



Roj: **STS 3957/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3957**

Id Cendoj: **28079110012018100646**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **2547/2015**

Nº de Resolución: **663/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5022/2015,**
STS 3957/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 663/2018

Fecha de sentencia: 22/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2547/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11,^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2547/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 663/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 22 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, en el rollo de apelación n.º 996/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1156/2010, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Barcelona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la mercantil Main Memory, S.A.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador don Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Carmen Muñoz Vences, en nombre y representación de la mercantil Main Memory, SA, formuló demanda de juicio ordinario contra el Banco de Bilbao Vizcaya, suplicando al Juzgado:

"Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan y sus copias, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en nombre de Main Memory, S.A., y por formulada demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A; se le dé traslado de la demanda y documentos acompañados, para que en el plazo legal, si a su derecho conviniera conteste a la demanda, y para que en su día, previos los trámites legales oportunos, se dicte Sentencia por la que estimando íntegramente la demanda y que:

"1)Se declare la nulidad de pleno derecho del Contrato suscrito por las partes hoy litigantes en fecha 20 de Febrero de 2008 y denominado "Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Opciones sobre una Cesta de Acciones", con la referencia B0000278046, como "El Contrato", al ser el objeto de la presente reclamación judicial

"2)Se restituya a Main Memory S.A., como consecuencia de la estimación de petición contenida en el precedente Apartado 1) de este Suplico, a su estado anterior a la suscripción del Contrato antes descrito en dicho Apartado 1), con la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., por el total importe, en concepto de principal, de trescientos treinta y dos mil novecientos once euros con ochenta y ocho céntimos de euro (332.911,88 Euros).

"3) Se condene a BANCO Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. al pago a Main Memory S.A. de los intereses moratorios generados por la deuda reclamada en la presente *litisy* mencionada en el anterior Apartado 2) de este Suplico, junto a sus frutos, así como al pago de las costas devengadas en el presente procedimiento."

2.- Por decreto de 1 de septiembre de 2010 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a las partes para su contestación.

3.- El procurador don Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"[...] dicte finalmente sentencia en la que se desestimen íntegramente las peticiones formuladas en la demanda, condenando a la demandante al pago de las costas causadas."

4.- **El Juzgado dictó sentencia el 23 de junio de 2014 con la siguiente parte dispositiva:**

"Estimo la demanda presentada por Main Memory, SA, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, y anulo el contrato celebrado por el demandante con la demanda el 20/2/08 y condeno a las partes a que se restituyan las cantidades que hayan recibido en virtud de este contrato y condeno a las partes a que se restituyan las cantidades que hayan recibido en virtud de este contrato [sic], más intereses legales."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, correspondiendo dictar sentencia a la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 28 de mayo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:



"Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Barcelona en las actuaciones de procedimiento ordinario n.º 1156/2010 (Rollo n.º 996/2014) que revocamos íntegramente.

"En consecuencia, desestimamos íntegramente la demanda y absolvemos a la demandada con imposición de las costas de primera instancia a la parte actora y sin imposición de las costas de la alzada a ninguna parte."

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo único. Se interpone al amparo del art. 469.1. 4.º LEC, concretada en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia en error patente y notorio e incurrir en arbitrariedad en la apreciación y valoración de la prueba, así como infracción del arts. 217 de la LEC sobre carga de la prueba.

2.- Recurso de casación.

Motivo único. Se formula por oposición de los pronunciamientos de la sentencia recurrida respecto a los pronunciamientos de las sentencias de la sala primera del tribunal supremo relativas a deber de información a clientes de entidades financieras y/o crediticias (infracción del artículo 79. bis de la ley 24/1988, de 24 de julio, del mercado de valores).

3.- La sala dictó auto el 11 de junio de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1. Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal la entidad mercantil Main Memory, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, en el rollo de apelación n.º 996/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1156/2010, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Barcelona.

"2. Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

4.- La representación procesal de Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 6 de noviembre de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La parte actora postula en su demanda la nulidad del contrato llamado de confirmación de "permuta financiera de tipos de interés sobre cesta de acciones", suscrito por las partes el 20 de febrero de 2008, por vicio del consentimiento, relatando los hechos en que se funda.

2.- La sentencia de primera instancia, tras valorar la prueba practicada, estimó la demanda, por apreciar una defectuosa información sobre el producto comercializado por parte de la entidad demandada, que motivó un error excusable en el consentimiento de la actora.

