



Roj: SAP M 22472/2012  
Id Cendoj: 28079370112012100595  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 11  
Nº de Recurso: 66/2012  
Nº de Resolución: 9/2013  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11**

**MADRID**

**SENTENCIA: 00009/2013**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**SECCION UNDECIMA**

**SENTENCIA Nº**

**Rollo: RECURSO DE APELACION 66 /2012**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. ANTONIO GARCÍA PAREDES**

**Dª. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA**

**D. CESAREO DURO VENTURA**

En MADRID, a veintiocho de diciembre de dos mil doce.

La Sección 11 de la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID, ha visto en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 727/2009 del JUZGADO PRIMERA INSTANCIA N. 71 de MADRID seguido entre partes, de una como apelante **D. Ildefonso**, representado por el Procurador Sr. Rojas Santos y de otra, como apelados **D. Maximo y INVERSIS BANCO S.A.**, representados por el Procurador Sr. Vázquez Guillén, sobre reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

## **I.-ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 71 de MADRID, por el mismo se dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2010, cuya parte dispositiva dice: "Que DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Rojas Santos en nombre y representación de D. Ildefonso, frente a la entidad "INVERSIS BANCO S.A." y D. Maximo, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la actora". Notificada dicha resolución a las partes, por Ildefonso se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formulo oposición. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 8 de noviembre de 2012, en que ha tenido lugar lo acordado.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**Visto**, siendo **Ponente el Ilmo. Sr. D. CESAREO DURO VENTURA.**

## **II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** El actor, D. Ildefonso, ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual solidariamente contra Inversis Banco S.A. y D. Maximo; la demanda se sustenta

en un relato fáctico según el cual el Sr. Maximo era agente de la sociedad de valores Cortal Consors de la que el actor era cliente, siendo este agente el que recibía habitualmente las órdenes para operar en el mercado de valores por lo que al haberse extinguido esa sociedad el Sr. Maximo pasó a colaborar con Banco Inversis llevándose allí a la mayoría de sus clientes desde agosto de 2005, de modo que había una relación de confianza entre ellos; se refiere que los hechos que originan el proceso se concretan en la inversión del actor en un producto nuevo llamado contrato por diferencias (CFDs) que sería un contrato complejo que requiere de un especial asesoramiento, siendo así que el actor aportó fondos por 60.000 euros para operar con este producto en Saxo Bank el 21 de enero de 2009 día en que se activó su cuenta; el día 22 la apertura y cierre de posiciones le reportó 6.690 euros, y el día 23 el mercado abrió con una tendencia contraria durante las dos primeras horas, por lo que se cerraron todas sus posiciones con graves pérdidas pese a que ese mismo día de haberse mantenido sus posiciones como era su voluntad hubiera obtenido importantes beneficios; según este relato la venta la hizo un sistema automático sin que los demandados hicieran nada para impedirlo ni informaran de esa posibilidad. Tras razonar la parte sobre el producto adquirido y sus condiciones, expresa que los demandados habrían incumplido el deber de asesoramiento y vigilancia de la evolución del mercado, y el de información del producto financiero ya que los demandados ignoraban la operativa concreta y la mecánica que aplicaba el Banco Saxo y que llevó a que en veinte minutos el sistema cerró todas las posiciones procediendo a la venta de toda la cartera en el valor más bajo del día y no siendo esa la voluntad del actor, por lo que se reclama la restitución de la cartera de valores consistente en 400 DJ EUROSTOXX, 40.000 acciones del Banco Popular y 19.000 acciones de CINTRA, así como el pago de 50.155,60 euros como importe de las pérdidas sufridas, con sus intereses legales, y costas.

