



Roj: **STS 1050/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1050**

Id Cendoj: **28079110012017100190**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **1601/2014**

Nº de Resolución: **195/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AB 462/2014,**
STS 1050/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 22 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Albacete, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Albacete. El recurso fue interpuesto por la entidad Rotonda Grupo Empresarial S.A., representada por la procuradora Felisa María González Rubio. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.), representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María del Carmen Gómez Ibáñez, en nombre y representación de la entidad Rotonda Grupo Empresarial S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Albacete, contra la entidad Banco Español de Crédito S.A., para que se dictase sentencia:

«por la cual estimando la demanda:

a) Se declare la nulidad absoluta del contrato de swap de fecha 7 de abril de 2008 por cualquiera de las causas alegadas, esto es:

(i) Por la existencia de un vicio esencial en el consentimiento sobre la esencia del contrato (nulidad subjetiva) y/o

(ii) Por nulidad de las cláusulas esenciales del contrato (nulidad objetiva).

Y en consecuencia la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas por el banco, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, así como a la devolución de la cantidad neta resultante tras la retrocesión y anulación de los cargos y abonos practicados por dichos contratos e intereses legales, y que se fijen en la cantidad total de 374.025,55 euros (294.798,46 ? por los importes liquidados, más 79.227,09 ? en concepto de intereses).

b) Subsidiariamente, y para el supuesto que no se estimara la acción de nulidad que se ejercita con carácter principal, se declare la responsabilidad contractual de la demandada en la contratación de los contratos de swap de fecha 7 de abril de 2008, por los daños y perjuicios producidos ante la falta de información que debió facilitar a la demandante en el momento de la contratación y posteriormente durante la vigencia del citado



contrato, condenándola a indemnizar los daños y perjuicios causados e intereses legales correspondientes y que se valoran en la cantidad total de 374.025,55 euros (294.798,46 ? por los importes liquidados, más 79.227,09 ? en concepto de intereses) por la anulación de las liquidación de cargo y abono generadas por el contrato de swap, así como los intereses legales correspondientes.

c) Subsidiariamente a los dos anteriores, y para el caso de que no se estimara ninguno de los suplicos distinguidos con las letras a) y b) anteriores, que se declare la nulidad de la cláusula de resolución anticipada del contrato de swap de 7 de abril de 2008 y que se declare resuelto el citado contrato a coste cero a fecha de 29 de marzo de 2012, esto es, sin que la actora tenga que abonar cantidad alguna por la cancelación anticipada.

Y en todo caso, con expresa imposición de las costas del procedimiento».

2. El procurador Manuel Serna Espinosa, en representación de la entidad Banco Español de Crédito S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Albacete dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a del Carmen Gómez Ibáñez, en nombre y representación de Grupo Rotonda Empresarial S.A., contra Banco Español de Crédito S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Serna Espinosa, debo declarar y declaro la nulidad absoluta del contrato de swap de fecha 7 de abril de 2008 y, en consecuencia, la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas por el Banco y debo condenar y condeno a la referida demandada a estar y pasar por dicha declaración, así como a la devolución de la cantidad neta resultante tras la retrocesión y anulación de los cargos y abonos practicados por dichos contratos, más intereses legales. Dicha cantidad, en el momento de la interposición de la demanda, se fija en 294.798,46 ? por los importes liquidados y 79.227,09 ? en concepto de intereses.

Todo ello sin expresa imposición de costas, por lo que cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad»

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco de Santander S.A. (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Albacete, mediante sentencia de 9 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada en fecha 10 de junio de 2013 por la Ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Albacete , debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar dictamos otra en virtud de la cual debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por la representación de la mercantil Rotonda Grupo Empresarial S.A. contra la entidad Banco Español de Crédito S.A. (actualmente Banco Santander S.A.). No ha lugar a hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes ni en primera instancia ni en esta alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora María del Carmen Gómez Ibáñez, en representación de la entidad Rotonda Grupo Empresarial S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 78 bis, apartados 2 y 3 LMV.

2º) Infracción del art. 78. bis, apartado 1, LMV.

3º) Infracción de la jurisprudencia contenida en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 - y 19 de julio de 2012 -asunto C- 591/10) y de la contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010 y 22 de diciembre de 2009 ».

2. Por diligencia de ordenación de 10 de junio de 2014, la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Rotonda Grupo Empresarial S.A., representada por la procuradora Felisa María González Rubio, y como parte recurrida la



entidad Banco Santander S.A., (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.), representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Rotonda Grupo Empresarial, S.A. contra la sentencia dictada con de fecha 9 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Albacete (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 255/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 951/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Albacete».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida.