3.- La parte demandada formuló recurso de apelación contra la anterior sentencia, aduciendo como motivos el error en la valoración de la prueba y la inexistencia de error sobre el producto.

Conoció del recurso la sección undécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 28 de mayo de 2015 por la que estimaba el recurso y revocaba, por ende, la sentencia de primera instancia.

4.- En síntesis, motivó su decisión con los siguientes argumentos:

(i) Posiblemente hay aspectos de la normativa MIFID que se han cumplido defectuosamente: a) la forma en que se hizo el test de conveniencia y la interpretación de los criterios utilizados para considerar conveniente el producto; b) para la contratación de productos financieros con contenido especulativo la actora no era especialmente profesional, sino minorista y, aunque tenía al frente del departamento financiero un economista profesional, éste no tenía el perfil de experto financiero; c) probablemente, desde el punto de vista técnico y objetivo, había otros productos con función de cobertura de tipo de interés más apropiados.



(ii) No obstante, tras examinar la prueba exhaustivamente, queda claro que el producto fue entendido por el cliente antes de contratar.

Los términos del correo del 14 de febrero de 2008 son claros y la interpretación de la documental de autos es la correcta.

(iii) Tal interpretación es que si la acción de peor comportamiento a lo largo del primer año baja más de un 30% de su valor de cotización, el cliente paga el diferencial, y que de ello tomó conocimiento éste.

Se colige el conocimiento claro de tal hecho por la actora de la transcripción de la conversación telefónica sobre la confirmación del negocio y del contenido de los correos electrónicos intercambiados, inferencia que se motiva.

(iv) Hay, pues, base probatoria de que realmente el cliente quedó plenamente informado en el momento de contratar sobre el alcance real de lo que se alega como base del error. De ahí, y es lo esencial, que se dé por probado que no concurre el error invocado.

(v) Como corolario afirma la sentencia de la Audiencia que: "No encontramos ningún rastro de capciosidad, ambigüedad, ninguna maquinación o inducción engañosa para contratar, ninguna media verdad, ningún extremo del funcionamiento oculto. No se puede decir que haya habido ninguna sorpresa más allá del resultado inesperado producto del aleas mismo inherente al funcionamiento conocido.

"A diferencia de muchos swaps que hemos tenido que anular en los últimos meses por falta de información sobre el comportamiento del producto a la baja, habiendo sido comercializado como producto de cobertura contra la subida de tipo, en este caso el mecanismo desencadenante de las liquidaciones negativas (bajada de más de un 30% del valor de la acción de peor comportamiento al cabo del año) es un acontecimiento futuro e incierto que ha sido explicado y entendido y no contiene ninguna sorpresa escondida o difuminada, hasta el punto de que antes de producirse la liquidación el cliente ve venir el resultado y pide una solución pactada."

5.- La representación procesal de la parte actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en los términos que luego se expondrán.

6.- La parte recurrida, tras admitirse ambos recursos por auto de la Sala de 11 de julio de 2018, formuló escrito de oposición, si bien alegó óbices de procedibilidad respecto de los dos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivo único. Enunciación y desarrollo.*

Se interpone al amparo del art. 469.1.4.º LEC, concretada en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia en error patente y notorio e incurrir en arbitrariedad en la apreciación y valoración de la prueba, así como infracción del arts. 217 de la LEC sobre carga de la prueba.

En el desarrollo del motivo alega que la sentencia recurrida infiere sus conclusiones descartando u obviando la totalidad de pruebas practicadas; lo que lleva insito un patente y notorio error, amén de una arbitrariedad en su conclusión valorativa.

Entiende que obvia otras pruebas documentales, así como las testificales practicadas, dedicando a éstas una extensa valoración personal.

Infiere también, y con carácter principal, el error notorio de la valoración sobre la grabación telefónica de la confirmación por este medio de la contratación del producto, que, a juicio de la recurrente, es la única prueba documental que tiene en cuenta.

