

Roj: SAP TF 876/2011
Id Cendoj: 38038370032011100227
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Santa Cruz de Tenerife
Sección: 3
Nº de Recurso: 169/2011
Nº de Resolución: 210/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: LUIS JAVIER CAPOTE PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidenta (por sustitución)

Da. Macarena González Delgado

Magistrados

Da. María Luisa Santos Sánchez

D. Luis Javier Capote Pérez (Ponente-Suplente)

En Santa Cruz de Tenerife, a dos de mayo de dos mil once.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresadas, en grado de apelación, el recurso interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, en autos de Juicio Ordinario no 2.075/2009, seguidos a instancias de la Procuradora Da. Rocío García Romero, bajo la dirección del Letrado D. Edmundo Lorenzo González Álvarez en nombre y representación de Yates Dalondra S.L.U., contra el Banco de Santander S.A., representado por la Procuradora Da. Cristina Togores Guigou, bajo la dirección del Letrado D. Manuel Gallego Águeda; han pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la presente Sentencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Javier Capote Pérez, Magistrado-Suplente de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos y por el referido Juzgado se dictó Sentencia de fecha nueve de julio de dos mil diez , cuya parte dispositiva, -literalmente copiada-, dice así: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda deducida por la procuradora Da. Rocío García Romero, en nombre y representación de la entidad mercantil Yates Dalondra, S.L. U., defendida por la D. Edmundo González Alvarez contra la mercantil Banco Santander, representado por la procuradora Da. Cristina Togores Guigou y defendido por el letrado D. Manuel Gallego Águeda, debo declarar nulo el documento denominado confirmación de permuta financiera de interés suscrito entre las partes por vicio en el consentimiento prestado por la actora con la obligación de devolución recíproca de los beneficios con los intereses legales en virtud de la nulidad; y ello con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada; tramitándose conforme a lo previsto en los *artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , presentando escrito de oposición la parte contraria, remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial, con emplazamiento de las partes por término de treinta días.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente

Rollo, y se designó como Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada-Presidenta Da. Pilar Muriel Fernández-Pacheco; personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora Da. Cristina Togores Guigou, bajo la dirección del Letrado D. Manuel Gallego Águeda, la parte apelada se personó por medio de la Procuradora Da. Rocío García Romero, bajo la dirección del Letrado D. Edmundo Lorenzo González Álvarez; señalándose para votación y fallo el día veintiocho de marzo del corriente año, en el que fue sustituida la Ponente, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Suplente D. Luis Javier Capote Pérez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente asunto tiene su origen en la demanda de juicio declarativo ordinario que la ahora oponente interpuso contra quien en esta instancia ocupa la posición de apelante. La actora manifestó que alrededor de mayo de 2008, las partes celebraron un contrato denominado "marco de operaciones financieras" cuyo objeto era la regulación de la relación negocial a surgir entre los contrantes, como consecuencia de la realización de una serie de operaciones financieras de posible realización. Posteriormente, en fecha de 16 de mayo del mismo año 2008, celebraron un segundo contrato que había de estar reglado por el anterior, denominado de permuta financiera de tipo de interés o "SWAP flotante bonificado" por un importe nominal de 1.500.000 euros. El clausulado de ambos contratos, anadía la demandante, era ininteligible, pues estaba redactado en un lenguaje técnico y, según su opinión, solamente apto para especialistas en materia financiera, lo que motivó una interpretación errónea por su parte de lo que eran las obligaciones que para uno y otro contratante dimanaban del acuerdo. Creía la actora haber suscrito una suerte de seguro que cubriera las fluctuaciones del EURIBOR, con el fin de protegerse de los incrementos del tipo de interés, y así entendió las explicaciones que de contrario se le expresaron durante la fase de negociación precontractual. Sin embargo, habiéndose ofrecido el producto financiero a la demandante durante un período de constantes subidas del EURIBOR, no se le informó de las consecuencias que podía tener una fluctuación a la baja, pues había adquirido algo que solamente podía ser definido como de alto riesgo. Mientras la conocida cláusula de estabilización se mantuvo al alza, la demandante recibió de la demandada pagos periódicos que rondaban los 600 euros, pero cuando aquélla entró en barrena las posiciones de acreedor y deudor se invirtieron, produciéndose cargos a la cuenta de la actora con carácter trimestral que rondaban los 12.000 euros. Considerándose víctima de un engaño y un abuso y entendiendo que aquellos contratos en nada la protegían, vino a solicitar a través de la demanda la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés y subsidiariamente, la moderación de la cobertura mediante la reducción del riesgo soportado y la rehechura de las liquidaciones producidas así como la resolución del citado vínculo contractual con efectos del 7 de agosto de 2009, amén de la expresa imposición de costas.

