



Juzgado de Primera Instancia Nº 2
 Avda. Tres de Mayo nº3
 Santa Cruz de Tenerife
 Teléfono: 922 20 86 90
 Fax: 922 20 86 93

Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Nº Procedimiento: 0001782/2009

NIG: 3803830120090018250
 Materia: Sin especificar
 Resolución: Sentencia 000113/2010

Intervención:
 Demandante
 Demandante
 Demandado

Interviente:
 S.A.
 JOSE ANTONIO AMAT GULL
 BANCO SANTANDER S.A.

Procurador:
 ISABEL LAGE MARTINEZ
 CRISTINA TOGORES GUIGOU

NOTIFICADO

23 NOV 2010

Isabel Lage Martínez
 PROCURADORA

SENTENCIA

En Santa Cruz de Tenerife, a deicisiete de noviembre de dos mil diez.

Vistos por mi, Dña. Gabriela Reverón González, Magistrado- Juez de Primera Instancia nº Dos de esta ciudad y su Partido, los presentes autos de Juicio ordinario nº 1782/09, promovidos por el procurador de los tribunales Dª. Isabel Lage Martínez, en nombre y representación de D. José Antonio [REDACTED] y de la entidad [REDACTED] S.A., defendida por la letrada Dª. María Socorro Rodríguez Rivero contra la mercantil Banco Santander, S.A. representada por la procuradora Dª. Cristina Togores Guigou y defendida por el letrado D. Manuel Gallego Agueda.

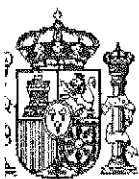
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se promovió demanda de juicio ordinario a fin de que se declare nulo el documento denominado "confirmación de permuta financiera de interés" suscrito entre las partes y se condene a la demandada al pago de la cantidad de seis mil trescientos cuarenta y un euros con veinte céntimos más las cantidades que se devengasen y o cargasen en su cuenta con ocasión del contrato hasta la ejecución de la sentencia, asícomo al pago de los intereses legal. Alternativamente, solicita la inmediata resolución contractual de citado contrato, con imposición de las costas.

SEGUNDO.- Por Auto de fecha 19 de octubre de 2009 se declaró la jurisdicción y competencia de este Tribunal y se tuvo por formulada demanda de juicio ordinario, teniendo por parte al Procurador Sra. Lage Martínez, acordando asimismo emplazar a la mercantil demandada por veinte días. Dentro del plazo conferido por la Procuradora Dª. Cristina Togores Guigou se presentó escrito de

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias





contestación a la demanda, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas de la demandante.

TERCERO.- Por providencia de 4 de diciembre se tuvo por parte a la Procuradora Doña Cristina Togores y por contestada la demanda, convocando a las partes a Audiencia Previa para el día 12 de abril en la que ambas partes se ratifican en sus respectivos escritos e interesan el recibimiento del pleito a prueba, admitida la propuesta, se señala el día 20 de octubre para la celebración del juicio. Abierto el acto se practica la prueba admitida con el resultado que es de ver, quedando los autos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interesan los demandantes la nulidad y, alternativamente la resolución del contrato denominado "confirmación de permuta financiera de tipo de interés" suscrito con la entidad demandada en el día 23 de abril de 2008 con base en la absoluta falta de información recibida por parte de la financiera, quien, a su entender, no le puso en conocimiento el alto riesgo del producto que adquiriría, por lo que al no ser consciente de lo que suscribió, nada consintió. Sostiene además, que aún en el caso en el que se entendiera que prestó el consentimiento, éste se habría formado con desconocimiento absoluto de lo que realmente se estaba contratando, ante la falta de información con respecto al producto comercializado. Aduce, igualmente, que la entidad bancaria está sujeta al cumplimiento de una serie de cautelas y obligaciones para con sus clientes y ninguna de ellas se ha cumplido en este caso, toda vez que el Sr. [REDACTED] al igual que las empresas a las que representa, tenía un perfil de profesional de la actividad de zapatería, sin cualificación y sin conocimientos financieros y este perfil debió ser considerado por la mercantil demandada a fin de informarle debidamente sobre sus riesgos y en su caso, no aconsejarle la suscripción del referido producto.