Concluye que, en síntesis, y del análisis conjunto de la testifical y de las pruebas documentales obrantes en autos -y no sólo de algunos de los documentos, como hace la sentencia recurrida- es evidente que la errónea conclusión valorativa de la prueba que hace dicha sentencia ahora recurrida, que ha sido absolutamente relevante para la resolución y determinante en el resultado del proceso al revocar sin fundamento legal ni fáctico la acertada e impecable valoración de la prueba realizada por el Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Barcelona, en su Sentencia de 23 de Junio de 2014, corresponde a un juicio deductivo totalmente erróneo y contrario a la lógica del criterio humano. Además, significa -con igual grado de falta de lógica o mínima razón valorativa- rechazar por completo el concienzudo razonamiento probatorio realizado por la l.ª Sra. Magistrada de Primera Instancia, y prescindir de las pruebas directas que apreció para llegar a la contundente conclusión que resulta de su sentencia. Todo ello significa, a la postre, arbitrariedad en la apreciación de la prueba de forma totalmente contraria a lo que resultaría de su valoración lógica.

TERCERO.- *Decisión de la sala.*



El recurso adolece en la formulación de defectos que podrían suponer su inadmisión, pues no solo se estructura como si fuese un escrito de alegaciones, sino que a ello se suma que acumula en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes medios de prueba y obvia que es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho.

No obstante, vamos a ofrecer respuesta al recurso para agotar esta y motivar que, además, procede su desestimación.

1.- En el recurso por infracción procesal es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, y 211/2009, de 26 de noviembre, se destacó que "concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración".

Como se dijo en las sentencias núm. 101/2011, de 4 de marzo, 263/2012, de 25 de abril, 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, y 235/2016, de 8 de abril, "[n]o todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales".

Todo ello era recogido por la reciente sentencia 533/2018, de 28 de septiembre, que reitera que el recurso extraordinario no es una tercera instancia en la que se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica y, en algunos aspectos también jurídica, del litigio, que es precisamente lo que se hace en este motivo, en el que la recurrente pretende ofrecer una versión alternativa de la controversia.

Como recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, la selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida, pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

2.- La doctrina expuesta impide tener en consideración las alegaciones efectuadas por la mercantil recurrente en el desarrollo del motivo.

Según se infiere de la motivación de la sentencia recurrida, que hemos expuesto en el resumen de antecedentes, en relación con las pruebas obrantes en autos, la valoración que hace de estas y las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, no puede tacharse de ilógica, de irracional o de arbitraria, sin que, por supuesto, se aprecie un error patente en los términos exigidos jurisprudencialmente.

El razonamiento que hace la audiencia sobre la entrega del tríptico o información precontractual no se compadece con lo que la recurrente alega sobre tal extremo, pues ésta infiere lo que el tribunal no dice y menos con la contundencia pretendida.

Otro tanto cabe decir sobre la prueba testifical, pues no es que no la tenga en consideración sino que, tras una minuciosa transcripción de ella, alcanza la conclusión de que no aporta mucho más en relación con el resto de las pruebas antes valoradas, razonando por qué.

Tampoco es cierto que la sentencia recurrida solo valore la grabación del acto de confirmación telefónica de la contratación del producto, pues de forma explícita la interconecta con el contenido de los correos electrónicos intercambiados.

Lo que sucede es que la recurrente, en su legítimo derecho de defensa, pretende imponer su valoración interesada a la imparcial del tribunal, que no peca de ilógica o arbitraria.

Recurso de casación.

CUARTO.- *Motivo único. Enunciación y desarrollo.*

Se formula "por oposición de los pronunciamientos de la sentencia recurrida respecto a los pronunciamientos de las sentencias de la sala primera del tribunal supremo relativas a deber de información a clientes de entidades financieras y/o crediticias (infracción del artículo 79. bis de la ley 24/1988, de 24 de julio, del mercado de valores. y artículo 5 del anexo del real decreto 629/1993. de 3 de mayo); y a nulidad contractual por error vicio del consentimiento (infracción de los artículos 1261. 1265 y 1266, todos ellos del código civil), según se relacionan a continuación según orden cronológico:

"1) STS de 18 de abril de 2013.

"2) STS de 20 de enero de 2014.

"3) STS de 7 de julio de 2014.

"4) STS de 7 de julio de 2014.

"5) STS de 8 de Julio de 2014.

"6) STS de 12 de enero de 2015.

"7) STS de 30 de junio de 2.015."

En el desarrollo del motivo, y tras la desmesurada cita literal de las sentencias mencionadas, alega la recurrente, con fundamento en la doctrina jurisprudencial que contienen, que la entidad demandada incumplió los deberes de información, claridad y transparencia incumbentes *ex lege* a las entidades crediticias, por lo que provocó que ella se hiciese una representación equivocada del producto financiero que contrataba.

