringida, existió pleno consentimiento al contrato de swap, por cuanto concurrió efectivamente el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conteniendo aquella oferta todos y cada uno de los elementos esenciales de esta clase de contratos y siendo esa aceptación pura y simple, perfectamente concordante con los términos de la oferta. Por ello, según el recurrente, al dar el consentimiento, el contrato es vinculante para las partes y despliega todos sus efectos.

El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 1278 CC, en relación con los arts. 1261, 1262 y 1254 CC, así como la jurisprudencia que los interpreta. La sentencia recurrida, al concluir que el contrato no se ha perfeccionado con la conversación telefónica de 8 de octubre de 2008, infringe el principio de libertad de forma contenido en el art. 1278 CC, y la jurisprudencia que lo interpreta.

El recurrente razona que la recta interpretación del art. 1278 CC conduce a considerar la conversación telefónica de 8 de octubre de 2008 como medio plenamente válido -en este caso verbal- para la constitución de una relación contractual. En esta comunicación telefónica se dio el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato, de forma verbal, por lo que quedó efectivamente prestado el consentimiento. Y, concluye, al concurrir todos y cada uno de los requisitos legalmente exigidos (art. 1261 CC), especialmente el consentimiento de las partes (art. 1254 CC), el contrato quedó definitivamente perfeccionado.

El *motivo tercero* se funda en la infracción de los arts. 1261 y 1278 CC, en relación con los arts. 1262 y 1254 CC, todos ellos del Código Civil, así como en relación con el art. 33 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

En el desarrollo del motivo, después de analizar el objeto y la naturaleza de la exigencia de confirmación contenida en el art. 33 del RD 217/2008, el recurrente razona que el documento de confirmación no se configura como una suerte de requisito de validez o eficacia del negocio, ni como medio o vehículo de expresión del consentimiento, ni, por descontado, como sustituto del consentimiento negocial. La eventual disconformidad no puede ser interpretada como una facultad de desistimiento o desvinculación unilateral por parte del cliente. Y, en todo caso, esta normativa se aplica a órdenes de compra y no a contratos.

Procede estimar los tres motivos, que analizaremos conjuntamente por estar todos ellos vinculados, por las razones que exponemos a continuación.

7. *Estimación de los motivos primero, segundo y tercero*. La contratación del swap litigioso se realizó en forma telefónica. Esta forma de contratación de productos financieros se encuentra afectada por las exigencias contenidas en el art. 33 RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Este art. 33, que lleva por rúbrica « Registro de órdenes de clientes sobre instrumentos financieros y registro de operaciones », en su apartado 1 prescribe que en este registro deberá conservarse:

« a) El ejemplar original de la orden firmada por el cliente o por persona autorizada de forma fehaciente, cuando sea realizada en modo escrito.

- b) La cinta de grabación, cuando la orden sea realizada en modo telefónico.
- c) El registro magnético correspondiente en el caso de transmisión electrónica ».

Y este mismo artículo prevé, además, para la contratación telefónica lo siguiente:

« 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 .»

Con motivo del recurso de casación se cuestiona cuándo se puede tener por perfeccionado el contrato en estos casos en que se acude a la vía telefónica y el valor de la confirmación escrita. A este respecto, se suscita también la cuestión de si la confirmación escrita es un requisito de forma y si tiene un valor de desistimiento. Necesariamente, aunque demos respuesta a cada uno de los tres motivos, debemos abordarlos conjuntamente.

8. Perfeccionamiento del contrato . Conforme a la actual regulación del art. 1262 CC y a la contenida en el art. 54 CCom , debemos entender que el contrato se perfeccionó con el concurso de la oferta y la aceptación, y en concreto desde que, sobre la base de la previa oferta del banco, el administrador de la sociedad Logifruit, S.L. manifestó su aceptación, por vía telefónica, el 8 de octubre de 2008.

Partiendo del principio de libertad de forma en la contratación (art. 1278 CC), no existe ninguna previsión normativa que impida la contratación de este producto financiero por vía telefónica. No sólo eso, sino que el propio RD 217/2008, de 15 de febrero, admite esta forma de contratación al regular en su art. 33 los deberes que se imponen a las empresas que prestan los servicios de inversión respecto del registro de las órdenes de compra o adquisición.