Por su parte, la entidad financiera demandada alega, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa de D. José Antonio [REDACTED] al considerar que ninguno de los documentos aportados de contrario fueron suscritos por el demandante en su propio nombre y derecho, sino como representante de la sociedad [REDACTED] S.A.. Argumenta en su defensa que la mercantil demandante era conocedora de los términos y condiciones del producto, así como de los riesgos asumidos con la contratación, toda vez que es una sociedad que opera en el tráfico jurídico y mercantil desde el año 1992, encontrándose habituada a la contratación de productos financieros, entre los que destacan las hipotecas, seguros de





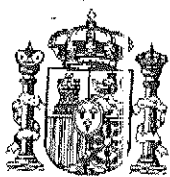
inversión, contrato de TPV y dos contratos de seguros de inversión Dólar Eurostoxx 150 Aniversario y, en particular, otro contrato de permuta financiera de tipos de interés. Por todo ello, mantiene que la mercantil actora no es un consumidor, y además cuenta según el cuestionario por ella cumplimentado, con una facturación que supera los 500.000 euros, estando, a su modo de ver, acostumbrada a la contratación de productos financieros y a la negociación de sus condiciones.

SEGUNDO.- Con carácter previo, planteada la excepción de falta de legitimación activa habrá que determinar si el Sr. [REDACTED] concertó el contrato que ahora nos ocupa en su propio nombre y derecho, y además en nombre y representación de la sociedad [REDACTED] S.A. o solo en nombre de esta última. A la vista de la documental aportada se observa que el contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés aportado como documento nº seis de la demanda se suscribió únicamente con la entidad mercantil [REDACTED] S.A., como también lo fueron los anteriores productos, así como la totalidad de los documentos que se acompañan a la demanda (vid, documentos nº tres, siete, ocho y once), por lo que no hay duda que el Sr. [REDACTED] como persona física no contrató con la entidad bancaria demandada; de ahí que proceda la estimación de la excepción formulada y, en consecuencia la desestimación de la demanda por él interpuesta.

Entrando en el fondo del asunto la primera cuestión es la relativa a la naturaleza del contrato suscrito a fin de poder determinar si la mercantil demandante tenía o no la cualidad de consumidora y, por ende, si al caso de autos cabe aplicar la normativa relativa a los consumidores y usuarios. De la documentación obrante en autos se desprende que las partes litigantes suscribieron un contrato marco de operaciones financieras en el mes de septiembre de 2006 cuyo objeto era "la regulación de la relación comercial que surja entre las partes como consecuencia de la realización de las operaciones que con carácter meramente enunciativo se relacionaban en la estipulación segunda", entre las que se encuentran los swaps de tipo de interés, de divisas, etc (vid, documento nº 5 de la contestación). En el ámbito de dicho contrato se suscribió por la demandante un primer contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés, "swap bonificado reversible media", en fecha 19 de septiembre de 2006 (vid, documento nº seis) el cual se cancela anticipadamente en fecha 17 de octubre de 2007 (vid documento nº siete); y un segundo contrato también de permuta financiera de tipos de interés, "swap variable" en fecha 23 de abril de 2008 (vid, documento nº ocho) que es el objeto de este pleito.

A la vista de los documentos suscritos por la demandante es posible concluir que el contrato marco es un mero contrato de adhesión con clausulado genérico que aparece completado con una especificación más concreta en el documento de confirmación de





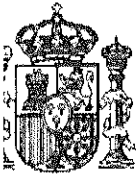
Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias

permuta financiera de tipo de interés, pero que no deja de ser por ello un contrato de adhesión. Nos hallamos ante un contrato atípico 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 esta materia, la SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, declara que "en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) 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 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 tiñe 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".

En este caso, la mercantil [REDACTED] es una persona jurídica, una entidad dedicada al ramo de la zapatería que suscribió los contratos descritos así como dos seguros de inversión Dólar Eurostoxx 150 aniversario, sin duda, para cubrir los riesgos derivados de otras operaciones que mantenía con el banco demandado dentro de su actividad empresarial, (vid, documentos nº dos a cuatro de los aportados con la contestación), hecho éste que no ha sido negado por la entidad demandante y que lleva a concluir que no ostenta la condición de consumidor y, por tanto, que no es de aplicación, al presente supuesto, la ley para la defensa de los consumidores y usuarios a la que acude la demandante en su fundamento de derecho quinto, apartado cuarto.

TERCERO.- Bajo estas premisas, mantiene la mercantil demandante que el Sr. [REDACTED] nunca fue consciente de que suscribía producto alguno por lo que ningún consentimiento prestó. Debe, no obstante, matizarse que de ser cierta esta afirmación no nos encontraríamos propiamente ante una nulidad del contrato sino ante un contrato inexistente ante la falta del requisito de prestación de consentimiento por parte de uno de los contratantes y esto último no es lo que se solicita por la actora, quien en el suplico interesa exclusivamente la nulidad del contrato. De cualquier manera, lo cierto es que constando



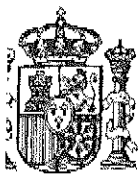


debidamente firmado el contrato objeto de litigio y no habiéndose negado la autenticidad de la firma allí plasmada, no puede alegarse ahora que nunca se llegó a prestar el consentimiento, y por ende que el contrato no existió. En este extremo, el propio Sr. Amat reconoce en el acto del juicio que "firmó esos contratos pero que no tiene ni idea de nada, que el Sr. Pastrana le dijo que era para hacerle un favor personal". En consecuencia, no podemos hablar de falta de consentimiento en el presente supuesto sino, en todo caso, de error en el mismo, y por tanto entrar a analizar la alegada nulidad del contrato suscrito con base en la supuesta infracción por parte de la entidad bancaria de su deber de información.

En esta materia es preciso recordar que la norma que regula la actuación de las partes aquí contratantes viene constituida por la Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 de febrero, que en el punto que nos ocupa fue modificada por la Ley 47/2007. Dicho texto normativo tiene por objeto la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva. En particular, esta directiva establece el marco general de un régimen regulador para los mercados financieros en la Unión Europea, exponiendo las condiciones de funcionamiento relativas a la prestación de servicios de inversión y servicios auxiliares; los requisitos de organización exigibles a quienes presten esos servicios de inversión, así como los exigibles a los mercados regulados, los requisitos de información sobre las operaciones en instrumentos financieros efectuadas en el ámbito de la Unión Europea y los requisitos de transparencia de las operaciones con acciones que se negocian en mercados regulados. Y finalmente, la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Establece, por tanto, un nuevo régimen de transparencia para las acciones negociadas en los mercados secundarios oficiales, con el objeto de que el mercado esté suficientemente informado, por un lado, de las operaciones posibles en cada momento, y, por otro lado, de las operaciones ya realizadas. Tal como se expone en su preámbulo: "se trata de establecer un régimen de transparencia anterior y posterior a la conclusión de operaciones sobre acciones en los mercados secundarios oficiales"; ampliándose el catálogo de servicios de inversión, con la aparición de novedades importantes, entre las que se encuentra, el asesoramiento en materia de inversión, entendido como la realización de recomendaciones personalizadas a un cliente sobre instrumentos financieros.

Papel de oficio de la Administración de Justicia en Canarias



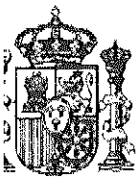


En fin, se refuerza con la mencionada ley las medidas dirigidas a la protección de los inversores, "como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados". Este principio fundamental se ve reflejado con especial relieve en el nuevo Capítulo I del Título VII, en el que se establece un importante catálogo de normas de conducta que ha de ser respetado por todas las entidades que presten servicios de inversión. Ahora bien, ha de destacarse que no se establece un nivel único y homogéneo de protección sino que la Ley reconoce la realidad existente hoy en día en los mercados financieros en los que se ha diversificado notablemente el perfil del inversor. En concreto, la Ley distingue tres categorías posibles de inversores (minoristas, profesionales y contrapartes elegibles) garantizando el mayor grado de protección a los inversores o clientes minoristas.

Sostiene la entidad financiera demandada que la mercantil demandante es una sociedad que opera en el tráfico jurídico y mercantil desde el año 1992 con una facturación que supera los 500.000 euros; estando, a su entender, habituada a la contratación de productos financieros. Aún cuando la facturación indicada por la empresa en el test de conveniencia sea, efectivamente, superior a 500.000 euros (vid, documento nº tres) lo cierto es que no por ello deja de ser esta entidad de las llamadas "minoristas", como sostiene la demandante; así el art 78 bis, párrafo cuarto de la LMV reconoce como clientes profesionales, entre otros: Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1.- que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2.- que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3.- que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. Como se ha expuesto la Ley 47/2007 ha venido a potenciar a través de la introducción del artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional.

En consecuencia, con base en dicho artículo y tratándose de un cliente minorista correspondía a la entidad demandada comportarse con diligencia y transparencia en interés de su cliente, cuidando de tales intereses como si fueran propios y, en particular, mantenerlo, en todo momento, adecuadamente informado. Se añade en el párrafo segundo del referido artículo que "toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales", debiendo, de acuerdo con el párrafo 3 "proporcionar a los clientes, incluidos los clientes potenciales, 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





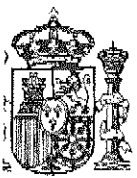
que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”.

Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata -art. 5.3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores, de obligada observancia con arreglo al contenido del artículo 78 b) de la Ley de Mercado de Valores anteriormente citada-

CUARTO.- Así las cosas, si analizamos el contrato objeto de autos nadie puede dudar, al contrario de lo que sostiene la entidad bancaria, que haya un riesgo adicional en este producto que no lo tienen otros, residiendo éste precisamente en la variación de los tipos de interés, variación que en el momento de la firma del contrato no consta que fuera advertida por el banco a la entidad demandante. No ha quedado probado en este supuesto que por parte del Banco se pusiera en conocimiento de la entidad demandante, el efectivo riesgo de la operación que estaba contratando, es decir, que el cliente recibiera más información que la reflejada en el contrato marco, o en el contrato de confirmación, pudiendo afirmarse que la información con la que contaba [REDACTED] se limitó a lo allí expuesto; por lo que no puede sostenerse que la información obtenida fuera suficiente para contratar un producto de riesgo como el que ahora se discute. En efecto, lo relevante de la información a recibir en cuanto al riesgo de la operación es precisamente la relativa a una previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, dato éste del que disponía el Banco cuando ofreció el producto a su cliente y éste acepta, sin poder valorar “sus efectivas consecuencias futuras con proporcionada racionalidad”.

Teniendo en cuenta las declaraciones vertidas por el testigo D. Antonio Luis González, gestor de la entidad bancaria, puede concluirse que ésta conocía en el momento de la firma del contrato, abril de 2008, la tendencia a la baja de los tipos de interés, y ello es así porque tal como manifestó “cada vez que hay un nuevo producto les informan a cada uno de los gestores en un curso específico de cual va a ser la evolución de los tipos a corto, medio y largo plazo, que tienen un departamento de tesorería que todos días con mercados de futuro pueden ver como van a evolucionar, en principio, los tipos a un plazo determinado, a un año, a cinco o a diez y el departamento de estudios del banco se lo comunica a los gestores”. Llama la atención que, aún teniendo conocimiento de estos datos, el testigo referido manifieste que “cuando contrata personalmente este derivado financiero explica al cliente como van evolucionando los tipos de interés hasta el día de hoy, que no sabe lo que va a ocurrir





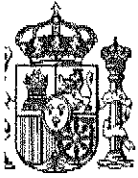
en el futuro, aunque haya un departamento encargado de eso, que a él se lo trasladan y cuando comercializa el producto le indica cuales son las ventajas e inconvenientes de este o de otro derivado". De estas manifestaciones puede afirmarse que el Banco al informar al cliente para contratar este tipo de productos solo tiene presente el tipo de interés "a día de hoy", no le proporciona una previsión de futuro a corto, medio o largo plazo, a pesar de disponer de esos datos.

Partiendo de estas declaraciones era necesario, y a ello venía obligado el Banco, que se hubiera apercibido a la demandante sobre la producción de dichas variaciones de tipos de interés y, además debió hacerse a través de un sistema de información imparcial, claro y no engañoso, es decir de manera que pudiera 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, y no consta en el caso discutido que así fuera. Es más, en un producto de la naturaleza del que ahora nos ocupa, el deber de información se incrementa, esto es, debe ser exigible con mayor intensidad dado que aquí la entidad bancaria actúa, además, de cómo intermediaria (función que asumía en la figura tradicional del swaps), en su propio interés como parte del futuro contrato; luego la información tiene que ser mucho más rigurosa, comoquiera que el banco se iba a beneficiar si los tipos de interés bajaban, tal como ha ocurrido.

En este sentido señala la SAP de Asturias mencionada que si bien "es notorio y, por tanto, no necesitado de prueba, que en el segundo semestre del año 2.006 el euribor sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente si aquéllos se ponen en relación con los del desarrollo de la relación desde la primera contratación el año 2.004, lo que no es notorio ni pertenece al común saber de las gentes es el grado de previsión de tal suceso para los operadores económicos, sobre todo si son de relevancia como las entidades bancarias, siendo obligado insistir en que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar, sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y sí hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente".

Continua declarado la referida SAP de Asturias: " De otro lado, es evidente que ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro





configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos pero no fue esta información la que se puso en conocimiento del cliente antes de contratar. De contrario, la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface o no su interés. Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee. Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)".