Los demandados, bajo la misma representación y defensa, se opusieron a la demanda señalando en primer lugar que concurrirían las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por falta de claridad en los hechos y fundamentos de derecho que alega y por ser contradictorio el suplico de la demanda, y falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la entidad Saxo Bank con quien el actor habría contratado los CFDs, quien ha de clasificar al cliente y quien es titular de la plataforma de la contratación que procedió al cierre de sus operaciones. Tras abordar la parte las características del producto, definido por la CNMV como de alto riesgo, se expresa que el Sr. Maximo no es agente de Inversis sino que trabajaría para la entidad Gestores Financieros y Bursátiles S.L. que si sería agente de Inversis; se alega que el actor suscribió un contrato de apertura de cuenta, depósito y administración de valores el 5 de agosto de 2005, sin contrato alguno de gestión de cartera, sin que el contrato suscrito incluyera los CFDs que habrían sido contratados directamente con Saxo Bank, siendo así que respecto de este producto Inversis habría contratado con Saxo Bank el 25 de junio de 2008 un contrato de intermediación comercial, sin que Inversis actuara como agente o empleado de Saxo, limitándose a poner en contacto al cliente con esta entidad exponiendo los productos financieros ofertados y con suficiente información en la página web; en cuanto al cierre de posiciones el 23 de enero de 2009 se insiste en que la cartera no era propiedad del actor, produciéndose un cierre de posiciones al haberse superado los límites de garantías sin realizarse ingresos de garantías adicionales según lo estipulado en el contrato con Saxo Bank; se alega que el actor conoce el mercado ya que llevaría mucho tiempo operando y especulando en el mismo, habiendo seguido especulando con CFDs en la plataforma de Saxo Bank. Se manifiesta que no habría existido incumplimiento alguno del deber de asesoramiento y vigilancia de la evolución del mercado por parte de los demandados, al no haberse contratado con ellos esta cuestión, siendo obligación de Saxo Bank la clasificación del cliente o la realización del test de idoneidad, y se aborda lo ocurrido los días 22 y 23 de enero de 2009 manteniendo que el Sr. Maximo ejecutaba por mero favor personal las órdenes que le daba el actor, conociendo el mismo el día 23 la situación creada de haberse sobrepasado el margen de cobertura a las 10,30 de la mañana (110%), 10,38 horas (126%), 10,55 horas (125%), y 10,59 horas (163%) con cierre del sistema, sin que el demandante hiciera la transferencia de los fondos requeridos al no hacerla a través del Banco de España.

La juez de instancia dicta sentencia en la que tras extractar la posición de las partes aborda la prueba practicada y concluye no haberse acreditado los hechos que sustentan la reclamación, por lo que desestima la demanda con costas al actor.

Recurre el actor esta resolución; el recurso se sustenta, sea ello expuesto en forma resumida a los solos fines de abordar sus motivos, y tras un extenso relato de los hechos que considera probados, en la alegación de que se habría valorado con error la prueba practicada por parte de la juez de instancia, manteniendo que no se habría tenido en cuenta la documental solicitada en la audiencia previa que acreditaría las falsedades de los codemandados, no haciéndose tampoco mención a la testifical de D. Anibal ni de D. Cornelio , y teniendo solo en cuenta de lo declarado por el actor aquello que le podía perjudicar, extractando la parte las declaraciones prestadas en el acto del juicio y señalando que se habría acreditado, contra lo expuesto en la

sentencia, que el actor en ningún momento tuvo conocimiento de que las posiciones se cerrarían al límite del 150%, lo que ni siquiera conocían los codemandados, que no sería cierto que el actor fuera conocedor del mercado de valores, estándose ante un producto nuevo, que se habría acreditado que D. Maximo habría percibido comisiones por los servicios prestados, y que de ningún modo el actor conocía el cierre automático de la cuenta, por todo lo cual se solicita la íntegra estimación de la demanda, subsidiariamente la estimación en cuanto a la restitución de las posiciones, y subsidiariamente en relación con esto la estimación en cuanto a la condena económica únicamente.

Los demandados en el trámite conferido se oponen al recurso rechazando sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.-** En los últimos tiempos se plantean frecuentemente ante los tribunales reclamaciones derivadas de la contratación de productos financieros, a menudo conocidos como swap, solicitándose la nulidad generalmente por vicio en el consentimiento derivado de una deficiente o ausente información del producto en relación con la complejidad del mismo, condiciones del sujeto que contrata con la entidad bancaria que ofrece el producto de inversión, y normativa de protección de los consumidores y de transparencia del mercado.

La AP Barcelona, sec. 1ª, en sentencia de 25-7-2012 , y en relación con un sawp aborda todas estas cuestiones esenciales de forma que nos parece útil reproducir en la medida en que se comparten sus conclusiones y razonamientos de índole general:

"....Frente a dicha resolución se alza..... alegando inexistencia de las operaciones llamadas swap sobre tipo de interés y swap sobre inflación española, alegando subsidiariamente la nulidad por falta de consentimiento de las citadas operaciones y, finalmente, de forma subsidiaria, nulidad por infracción de la Ley, al incumplirse la normativa sobre los mercados de instrumentos financieros (MiFID).

....Con relación a los contratos de permuta financiera (swap ), siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sec.1ª, de fecha 4 de abril de 2011, podemos definir el contrato denominado swap o permuta financiera , en su modalidad de tipos de interés, como el acuerdo que 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, (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 y más concretamente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o viceversa, acreedor.