Habría que entender que, en relación con lo que constituyó la oferta del producto financiero, en este caso un swap, la operación se perfeccionó al prestar el cliente su consentimiento, por medio de su administrador.

Las exigencias de registro documental de la operación financiera concertada por vía telefónica, previstas en el art. 33 RD 217/2008 , constituyen deberes que se imponen a las empresas de inversión financiera, cuyo cumplimiento está bajo la supervisión de la autoridad competente (CNMV), con el consiguiente régimen administrativo de sanciones. Aunque estas exigencias tienen también una indudable incidencia en la contratación mercantil de estos productos financieros.

Las exigencias de registro de las grabaciones y de confirmación escrita no se han previsto como requisitos de forma *ad solemnitatem* , sino, en su caso, *ad probationem* , cumplen la función de permitir la acreditación del consentimiento y del objeto del contrato, esto es, qué fue lo que se contrató. Su 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 concreto, la exigencia de confirmación escrita no puede concebirse como un momento concluyente del proceso de perfeccionamiento del contrato. El contrato se perfeccionó con la aceptación de la oferta, manifestada en forma verbal y por vía telefónica, el día 8 de octubre de 2008. En la transcripción de la conversación se aprecia que el cliente expresamente manifestó su consentimiento a que a partir de entonces (8 de octubre de 2008) "la operación se tuviera por contratada". Sin perjuicio de que, según lo convenido, la fecha de inicio de los efectos del contrato fuera el día 10 de octubre de 2008.

9. La norma (art. 33 RD 217/2008) no regula las consecuencias de la falta de confirmación escrita, fuera de que entienda confirmada la orden cuando *« el receptor de la misma -la orden- 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 »* .

Aparte de este caso, es preciso determinar qué consecuencias respecto de la validez del contrato u operación financiera conlleva la ausencia de confirmación escrita.

El tribunal de instancia ha entendido que la ausencia de la confirmación escrita vicia de nulidad al contrato o la operación financiera. Ya hemos argumentado que la confirmación escrita no es un requisito de forma ad solemnitatem, cuya ausencia determine la nulidad. Tampoco se configura esta exigencia bajo el apercibimiento de ineficacia del negocio.

Y se entiende que no sea así, pues si se exigiera la confirmación escrita para el perfeccionamiento del negocio o como requisito de validez, se estaría concediendo al cliente la facultad de ratificar o denegar la contratación de un producto financiero respecto del que ya prestó su consentimiento, al aceptar la oferta, y en relación a ese momento preciso, que es cuando comienza a producir efectos el contrato. Esto sería equivalente a una facultad de desistimiento, que no cabe en estos casos por la naturaleza del producto objeto de contratación.

10. Al respecto, es muy significativo que en un ámbito de contratación más tuitiva del adquirente de estos productos financieros, como es la regulada en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la facultad de desistimiento se excluye respecto de operaciones como el swap.

El art. 10.1 reconoce al consumidor un derecho de desistimiento del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna, en el plazo de 14 días, que con carácter general empezará a correr desde el día de celebración del contrato.

Entre las numerosas excepciones que la ley prevé al derecho de desistimiento, está la contratación de « *servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de desistimiento* ». Y entre la enumeración de casos, que a modo de *numerus apertus* se contiene a continuación, se encuentran en el ordinal 8º los « *contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones (...)* ».

Luego, si la contratación a distancia de permutas financieras con consumidores está expresamente excluida del derecho de desistimiento, con mayor razón no cabe otorgar la eficacia del desistimiento a la denegación de la confirmación escrita en el caso de los no consumidores. Ni tampoco cabe configurarlo como el último eslabón del perfeccionamiento del contrato de adquisición, por la misma razón que no se permite al consumidor desistir de « *servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de desistimiento* »: los elementos esenciales de la permuta financiera en este caso dependen de las fluctuaciones de los tipos de interés, que se habrán producido en el periodo comprendido entre el día en que comienza a generar efectos (10 de octubre de 2008) y aquel en que se realice la confirmación escrita. Su denegación, a menos que responda a otras razones, como es que el contrato escrito sobre el que se requiere la confirmación no responde a la oferta sobre la que se prestó el consentimiento, equivaldría a un desistimiento posterior, improcedente.