QUINTO.- *Decisión de la sala.*

Antes de ofrecer una respuesta al motivo, conviene hacer dos precisiones:

(i) El motivo se centra en la existencia de error vicio en el consentimiento, pues se denuncia la infracción de los artículos del Código Civil que regulan la nulidad del contrato por vicio del consentimiento. La cita de otros preceptos legales de la normativa bancaria y del mercado de valores como infringidos se hace con relación a los citados preceptos del Código Civil.

(ii) En el recurso de casación la sala debe atenerse a los hechos fijados en la instancia. Es cierto que en ocasiones, y así lo ha declarado esta sala, la afirmación de que ha existido información adecuada, realizada por la sentencia de instancia, engloba no solamente un aspecto fáctico inatacable en casación (en qué términos se produjo el suministro de información por el banco al cliente) sino también una valoración jurídica (que la información facilitada se ajustó a las exigencias legales), que sí es susceptible de ser impugnada en el recurso de casación (sentencia 474/2016, de 23 de junio)

1.- En el recurso, la recurrente no solo impugna, si se está a la cita de sentencias que hace, las valoraciones jurídicas hechas en la sentencia de la audiencia sino también los hechos fijados en ésta; por lo que pretende sustentar su recurso en una base fáctica distinta a la fijada por la Audiencia y, de ahí, que haya interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal antes enjuiciado.

Así sucede con lo relativo a la afirmación que hace la Audiencia Provincial en el sentido de que la demandante entendió el producto y los riesgos asociados a él antes de la contratación.

Tal premisa no puede ser alterada en el recurso de casación, una vez que ha sido desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, porque ello supondría incurrir en el vicio casacional de petición de principio.

2.- Esta sala en la STS n.º 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, rec. 879/2012, con la que se inició la línea jurisprudencial aplicable en controversias como la que nos ocupa, se pronunció sobre la incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento del incumplimiento por la entidad financiera del deber de información cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el *swap* y sobre el alcance de ese deber de información; su doctrina ha sido reiterada en las SSTS 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, recls. 892/2012 y 1520/2012, 387/2014 de 8 de julio, rec. 1256/2012 y 110/2015, de 26 de febrero, rec. 1548/2011, y también en la más reciente STS 535/2015, de 15 de octubre de 2015, rec. 452/2012, entre otras muchas, y en ella se basa el interés casacional que se alega por la recurrente.

Ahora bien, a la vista de la base fáctica de la sentencia recurrida, de la doctrina fijada en esta sentencia interesa ahora destacar que el error que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del *swap* y que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, aunque -dada la asimetría informativa que suele darse



en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas- puede incidir en la apreciación del error y en el requisito de su excusabilidad; por esa razón se declara también en esta sentencia que "conviene aclarar 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 minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información".

En la sentencia 323/2015, de 30 de junio, declaramos:

"La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente".

3.- En la sentencia recurrida se excluye el error vicio porque se llega a la conclusión de que el cliente sabía el riesgo del producto. Así lo declara la audiencia, tras valorar la prueba practicada en los términos ya analizados.

Por tanto, objetivamente considerada, la sentencia recurrida no se opone a la doctrina jurisprudencial de la sala.

Como reitera la sentencia antes citada, 474/2016, de 23 de junio.

Lo relevante para decidir sobre la acción de nulidad contractual por error vicio no es enjuiciar si el banco cumplió todos los requisitos que le impone la normativa bancaria y sobre el mercado de valores ni pronunciarse sobre si esta normativa imperativa fue correctamente observada por el banco, puesto que como ya ha declarado esta sala, lo que determina la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio no es el incumplimiento de la normativa sobre el mercado de valores por parte de la empresa del mercado de inversión, sino si ese incumplimiento ha determinado la existencia de un error sustancial en el cliente, sobre la naturaleza o los riesgos del producto que contrataba, que en tal caso ha de considerarse error excusable. Y si bien el incumplimiento de esa normativa permite presumir la existencia de error vicio en el cliente minorista o, al menos, en el cliente no experto, esa presunción puede ser desvirtuada si existe prueba de que el cliente pudo hacerse una idea correcta de la naturaleza y los riesgos del producto que contrataba.

Esto último es lo sucedido en el supuesto que se enjuicia y, de ahí, que proceda desestimar el recurso de casación.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, procede imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la mercantil Main Memory, S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, en el rollo de apelación n.º 996/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1156/2010, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Barcelona.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan