

LEHMAN

Incumplimiento del deber de evaluación

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 398/2015, de 10 de julio de 2015, recurso: 2503/2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

Indemnización de daños y perjuicios (Estimación) – Alcance del deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad – Presencia de asesoramiento – Irrelevancia del *disclaimer* – Aplicabilidad de la normativa MiFID (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Indemnización de daños y perjuicios: “(...) Consta acreditado (...) que la entidad demandada no recabó el test de idoneidad, ni elaboró el perfil inversor de la demandante, con vistas a justificar que la recomendación de inversión realizada (...) fuera la que más les convenía. Se trata del incumplimiento del estándar mínimo de diligencia y lealtad en la prestación del servicio de asesoramiento financiero. (...) Podía ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor (...). De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.”

Alcance del deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad: “En la citada Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, condensamos la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información y de los test de conveniencia e idoneidad. (...) Declaramos que: «(...) la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. i) En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia (...). ii) En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad (...).» En atención a lo que es objeto de controversia en este caso, que guarda relación con el incumplimiento de los deberes inherentes a la prestación de servicios de asesoramiento financiero, (...) el art. 79 bis. 6 LMV no sólo impone a quien presta servicios de asesoramiento financiero el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, «con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan», sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, «no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.»

Presencia de asesoramiento: “(...) Formaba parte del segmento de banca privada de Bankinter, que realizó una actividad de asesoramiento a la demandante (...). Bankinter no realizó el previo test de idoneidad ni el de conveniencia. (...) A la vista de lo acreditado en la instancia, en que se admite que Bankinter llevó a cabo una labor de asesoramiento, (...) en atención a la forma en que fue ofrecido, conforme a la doctrina contenida en la STJUE de 30 de mayo de 2013 (...), recaía sobre la demandada el deber de recabar el test de idoneidad. (...) Fue admitido por la demandada (...) que la demandante adquirió el producto bajo la recomendación, y por tanto, dentro de la labor de asesoramiento financiero de Bankinter, en cuanto cliente de banca privada.”

Irrelevancia del disclaimer: “(...) Resulta irrelevante que en la orden de adquisición apareciera la siguiente mención: «el cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión en este producto es adecuada para su perfil inversor». Se trata de una mención genérica, que no elude el deber del banco de acreditar que cumplió con esas exigencias. Tal y como exige el art. 79 bis 6 LMV, el banco debía haber probado que con carácter previo a la contratación (...), había elaborado su perfil inversor, en concreto sus conocimientos y experiencia, así como su situación financiera y sus objetivos de inversión. Para a continuación, justificar que la recomendación practicada (...) se adecuaba a este perfil. Esta exigencia legal no se cumple con una cláusula general en la orden de adquisición, que contiene la reseñada mención genérica a la labor de asesoramiento realizada por el banco.”

Aplicabilidad de la normativa MiFID: “El 15 de febrero de 2008, "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), denominada MiFID, ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007 (...). Todavía no había entrado en vigor el RD 217/2008 (...). Según la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre: «(l) as entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley». En la Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, interpretamos esta disposición transitoria en relación con los deberes de información previstos en el apartado 3 del art. 79 bis LMV (...): «(...) Eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79 bis LMV, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.» Esta doctrina trasladada a la materialidad de recabar los test de conveniencia o idoneidad, se traduce en que la entidad que prestaba estos servicios de inversión debía cumplir con los deberes inherentes a la realización de estos test. En el caso del test de idoneidad, debía haberse cerciorado de que la inversión recomendada se adecuaba al perfil inversor del cliente, lo que exigía previamente dejar constancia de él.”

[Texto completo de la sentencia](#)