Frente a la demanda interpuso la recurrente escrito de contestación y oposición, en el que vino a indicar, en primer lugar, que no era posible la nulidad solicitada de contrario, pues se fundaba en la vulneración de unas normas imperativas contenidas en el Derecho de los Consumidores el cual, siendo las partes contratantes empresarias en el ejercicio de su actividad, no era de aplicación en el presente caso. Además, indicó que la actora conocía perfectamente la naturaleza jurídica del contrato que suscribía, así como el contenido del mismo, siendo además una sociedad anónima cuya facturación es elevada y está acostumbrada al uso de productos financieros de ese pelaje. Indicó además que la demandante había superado una suerte de examen de conveniencia de personas jurídicas, el cual indicaba su aptitud para la contratación de productos como el que aquí nos ocupa, así como su conocimiento de los riesgos de la operación. No hubo pues, en opinión de la contestante, ni engaño por su parte ni error por la parte contraria. Manifestó además que el contrato marco no había sido elaborado por ella, pero que había pasado por una serie de controles administrativos -citándose expresamente al Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores- lo que era garantía de su conformidad a Derecho. Concluyó señalando que, respecto del contrato de permuta financiera, su contenido era claro y que la demanda que se interponía era consecuencia de una imprevisible variación de las circunstancias económicas, pues mientras los efectos del acuerdo fueron favorables no se había producido reclamación alguna. Consecuentemente, solicitó la desestimación de la demanda.

La sentencia que ahora se recurre vino a tratar la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, indicando que se trataba de un acuerdo consistente en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés, limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contrante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Anadió además que, por la condición de mercantiles de ambas entidades contrantes, no era posible aplicar al contrato la legislación en materia de defensa de los consumidores, para luego entrar a valorar la cuestión de la posible nulidad. En este punto, el

órgano juzgador de instancia indicó que la norma reguladora de la actuación de las partes era la *Ley 24/1988, de 28 de febrero, del Mercado de Valores*, la cual contiene una serie de medidas cuyo sentido viene dado por la protección de los inversores, en un mercado cada vez más variopinto, complejo y tecnificado. En aplicación de la citada normativa, recordó la resolución que la demandada tenía para con la actora una importante obligación de información, al ser ésta un cliente minorista. Indicó además que, era efectivamente el contrato de permuta financiera un producto de alto riesgo sometido a factores aleatorios y especulativos como la fluctuación del EURIBOR, extremo éste que era conocido por cualquier profesional del campo de las finanzas. No constando que la demandada pusiera toda esta información en conocimiento de la demandante, concluyó el órgano juzgador de instancia indicando que los datos obrantes en poder de esta última eran claramente insuficientes. Entendiendo consecuentemente que se habían cumplido los requisitos del error como vicio del consentimiento, estimó íntegramente la petición principal de la demanda.

Contra la resolución resumida en el párrafo anterior interpuso la contestante recurso de apelación, basándose en los siguientes argumentos:

Primero.- Que no se había faltado al deber de información para con la actora, recalcando nuevamente el íter de sus relaciones contractuales.

Segundo.- Que no se daban los requisitos exigidos para que se diera el error como vicio del consentimiento y la consecuente anulabilidad del contrato, no resultando tampoco probado, pues entiende que el clausulado del conflictivo acuerdo era diáfano.

Consecuentemente, solicitó la revocación de la sentencia de instancia, la desestimación de la demanda y el levantamiento de la condena en costas.

Frente a este recurso presentó la actora escrito de oposición, indicando que la afirmación expresada de contrario sobre el deber de información suponía el reconocimiento implícito del mismo, siendo una obligación que era carga de quien la sufría la demostración de su cumplimiento conforme a las reglas de la *lex artis*. Manifestó además que por su condición de comerciante minorista, la *Ley del Mercado de Valores le otorgaba en su artículo 78 BIS* la máxima protección en el ámbito financiero. Remarcó nuevamente que el clausulado del contrato resultaba ininteligible y consecuentemente, engañoso. Además, restó valor probatorio al examen de idoneidad financiera que había superado. Concluyó solicitando la desestimación del recurso y la expresa condena en costas.