Rotonda Grupo Empresarial, S.A. (en adelante, Rotonda) concertó con Banesto (hoy, Banco Santander), de forma sucesiva y previa cancelación del anterior, los siguientes contratos de permuta financiera: el 23 de noviembre de 2005, uno sobre un notional de 4.500.000 euros; el 28 de septiembre de 2006, otro de notional 5.000.000 euros; el 15 de marzo de 2007 otro de notional 3.200.000 euros; y el 7 de abril de 2008 otro de notional 3.200.000 euros.

Este último contrato de swap, el de 7 de abril de 2008, se concertó previa cancelación del anterior, y porque el cliente no estaba satisfecho con él.

Más tarde, el 10 de noviembre de 2008, se concertó otro contrato de permuta financiera, que no pretendía suceder al anterior de 7 de abril de 2008, sobre un notional de 2.000.000 euros.

El contrato de 7 de abril de 2008 es el litigioso, en cuanto que las acciones ejercitadas en la demanda se refieren exclusivamente a este contrato.

Por parte de Rotonda, en la negociación para la contratación del swap intervinieron, además de Loreto , que era administradora de la compañía, Valentín , gerente de la compañía, y Juan Ramón , director financiero. Juan Ramón había trabajado como empleado de Banco Santander (director de oficina), desde 1975 hasta 2002, y fue contratado por Rotonda como director financiero en el año 2006.

Rotonda, en el ejercicio 2008, tenía unos fondos propios de 8.857.388 euros; un activo de 19.608.517,70 euros; y la cifra de negocio era 25.119.663 euros. En el ejercicio 2009, los fondos propios fueron de 9.548.348 euros, el activo de 20.531.465 euros y la cifra de negocio de 21.472.619 euros.

2. En su demanda, Rotonda ejercitó primero una acción de nulidad del contrato de permuta financiera de 7 de abril de 2008, por haberse prestado el consentimiento con error como consecuencia de un defecto de información sobre el contrato, y por nulidad de las cláusulas esenciales del contrato. Como consecuencia, pedía la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas por el banco, con la consiguiente anulación de los cargos y abonos practicados. La cantidad total reclamada era 374.025,55 euros, que se correspondía con 294.798,46 euros por los importes liquidados en contra del cliente y 79.227,09 euros por los intereses.

Subsidiariamente, se ejercitó una acción de responsabilidad contractual, por el incumplimiento de los deberes de información en la contratación del reseñado swap de 7 de abril de 2008. El importe de la indemnización reclamada era 374.025,55 euros (294.798,46 euros por el saldo de las liquidaciones negativas y 79.227,09 euros por los intereses).

Subsidiariamente a las anteriores peticiones, la demanda instaba la nulidad de la cláusula de resolución anticipada, y que se tuviera por resuelto el contrato a coste cero, y a fecha 29 de marzo de 2012.

3. El juzgado de primera instancia estimó la acción de nulidad por error vicio, al apreciar que el banco demandado había incumplido los deberes de información exigidos por la normativa MiFID, y condenó al banco a devolver la cantidad neta resultante de la retrocesión y anulación de los cargos y abonos practicados por dichos contratos, más los intereses legales. La suma adeudada al tiempo de presentación de la demanda era 374.025,55 euros.



4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banesto. La Audiencia estimó el recurso. En su sentencia, respecto del error vicio, parte de la consideración de que «a la hora de valorar el error tomar (hay que tomar) en consideración las condiciones personales de quien lo sufre es decir sus conocimientos previos y experiencia sobre el objeto del negocio, pues no es igual la diligencia exigible a un lego que la que debe esperarse de persona técnica o entendida en la materia».

La Audiencia, en primer lugar, resaltó la experiencia de Rotonda en la contratación de permutas financieras: con anterioridad al contrato de swap litigioso, de 7 de abril de 2008, había concertado de forma sucesiva cuatro contratos de permuta financiera, y con posterioridad, el 10 de noviembre de 2008, volvió a suscribir otro. También destacó que se trataba de un grupo empresarial con un importante volumen de fondos propios y su objeto social englobaba los sectores del juego, de la construcción, de la promoción inmobiliaria, las energías renovables y las estaciones de servicio (gasolineras), lo que le llevó a no considerar a la demandante inversor minorista sino profesional, al amparo del art. 78bis LMV. Luego, advirtió que en las negociaciones previas a la firma intervino, además de la administradora de la sociedad (Sra. Loreto) y del gerente (Sr. Valentín), el director financiero (Sr. Juan Ramón), quien había trabajado como director de oficina de Banco Santander desde 1975 hasta 2002.