Este tipo de contratos consisten en una permuta financiera en la que en lugar de intercambiarse dos cosas entre los contratantes, que es la forma tradicional, se intercambian (swap en inglés) dos prestaciones dinerarias. En el caso que nos ocupa, pagos futuros de intereses y de inflación, durante un periodo de tiempo establecido y sobre una cantidad determinada, que en ningún caso es objeto de entrega por alguna de las partes.

Dichos contratos son un producto complejo de elevado riesgo que requiere, tanto para su comercialización, como para su utilización, a profesionales expertos y una información clara y exhaustiva. En este sentido, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aplicable a la operación de autos al venir considerada por el Banco de España incurso dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras -art.2 LMV-), establece como anexo un código de conducta en el que, entre otras cosas, se exigía:

- Que las Entidades ofrezcan y suministren a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, debiendo dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

- Que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

...Finalmente, cabe hacer referencia a los gastos de cancelación, sobre la que no consta que se ofreciera ninguna información. En el contrato de swap de 5 de marzo de 2007 figura "la operación será cancelable anticipadamente por parte del cliente. En este caso el Agente de Cálculo determinará el importe a liquidar entre las partes." (fol. 502); en los precontratos figura que: "El producto aquí descrito puede ser cancelado

anticipadamente. En ese caso tendrá que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estará determinado por las condiciones del mismo en ese momento" (fol. 511 y 514). Por tanto, se trata de una cláusula oscura que no permite suponer que se tendrían que abonar las cantidades de 71.400 y 138.100 euros aproximadamente (según informó la demandada a la actora en sendos correos electrónicos, fol. 161 y ss). Cantidades que, ponderadas con el importe nominal de cada operación que asciende a 550.000 euros y 1.700.000, supone un porcentaje altísimo, muy superior a la práctica habitual en las cancelaciones de otros productos financieros y, por tanto, que debería haber sido convenientemente advertido, bien por su porcentaje o bien por su cuantía final, aunque sea de una forma aproximada.

.....La interpretación del art. 1266 CC , esencial a los fines ahora debatidos, dispone 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". La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, entre otras en su STS 22-mayo-2006 , que "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-julio-2002 , 24-enero-2003 y 12-noviembre-2004 )", añadiendo expresamente que "y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los 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-febrero y de 3-marzo- 1994 , que se citan en la de 12-julio-2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12-noviembre-2004 ; también, Sentencias de 24-enero-2003 y 17-febrero-2005 )".

Conviene citar en a este respecto la reciente sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10 , Deutsche Bank/Ille Papier Service) que advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap : "El banco debe informar claramente al cliente de que el perfil de riesgo/oportunidades entre los participantes de la apuesta de tipos de interés no es equilibrado... También deberá garantizar, en el caso de un producto tan complejo, que el cliente tenga sustancialmente la misma información y el mismo conocimiento que su banco asesor con respecto al riesgo del negocio, dado que solo así le es posible adoptar una decisión autorresponsable sobre si quiere aceptar la apuesta de tipo de interés que se ofrece... Los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la demandada, como banco asesor, se encuentra en un grave conflicto de intereses".

Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008 ), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso la mercantil actora no hubiera celebrado el contrato de swap de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así finalmente ha sido.

Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada.

Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII enero 2009), y así el art.1298 CC presenta la siguiente redacción: "1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.3 Los

contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

Esta misma Sala en sentencia de 17-7-2012 ha señalado:

"La voluntad base esencial del contrato, ha de ser para que lo genere, libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten estas condiciones" ( STS 29 diciembre de 1978 ).

Hablamos sobre todo de voluntad manifestada, en casos en que, como el presente, existe un documento contractual que ha sido puesto a la firma de la entidad demandante. Sucediendo en estos supuestos de "voluntad expresada" que en no pocas ocasiones surge la duda entre la voluntad expresada y la voluntad real, como poniéndose en cuestión si lo que quiso la parte era lo que "escribió y firmó", o por el contrario su voluntad era distinta de la expresada en los términos gráficos.

La parte demandante alega que los productos finalmente contratados no se han desarrollado en línea con aquella finalidad a que ella dio su consentimiento....

Nos encontramos, pues, ante una controversia que exige determinar si entre los datos de hechos extraídos de las alegaciones y de los medios probatorios hay suficientes para decidir que la actora incurrió en error como consecuencia de una deficiente información sobre los productos contratados. Se ha de advertir que, en todo caso, ha de tratarse de un error grave o que recaiga sobre el núcleo esencial del objeto del contrato, como dice la jurisprudencia así la STS, Civil sección 1 del 12 de noviembre del 2010 : Dice el art. 1266 CC que "para que el error invalide el consentimiento debe 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". La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006 , se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "(...)es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, (...), y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe(...)".