SEGUNDO.- El elemento central del presente proceso no es otro que el controvertido contrato de permuta financiera de tipo de interés. Estos productos, como indica acreditada doctrina procesal, como consecuencia de la crisis financiera, hace ya años que (...) vienen siendo objeto de especial estudio por nuestros Tribunales. Los operadores jurídicos indican además que es uno de los temas más de moda en el Derecho bancario contencioso actual, pues en menos de un par de años un contrato bancario sólo conocido en España por sectores muy concretos de la doctrina mercantilista, altamente especializada en Derecho bancario transnacional de origen internacional y con nula praxis jurisprudencial, ha pasado a presentar un nivel de litigiosidad desconocido y a convertirse en la estrella de los contenciosos en materia de Derecho bancario. Como indica Ruiz de Villa, sin duda alguna a tal circunstancia han coadyuvado varios factores, que han venido a constituir un cóctel perfecto que ha avivado las llamas de tal litigiosidad: En primer lugar, una exitosa política comercial de las entidades financieras españolas, que, sin sólo anuncio en ningún medio de comunicación, con motivo del incremento de los tipos de interés experimentados en el mercado crediticio en general y en el mercado hipotecario en particular, a partir del año 2006, hicieron ver a un importante sector de su clientela que les convenía concertar contratos que les permitiesen intentar atemperar el impacto en sus economías, ya domésticas ya empresariales, de esa entonces parecía que imparable ascensión de los tipos de interés (...) En segundo, lugar, el también brusco descenso experimentado por los mismos tipos de interés en un también breve espacio de tiempo, que incidió en que los mismos alcanzasen mínimos históricos hasta ese momento desconocidos en la práctica bancaria española. En tercer lugar, la crisis financiera y económica internacional y nacional desencadenada al final del verano de 2008 y gestada prácticamente al mismo tiempo en que el euribor había experimentado su escalada. (...) esos (...) elementos hicieron primero, que se concertase un número desconocido de permutas de tipos de interés o swaps, pues la clientela bancaria, los hoy denominados usuarios de servicios financieros, eran terreno abonado para ello; se dejaron llevar por la ilusión de unos años de aparente éxito económico y por la creencia de una escalada de tipos de interés, para poco después darse de bruces con la realidad de una crisis fortísima, desconocida en las últimas décadas respecto de las que se tenía recuerdo directo, y una lucha coordinada de todos los Estados para reducir tipos de interés al objeto de evitar el colapso financiero mundial. Todo ello es lo que ha conducido: a) de un lado, a un incremento exponencial de los concursos en España, donde uno de los debates ha sido y sigue siendo el de la calificación concursal

de los créditos bancarios derivados de los contratos de permuta financiera de tipos de interés; b) y, de otro lado, la búsqueda por parte de los desesperados clientes de mecanismos jurídicos que les permitiesen zafarse de unos contratos de permuta financiera que, por mor de la rebaja de tipos, se les habían convertido en una pesada losa, que tras unos pocos meses, en el mejor de los casos, de obtención de beneficios, habían trocado las canas en lanzas y les generaban y generan, en cada liquidación periódica, pérdidas y más pérdidas. Es este segundo supuesto el que afecta al caso que nos ocupa.

El contrato de permuta financiera se engloba además en lo que la doctrina mercantil -Ferrando Villalba- plantea como el resultado de una contratación tan singular como es la financiera. La contratación en el mercado financiero es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos. Las entidades financieras se encuentran, por lo general, en una situación de superioridad frente a sus clientes, dado que disponen de mayor información para gestionar sus intereses en este mercado y también para asesorar o recomendar a los clientes la contratación de unos u otros productos financieros. Los clientes, por otro lado, confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación, por lo general, duradera, lo que conlleva que el cliente medio se fíe de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, sin confirmar la cualificación profesional del empleado, y sin consultar otras fuentes externas antes de proceder a la contratación sugerida o recomendada. Profesionalidad y confianza son, por lo tanto, dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, lo que conlleva a su vez la exigencia de un estricto deber de información. El cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro. Consecuentemente, hay que entender que la obligación de informar de forma clara, veraz y completa forma parte del objeto del contrato, ostentando la condición de acreedora la persona que recibe el servicio y la de deudora la entidad financiera que lo presta.

Dicha obligación se engloba dentro de un negocio jurídico que, según dictamina la SAP Asturias 25/2010, de 27 de enero, se trata contrato atípico, pero lícito al amparo del *art. 1.255 C.C.* y 50 del C. Comercio, importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiene de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del *art. 1.799 Código Civil* atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. Tal es, pues, la naturaleza jurídica del contrato que aquí nos ocupa.