QUINTO.- Como se ha manifestado, ni el contrato marco ni el de confirmación contienen información concreta del aumento o disminución del riesgo según la evolución de los tipos de interés, pero es que además, no se ha logrado acreditar por la entidad demandada que esos riesgos se hubieran detallado de cualquier otra forma. Se limita a sostener ésta en su escrito de contestación que la actora es una empresa acostumbrada a negociar con las entidades financieras y a suscribir este tipo de productos y que fue ella la que decidió que el producto que se le ofrecía era interesante, sin amenazas, ni engaños ni errores. Sin embargo, lo que es evidente es que no se ha practicado ni una sola prueba que permita afirmar que la entidad demandante al momento de la firma del contrato conociera, perfectamente, los riesgos que asumía, ("riesgo" en el sentido que hemos expuesto) y menos aún que la información de esos riesgos hubiera venido de la entidad bancaria, quien como profesional en el mercado financiero, lógicamente debía conocerlos.

Por otro lado, tampoco puede sostenerse que el hecho de que la entidad demandante tuviera suscrito anteriormente otro contrato exactamente igual al que nos ocupa, y conociera las condiciones de contratación merezca menor protección informativa que otra clase de





clientes, entre otras razones, porque las especiales características de este producto requieren una puntual información de cada contrato, es decir que, aunque conociera de las particularidades de este producto la mercantil demandante, ello no exime al banco de informar en la fecha en la que contrata otro producto semejante sobre las previsiones que en ese momento tenía acerca de la tendencia a la baja de los tipos de interés.

Ha quedado por tanto, probado que la entidad financiera demandada no actuó en cumplimiento del deber de información exigible en tales casos, toda vez que la información ofrecida indujo a error a la entidad demandante sobre las posibilidades de rentabilidad, concurriendo por este motivo los presupuestos para entender que tal error en el consentimiento anula el contrato, al reunir los requisitos exigidos para este vicio del consentimiento por la jurisprudencia. En esta materia, afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006, para que "el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excluyente, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

En suma, para que el error en el consentimiento invalide el contrato es necesario que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Por último, y como complemento, el error debe ser inexcusable, es decir, que no pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados de la buena fe". La STS, Sala 1ª, de 17 de febrero de 2005 indica que "ha de





recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SS 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras)".

En este caso, si bien la demandante conocía el producto que adquiriría toda vez que ya había contratado otro similar con anterioridad, lo cierto es que como consecuencia del incumplimiento por la entidad bancaria de su deber de información en los términos expuestos por muy diligente que hubiera sido, nunca hubiera podido evitar el error padecido. La falta de diligencia solo puede ser achacada a la entidad bancaria toda vez que siendo notorio en el año 2008 la brusca variación de los tipos de interés tenía que haber informado a su cliente de la operación que estaba contratando. Por lo expresado, cabe entender que es nulo el consentimiento prestado por el representante legal de la entidad demandante, por error, debiendo en consecuencia, declararse la nulidad del documento denominado confirmación de permuta financiera de tipo de interés suscrito entre las partes con la obligación de devolución recíproca de los beneficios en virtud de la nulidad declarada; condenando por este motivo a la demandada al pago de la cantidad de seis mil trescientos cuarenta y un euros con veinte céntimos más las cantidades que se devengasen y/ o cargasen en su cuenta con ocasión del contrato hasta la ejecución de la sentencia; con más el interés legal.

SEXTO.- Habiendo sido estimada la excepción de falta de legitimación activa del Sr. ~~XXXXXXXXXX~~ procede imponer a éste las costas procesales causadas. Habiendo sido estimada íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil ~~XXXXXXXXXX~~ S.A., procede de conformidad con el art 384 de la LEC imponer las costas procesales a la entidad demandada.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO





Que debo estimar y estimo la excepción de falta de legitimación activa formulada por la entidad Banco Santander y en consecuencia, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Jose A. [REDACTED], absolviendo al demandado de todos los pedimentos contenidos en la misma; y ello con imposición de las costas procesales al demandante.

Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda deducida por la procuradora D^a. Isabel Lage Martínez, en nombre y representación de D. José Antonio [REDACTED] y de la entidad [REDACTED], S.A., defendida por la letrada D^a. María Socorro Rodríguez Rivero contra la mercantil Banco Santander, S.A. representada por la procuradora D^a. Cristina Togores Guigou y defendida por el letrado D. Manuel Gallego Agueda, y en consecuencia, debo declarar nulo el contrato marco de operaciones financieras y el contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interes de fecha 23 de abril de 2008, condenando a la demandada al pago de la cantidad de seis mil trescientos cuarenta y un euros con veinte céntimos más las cantidades que se devengasen y/ o cargasen en su cuenta con ocasión del contrato hasta la ejecución de la sentencia; con más el interés legal; y ello con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de la original en el Libro de sentencias

Esta resolución no es firme, y contra ella cabe interponer recurso de apelación que se preparará ante este juzgado, y del que conocerá en su caso la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez que la suscribe celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