En consecuencia, procede casar la sentencia y asumir la instancia. En concreto, una vez desechada la nulidad o inexistencia del contrato por falta de consentimiento, debemos resolver el recurso de apelación frente a la declaración de nulidad del swap por error vicio realizada por la sentencia de primera instancia, aspecto respecto del cual no se pronunció la sentencia de apelación, al confirmar la concurrencia de la primera causa de nulidad.

Nulidad por error vicio

11. La sentencia de primera instancia apreció la procedencia de la nulidad del swap por error vicio, porque no existió una información completa de los costes de cancelación.

En un supuesto similar al presente, en el que se discutía si podía haber error vicio respecto del coste de cancelación del contrato de swap, ya advertimos que «(l) a información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

»Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes

parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre).

12. En nuestro caso, consta que si bien en la conversación telefónica grabada no se hizo mención de la posibilidad de cancelación y su coste, en una de las comunicaciones previas, un e-mail de 3 de octubre de 2008 informaba al cliente de esta posibilidad de cancelación en los siguientes términos: «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».

Con ello, se ofrecía al cliente la posibilidad de cancelación, pero no se le informaba de forma adecuada de los riesgos reales en que podía incurrir el cliente al cancelar el swap. A lo sumo se afirmaba que la cancelación podía «ocasionar al cliente una pérdida económica que implique un desembolso de dinero superior al posible beneficio obtenido hasta ese momento». Esta afirmación no informa del eventual riesgo de los gastos de cancelación, pues estos se ha demostrado por el propio banco, en su escrito de 26 de noviembre de 2008, y por la testifical de los empleados del banco, que era no sólo ligeramente superior, sino desproporcionadamente superior. Así, frente a la primeras liquidaciones positivas (las liquidaciones de 10 de noviembre y 10 diciembre de 2008 y 10 de enero de 2009 sumaban 93.451,67 euros), el coste de cancelación a 26 de noviembre de 2008 era de aproximadamente 665.000 euros, a 14 de enero de 2009 de 993.000 euros y a 13 de febrero de 2009, de 1.085.000 euros. Con aquella oferta recibida en el e-mail del día 3 de octubre de 2008, el cliente difícilmente podía hacerse una idea cabal del coste de la cancelación.

13. En este caso, tampoco podemos negar que el conocimiento de este eventual coste de cancelación fuera esencial y relevante a la hora de concertar el swap, e inexcusable al existir un deber de información sobre los concretos riesgos del producto (art. 79 bis. 3 LMV), que incumplió el banco. De hecho, así se puso de manifiesto con ocasión del escrito en el que el cliente comunica al banco que no quiere confirmar la operación. En este escrito, de 13 de noviembre de 2008, Logifruit, S.L advierte que el banco no le había informado sobre los costes de la resolución anticipada. Y es a renglón seguido, en su contestación, cuando el banco concreta el coste de cancelación (665.000 euros). Para que pudiera entenderse correctamente realizada la información, debería haberse indicado, antes de concertar el swap, no después (al tiempo de instarse la resolución), el coste que en ese momento tendría la cancelación del swap, caso de haberse concertado, y la magnitud del riesgo. Esto es, debería informar aproximadamente del coste en el peor de los escenarios.

La 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.

La consecuencia de todo lo anterior es que, finalmente, se tenga por desestimado el recurso de apelación de BBVA, porque se ha confirmado el fallo de la sentencia de primera instancia (la declaración de nulidad del swap y los consiguientes pronunciamientos de condena), aunque la causa de la nulidad sea la segunda invocada en la reconvención, que también fue apreciada por la sentencia de primera instancia como argumento de refuerzo.

Costas

14. Estimado el recurso de casación formulado por BBVA, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

Como a la postre ha sido desestimado el recurso de apelación, imponemos las costas a la parte apelante (art. 398.2 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Estimar el recurso de casación formulado por la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 27 de octubre de 2011 (rollo



núm. 521/2011), que conoció de la apelación formulada contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia de 23 de marzo de 2011 (juicio ordinario núm. 1730/2009).

2º Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Valencia de 23 de marzo de 2011 , cuyo fallo confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

3º No hacer expresa condena de las costas generadas por el recurso de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