TERCERO.- En el recurso presentado, la entidad apelante estructura su argumentación reiterando nuevamente las afirmaciones presentadas en el escrito de contestación a la demanda, como fundamento de lo que, entiende, es un erróneo fallo por parte del juzgador de instancia a la hora de anular el contrato con causa en un error que, entiende, ni está acreditado ni puede estimarse de oficio ni es consecuencia del incumplimiento del deber de información en la fase precontractual. La recurrente se reafirma en su estrategia original, sin aportar elementos que indiquen objetivamente error alguno en la interpretación de los hechos probados por parte del órgano juzgador, con lo que no está de más recordar, como hace la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección Primera) 309/2008, de 7 de julio, que lo que plantea la entidad apelante no es la demostración de una interpretación arbitraria y / o absurda de las pruebas aportadas, sino el desencanto por el hecho de que el Juzgador de instancia no haya inclinado la balanza a su favor, imponiendo en consecuencia un fallo que en modo alguno le satisface.

La sentencia recurrida reconoció a la demandada que, efectivamente, no eran de aplicación las normas invocadas de contrario derivadas de la legislación protectora de los consumidores. Sin embargo, aplicó al contrato las reglas contenidas en la *Ley del Mercado de Valores*, que en su artículo 79 establece que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en

interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Entendió además que la oponente era una entidad minorista, en base a lo establecido en el *artículo 78 BIS de la citada Ley*, con lo que los deberes de diligencia, transparencia e información para con ella se tornaban más fuertes.

Si nos centramos en el deber de información, vemos que el *artículo 79 BIS de la Ley del Mercado de Valores establece que 1*. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no enganosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. Una mirada al clausulado del contrato entre las partes permite comprobar que su significación es calificable con muchos adjetivos, pero ciertamente, no con el de inteligible. Así pues, el grado de dificultad en el entendimiento de un contrato aumenta el nivel de exigencia de información hacia la entidad financiera que lo ofrece, conformándose una obligación donde la diligencia no se mide por el rasero general de un buen cabeza de familia, sino por la más especializada y estricta medida de la *lex artis* o pericia del profesional en el ejercicio de su arte. Como bien indica la sentencia de instancia, nada permite entender probado, siquiera inducido, que la recurrente cumpliera en tales términos con el deber de información y de hecho, el escrito presentado en apelación persiste en la línea argumental según la cual el contrato es claro en su contenido y la otra parte se halla dotada del nivel de sabiduría y experiencia necesarios para comprenderlo. Sin embargo, no puede este Tribunal dar un pronunciamiento distinto del sentenciado en la instancia anterior, por cuanto la interpretación de los hechos y la propia naturaleza de las operaciones financieras que aquí se tratan imponen un nivel de exigencia para quien las oferta, en lo referente a la información que ha de darse a los receptores y potenciales aceptantes del ofrecimiento que en el caso que aquí tenemos entre manos no aparece acreditado. El defecto en la información es, pues, la causa de una visión distorsionada de la realidad, la cual es la definición clásica del error en tanto que vicio del consentimiento y motivo de anulabilidad del contrato afectado.

CUARTO.- Por lo que al error se refiere, dicen las SsTS de 5 de marzo de 1960 y de 29 de diciembre de 1978 que cuando los contratantes actúan por error se rompe la unidad del mutuo consentimiento al no corresponder lo que quieren con error a lo que querían sin él. Como plantea la doctrina civil -valgan como ejemplo Lacruz Berdejo y Rivero Hernández- cuando en la decisión de los contratantes interviene el error es evidente que el acuerdo alcanzado es defectuoso y que debe poder impugnarse en todos aquellos supuestos en que el ordenamiento, valorando típicamente las circunstancias de la experiencia corriente, considera que la distinción que se genera no debe subsistir más que cuando los interesados se conforman con soportarla. Por su trascendencia anulatoria, el error ha de ser interpretado y tenido en cuenta en los estrictos términos marcados por el Derecho positivo, que a través del *artículo 1266 del Código Civil, cuyo parrafo primero* recuerda que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Para el caso que nos ocupa, estamos ante un error que afecta al objeto del contrato, entendiendo como tal tanto la sustancia de la cosa sobre la que recaen los efectos de aquél (error in substantia) como cualesquiera condiciones o cualidades de la misma (error in qualitate) y abarcando también la incorrecta apreciación de las circunstancias de las prestaciones, que es lo que, según se deduce de las pruebas aportadas durante el proceso, ha acontecido en el caso que nos ocupa.