La Audiencia, a la vista de la experiencia de la demandante, que llega a calificar de inversor profesional, y de quienes intervinieron en la negociación, así como del conocimiento previo derivado de los swaps anteriores, concluyó que no hubo error en la contratación del swap.

La Audiencia también desestimó la acción de responsabilidad contractual basada en la falta de información, así como la acción de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la demandante sobre la base de tres motivos.

Las objeciones formuladas en el escrito de oposición a la admisibilidad del recurso no son absolutas, sino relativas, por lo que serán analizadas al examinar los motivos.

El recurso de casación, solicita de forma subsidiaria, que se plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las consecuencias de la infracción de las obligaciones impuestas por la normativa MiFID. Esta sala no estima necesario plantear la cuestión prejudicial, al no albergar ninguna duda al respecto y tratarse de una cuestión resuelta desde la sentencia 716/2014, de 15 de diciembre , cuya doctrina exponemos con mayor detalle al resolver el recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación de los motivos* . El *motivo primero* se funda en la infracción del art. 78 bis, apartados 2 y 3, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

Conforme a la norma citada, tendrán la consideración de clientes profesionales a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

El art. 78 bis es una trasposición de la Directiva 2004/39/CE , que en el caso de las grandes empresas acude a un criterio objetivo y exige que se cumplan dos de los tres requisitos de tamaño de la empresa: total del balance, 20.000.000 euros; volumen de negocios neto, 40.000.000 euros; y fondos propios, 2.000.000 euros. El recurso aduce que la norma española sigue un criterio subjetivo, y que el recurrente no cumple con la exigencia de la Directiva para ser considerado inversor profesional a la vista de la información contable del ejercicio 2008, en que se concertó el swap.

Por lo que la demandante no debía haber sido considerada como un inversor profesional, sino minorista.

El *motivo segundo* se funda en la infracción del art. 78 bis, apartado 1, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

En el desarrollo del motivo segundo se razona que no consta que se hubiera comunicado al cliente esta clasificación de cliente profesional, ni que por ello hubiera podido hacer uso del derecho que le confiere el art. 61 RD 218/2008 de exigir una clasificación distinta. Y concluye:

«todo ello supone un quebrantamiento palmario de los arts. 78 bis, apartado 1, LMV y 61 del RD 218/2008 , que justifica por sí mismo la estimación del recurso de casación, procediendo declarar la nulidad del contrato de 7 de abril de 2008 ex art. 6.3 CC ».

En el apartado tercero, que no se articula propiamente como un motivo, se expone que la sentencia recurrida ha infringido la jurisprudencia contenida en la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C-604/11), en relación con la STJUE de 19 de julio de 2012 (C-591/2010), y en las sentencias de 11 de junio de 2010 y 22 de diciembre de 2009 .



«En efecto, de los hechos declarados probados se desprende que la entidad bancaria incumplió la normativa legal que le era aplicable, lo que no se reconoce en la sentencia atacada, que ignora dicha legislación infringida por la entidad bancaria. Dado que las normas de la LMV y del RD 217/2008 integran de modo imperativo la actividad contractual, tanto en la fase contractual como en el desenvolvimiento del contrato, su infracción determina necesariamente la nulidad del contrato por virtud de lo previsto en el art. 6.3 CC ».

Procede desestimar los motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos . Clasificación del perfil del inversor . En atención al momento en que se concertó la permuta financiera objeto de litigio, el 7 de abril de 2008, resultaba de aplicación el art. 78bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , introducido por la Ley 47/2007, de 15 de diciembre, que incorporó la normativa MiFID.

Este precepto imponía a la entidad que presta servicios de inversión la obligación de estudiar el perfil inversor del cliente a quien presta sus servicios de inversión, y de clasificarlo como inversor profesional o minorista. Esta clasificación resulta relevante en la medida en que en el segundo caso la Ley entiende que existe propiamente una asimetría informativa, y por ello impone a la empresa prestadora de servicios de inversión los especiales deberes de información previstos en el art. 79bis.3 LMV.

3. En el apartado 1 del art. 78bis LMV, se impone a la empresa de servicios de inversión el deber de clasificar a sus clientes:

«1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios».