Habla el Tribunal Supremo de " representación equivocada de la realidad ", de que " el error no sea imputable al interesado", o que " sea excusable " en el sentido de no haber sido evitado a pesar de emplear una diligencia media o regular.

...Y ahí la realidad social del tiempo en que vivimos ( art. 3 CC ) es bastante elocuente, como lo manifiestan hechos notorios (en cuanto ofrecidos por los medios de comunicación) como son que en el Reino Unido, los bancos indemnizarán a PYMES por colocación engañosa o fraudulenta (misselling) de swaps , por razones tales como la deficiente información acerca de los costes de cancelación, o por la ausencia de comprobación del conocimiento de los riesgos asumidos por el cliente, o por sobrecobertura, cuando los importes o la duración no se corresponden con el pasivo subyacente. (Noticia del 29 de junio de 2012). Y eso que ya en 2011, la Financial Services Authority (FSA), equivalente del Reino Unido al Banco de España y la CNMV en su vertiente supervisora, había advertido de las irregularidades en la comercialización de estos productos.

Y en España, recientemente (julio 2012) hemos visto y oído cómo alguna entidad financiera de Galicia pedía perdón por el error de haber comercializado ciertos productos entre sus clientes particulares sin suficientes conocimientos financieros, causándoles graves problemas.

Hay un sentir común en la sociedad occidental de que en el ámbito de las finanzas se ha abusado de la confianza de los ciudadanos y de los clientes pergeñando productos complejos y oscuros y ofreciéndolos a través de una información incompleta y seductora.

En ese caldo de cultivo es lógico que la voluntad de los clientes, como en el presente caso, se vea condicionada y viciada a la hora de contratar. Cosa que la ley trata de evitar al regular la nulidad de los contratos por vicios de consentimiento".

**TERCERO.-** En el caso que nos ocupa la demanda pone de manifiesto que lo que funda la reclamación, que sin embargo no pretende la nulidad del contrato suscrito sino únicamente la restitución de la situación del mismo al momento en el que se canceló la operativa que se venía realizando, no es otra cosa

que el incumplimiento contractual en que se dice incurrieron los demandados al no asesorar e informar convenientemente al actor, que se dice desconocedor de la operativa que contrataba y ser cliente minorista, ignorando la operativa financiera del producto contratado con Saxo Bank y muy especialmente el hecho de que el sistema podía cerrarse automáticamente en caso de no aportarse nuevas garantías a partir de un cierto límite de riesgo, lo que tampoco conocían los mismos demandados, vendiéndose de este modo toda su cartera y perdiendo por ello sus posiciones y la cantidad que se reclama.

En la reciente sentencia de 21-11-2012 el Tribunal Supremo Sala 1ª, realiza las siguientes consideraciones sobre el error como vicio del consentimiento:

"Consideraciones generales sobre el error vicio.

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado,

negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

En el presente supuesto el actor no se vio inducido a la contratación de un producto de alto riesgo por error alguno generado por los demandados, pues dicha contratación aparece asumida en sus características de especiales riesgos propios de un producto como los CFDs, contratos por diferencias en los que se actúa en corto, intradía, y cuya definición como de alto riesgo no se discute y es incluso refrendada por la CNMV (documento nº 3 de la contestación a la demanda), siendo indiferente que el actor tuviera la conceptualización de cliente minorista de acuerdo a la normativa MiFID, o que la información recibida con carácter previo a la firma del contrato fuera más o menos extensa, pues como se dice no intervino error alguno en la contratación, ni se ignoraban las características del producto ni la volatilidad del mercado en esa época, siendo ello así desde el momento en que el propio actor reconoce en la prueba de interrogatorio que siguió operando con el sistema, no a los quince días del cierre por el que se reclama sino a los tres días siguientes, operación que mantuvo durante meses, hasta el mes de mayo de 2009 tal y como acredita el documento nº 10 aportado con la contestación a la demanda. Este hecho desacredita por lo demás el alegato de la parte sobre el desconocimiento de la plataforma o de las claves con las que se operaba, pues lo cierto es que el funcionamiento del sistema se hacía a través de una plataforma informática de Saxo Bank según la aportación documental de la propia parte (doc. nº 29 de la demanda), con un número de usuario y una contraseña que permite la intervención exclusivamente del cliente para el control puntual a tiempo real del valor de las posiciones; el hecho de que el actor entregara las claves referidas al Sr. Maximo por la confianza que tenía en él, pues estaría prohibido que un agente utilizara la plataforma de un cliente como habría señalado el testigo Sr. Cornelio, no significa sino una puntual intervención ajena a la propia labor del agente y motivada por la imposibilidad del actor de ocuparse de la plataforma esa mañana por estar fuera de la oficina, y en todo caso actuando a sus órdenes en todo momento como el mismo actor manifestó en el juicio oral.

El actor contrató con la entidad Saxo Bank a través de Inversis, documentos números 10 y 11 de la demanda, siendo Inversis el agente introductor del cliente en la operativa de Saxo Bank tal y como en el propio contrato se contempla, por lo que percibiría las correspondientes comisiones, cuestión por lo demás acreditada por la misma certificación aportada por Inversis, folio 414, en la que se hace constar que Saxo habría abonado a Inversis por la operativa realizada por el actor en el año 2009 la cantidad de 31.116 euros, habiendo abonado a su vez Inversis a la entidad Gestores Financieros (a la que pertenecería el codemandado Sr. Maximo) por la referida operativa relacionada con Saxo la cantidad de 15.558 euros.

Pese a ser ello así resulta acreditado que tal retribución tiene su origen en ser Inversis agente introductor en la operativa de Saxo Bank, percibiendo por ello una comisión por cada cliente introducido en el sistema, lo que no evita que la contratación se efectúe con Saxo Bank con las condiciones pactadas en el contrato en sus condiciones generales, así como que la utilización de la plataforma se realiza directamente por el cliente desde su ordenador y a través de sus claves, y que el dominio sobre la plataforma en cuestión corresponda exclusivamente a Saxo Bank y no a Inversis ni al agente.

Pese a los alegatos de falta de información sobre el producto ha de señalarse que el actor operó sin ninguna dificultad el día 22 de enero de 2009, con un beneficio de más de seis mil euros, posicionándose para el día siguiente con su cartera y surgiendo el problema cuando el descenso de los valores comenzó a afectar al límite de su garantía. En las condiciones generales del contrato con Saxo Bank se repite en varias ocasiones la necesidad de que el cliente ante una eventualidad así deba depositar fondos adicionales, pudiendo Saxo cerrar sus posiciones en caso contrario; así se expresa en las cláusulas 7.1, 7.8, 7.9, 8.2, 8.3, o 29.3, de las condiciones generales; y asimismo en la declaración sobre divulgación del riesgo en productos derivados, folios 77 y 78, cláusula 1ª.

Tal es lo que ocurrió el día 23 cuando el mercado estaba a la baja y el sistema informaba al Sr. Maximo de los límites de riesgo, lo que este comunicaba al actor, cuestiones estas que se producen a tiempo real y en breves minutos; el actor decidió vender algunos CFDs, lo que aumentó la garantía pero no fue suficiente ante la volatilidad del mercado en esos momentos de la mañana, por lo que se decidió hacer una transferencia de fondos para aumentar la garantía y poder seguir operando, sin que ello fuera eficaz al cerrar la misma plataforma las posiciones por haberse excedido el límite al no darse tiempo a hacerse efectiva la transferencia.

D. Cornelio, conocedor de la plataforma de Saxo, señaló en el juicio que la herramienta permite ver las posiciones a tiempo real y ofrece información sobre la garantía en una barra de color que marca el tanto por ciento alcanzado según evoluciona el mercado, remitiéndose asimismo correos electrónicos de avisos para la ampliación de fondos.



En estas condiciones, no siendo Saxo Bank parte en el proceso, no puede estimarse que el cierre de posiciones fuera imputable a los demandados como agentes introductores del cliente, pues es este el que asume un riesgo advertido y del que era consciente al operar con este tipo de producto, habiendo actuado el Sr. Maximo en su nombre en la operativa del día 23 y resultando ajeno a la decisión del cierre de las posiciones que se llevó a cabo de forma automática una vez que se alcanzó cierto límite de riesgo previas las oportunas advertencias, por lo que no se observa error alguno en la decisión de la juez de instancia cuya resolución, con desestimación del recurso, ha de ser mantenida.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso hace que deban imponerse al recurrente las costas causadas, artículo 398 en relación con el artículo 394 LEC .

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

### III.-FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por D. Ildefonso , contra la sentencia de fecha dieciséis de abril de dos mil diez , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 71 de Madrid, confirmamos dicha resolución, con imposición al apelante de las costas causadas.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