Tradicionalmente se han exigido tres requisitos para que el error tenga trascendencia anulatoria:

Primero.- Esencialidad: esta característica viene claramente expresada en el mentado *artículo 1266 del Código Civil* y se ha entendido por la Jurisprudencia - SsTS de 4 de enero de 1982 y de 12 de febrero de 1985, entre otras- como la existencia de un nexo causal entre el error la finalidad pretendida a través del contrato. En el asunto que nos ocupa se comprueba que la intención de la oponente era contratar un producto financiero que la pusiera a buen resguardo de las veleidades e incertidumbres del mercado, algo que, como se vio posteriormente, no se dio.

Segundo.- Excusabilidad: esta característica establece que el error no pueda ser salvable con un nivel de diligencia normal, como consecuencia de los principios de autorresponsabilidad y buena fe de las partes del contrato (STS de 28 de septiembre de 1996). En el caso que aquí se trata, se ha podido comprobar y así razona la sentencia impugnada, que solamente fue consciente de la situación la entidad

actora cuando el contrato ya estaba celebrado y desplegaba sus efectos bajo una nueva situación económica.

Tercero.- Reconoscibilidad: esta característica determina que el error pueda ser apreciado de contrario con un nivel de diligencia normal. Como dice la Jurisprudencia - SsTS de 5 de marzo de 1960 y de 30 de septiembre de 1963 - si el error de uno de los contratantes puede ser advertido por el otro, éste tiene que soportar eventualmente la impugnación del contrato por parte del que yerra. En el asunto que nos ocupa, constatamos, como también hace el órgano juzgador de instancia, que la recurrente, al no acreditar el cumplimiento del deber de información establecido en los términos de la Ley del Mercado de Valores, no solamente es capaz de identificar en la oponente el error, sino que además, dado que éste viene producido a consecuencia de la omisión de unos datos que es imperativo revelar, lo aleja de la categoría del error autoinducido y lo acerca a la del heteroinducido, esto es, a la del dolo. Ciertamente es que, tradicionalmente, el Derecho de Contratos clásico ha admitido la posibilidad de un cierto *dolus bonus*, tendente a exagerar las virtudes de un producto en aras de su colocación en el mercado. Sin embargo, la propia naturaleza de los productos financieros como esta singular permuta que se ha visto aquí, así como la propia regulación del mercado de valores imponen, como también se ha visto, un nivel de rigor en la información prestada que no admite tales juegos publicitarios. Consecuentemente, hay que concluir indicando, como en el Fundamento Jurídico precedente, que no corresponde revocar la sentencia impugnada.

QUINTO.- En materia de imposición de costas, distingue el *Artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* dos criterios, que se encuentran en función de la índole de condena: si fuere total, rige el criterio del vencimiento atenuado, en tanto que, si fuere parcial rige el proporcional, conforme al cual cada parte sufragará las costas que haya causado. El criterio general de imposición del citado precepto es el del vencimiento atenuado, que constituye el máximo exponente o indicador de la teoría de la causalidad en el proceso y, en tal contexto, cabe afirmar que el sistema actualmente vigente viene a consagrar, en palabras de acreditada doctrina procesal, una presunción según la cual quien resulta vencido en juicio es quien, con su actitud, causó el proceso, careciendo de razones para fundamentar su pretensión. Dicho criterio del vencimiento, tal y como señala el *Artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ha de ser aplicado cuando se estime o desestime íntegramente la demanda (en este sentido, pueden verse las SsTS de 22 de enero de 2004 y de 16 de julio de 2003).

La desestimación del recurso lleva aparejada la condena del apelante al pago de las costas de esta instancia (*Art. 398 Ley de Enjuiciamiento Civil*).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación formulado por por la Procuradora Da. Cristina Togores Guigou y dirigido por el Abogado Manuel Gallego Águeda, en representación de Banco de Santander, S. A.

SEGUNDO.- Confirmar la sentencia dictada el 9 de julio de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia no 2 de Santa Cruz de Tenerife, en Autos de Juicio Ordinario no 2075/2009.

TERCERO.- Condenar al apelante al pago de las costas de esta instancia.

Procede la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en la *disposición adicional 15a de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, anadida por la *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre*, complementaria de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, la presente resolución, recaída en un juicio ordinario tramitado por razón de la materia, es susceptible de los recursos extraordinarios de infracción procesal -*artículos 468 y siguientes*, en relación con la *disposición transitoria décimo-sexta de la citada ley- y/o de casación del apartado 3o del artículo 477.2 del mismo cuerpo legal, si se cumplieran los requisitos que la mencionada ley establece*. Los expresados recursos se prepararán mediante escrito ante esta Sección Tercera en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el *artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

Una vez sea firme la anterior resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera

Instancia de su procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por las Ilmas. Sras. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-