Esta previsión legal fue desarrollada reglamentariamente en el art. 61 del RD 217/2008, de 15 de febrero , en el siguiente sentido:

«1. Tras la entrada en vigor de este real decreto, las entidades que presten servicios de inversión deberán notificar, o haber notificado, a sus clientes existentes y a los nuevos, la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles que establezcan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 bis y 78 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio .

»Asimismo, deberán comunicar a sus clientes, en un soporte duradero, que les asiste el derecho, en su caso, a exigir una clasificación distinta, indicando las limitaciones que esa nueva clasificación podría suponer en cuanto a la protección del cliente».

En nuestro caso, no consta que el banco, antes de la firma de la permuta financiera de 7 de abril de 2008, hubiera comunicado a la sociedad demandante (Rotonda) que le correspondía la clasificación de inversor profesional, a todos los efectos. En consecuencia, Rotonda tampoco dispuso de la posibilidad de contradecir esta clasificación.

Este incumplimiento impide que, a los efectos del presente pleito, pueda considerarse a la demandante inversor profesional, al amparo del art. 78 bis.1 LMV. Por ello, tiene razón el motivo segundo de casación en que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el art. 78 bis LMV pues, al no cumplirse con el trámite reglamentario, no podía atribuirse al demandante la consideración de inversor profesional.

Pero, además de que resulta irrelevante el análisis del motivo primero, porque ya hemos declarado que no podía considerarse a la demandante inversora profesional, la consecuencia de esta infracción del art. 78 bis LMV no es la pretendida por el recurso.

El recurso aduce que la infracción del art. 78 bis LMV conlleva la nulidad absoluta del contrato de permuta financiera, y como hemos declarado en otras ocasiones, no es esta la consecuencia derivada de la infracción de los deberes impuestos por la normativa MiFID en relación con los contratos de adquisición de productos financieros complejos.

4. Consecuencias de la infracción de los deberes impuestos por la normativa MiFID . El art. 78 bis LMV tiene una finalidad accesoria respecto de otras normas, entre ellas el art. 79 bis LMV que, partiendo de la asimetría informativa que existe en la comercialización de productos financieros a inversores profesionales, impone a la empresa que en esos casos presta estos servicios de inversión especiales deberes de información.

Conviene traer a colación, en relación también con el apartado tercero del recurso de casación, cuál es la jurisprudencia de esta sala sobre la incidencia del incumplimiento de esta normativa MiFID respecto de la validez de los contratos de adquisición de productos financieros complejos.



Esta jurisprudencia fue expuesta por primera vez en la sentencia 716/2014, de 15 de diciembre , y reiterada, entre otras, en la sentencia 380/2016, de 3 de junio . La sentencia 716/2014, de 15 de diciembre , parte de que la jurisprudencia del TJUE había declarado que la Directiva MiFID no preveía la sanción de nulidad para los contratos que la contravinieran, sino que debía estarse a lo previsto en la normativa interna de cada estado. Y razona que en nuestro derecho la sanción prevista para esta infracción no era la nulidad absoluta o radical del contrato, sin perjuicio de su incidencia en la eventual nulidad por error vicio:

«Como recordamos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C- 591/10), apartado 27]".

»De este modo, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC .

»Conforme al art. 6.3 CC , "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007 , al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)».

5. Además, la sentencia recurrida, en atención a que había sido estimada en primera instancia la pretensión de nulidad del contrato de permuta financiera por error vicio, argumenta por qué no concurría el error vicio, y es en este contexto argumentativo en que tiene en cuenta los conocimientos y la experiencia del cliente en la contratación de este tipo de productos financieros complejos.

De acuerdo con lo anterior, la consecuencia de entender infringido el art. 78 bis LMV por el tribunal de apelación al haber calificado al demandante como inversor profesional cuando debía haberlo considerado minorista, sería que resultaban de aplicación las exigencias de información del art. 79 bis.3 LMV, y la incidencia que su incumplimiento podría tener en la apreciación de la nulidad por error vicio.

Es jurisprudencia constante de esta sala que;

«lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite



presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

Pero como el recurso ha ligado la infracción del art. 78 bis LMV a la nulidad absoluta y no cuestiona la procedencia de la nulidad por error vicio, no cabe revisar de oficio este enjuiciamiento. Por ello la estimación del motivo carece de efecto útil.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Rotonda Grupo Empresarial, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (sección 1ª) de 9 de mayo de 2014 (rollo núm. 255/2013), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Albacete de 10 de junio de 2013 (juicio ordinario 951/2012). **2.º**- Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.