

LEHMAN

Responsabilidad por incumplimiento contractual

[STS, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 397/2015, de trece de julio de 2015, recurso: 2140/2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

Incumplimiento de obligaciones contractuales – Relación de causalidad entre la falta de test de idoneidad y la pérdida (Estimación) – Título de imputación de la responsabilidad – Irrelevancia del *disclaimer* – Obligación de realizar el test de idoneidad conforme a la MiFID (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Incumplimiento de obligaciones contractuales: “El (...) empleado de Bankinter, se puso en contacto con los demandantes para ofrecerles la contratación de un producto financiero denominado "Bono Fortaleza" emitido por Lehman Brothers (...). Con carácter previo a otorgar la orden de compra, los demandantes recibieron información sobre el producto financiero y sus riesgos. (...) Suscribieron la orden de adquisición, que además de las características del producto, indicaba el emisor, con su calificación crediticia (A1/A+/AA), las condiciones de cancelación y de cancelación anticipada, y un análisis de escenarios, en el que se advertía expresamente que el producto contratado era un producto financiero de elevado riesgo, que podía generar beneficios pero también pérdidas. Bankinter no realizó el previo test de idoneidad ni el de conveniencia. No obstante, en la orden de compra, los clientes reconocían que habían sido asesorados sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión de ese producto era adecuada para su perfil de inversión. Con la quiebra de Lehman Brothers, (...) Bankinter comunicó a los demandantes la pérdida de la inversión, salvo la cantidad que pudiera haberle correspondido en la liquidación. (...)”

Relación de causalidad entre la falta de test de idoneidad y la pérdida: “La sentencia dictada en primera instancia (...) estimó la acción de responsabilidad civil basada en el art. 1101 CC, derivada del incumplimiento de los deberes de asesoramiento que subyacen a la exigencia legal del test de idoneidad. (...) La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación (...) por entender que no existía relación de causalidad entre el incumplimiento denunciado del test de idoneidad y el resultado de la pérdida de la inversión, que fue consecuencia de la insolvencia del emisor del bono. (...) 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, (...) sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, «no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente». (...) A la vista de lo acreditado en la instancia, en que se admite que Bankinter llevó a cabo una labor de asesoramiento, respecto de la adquisición del bono fortaleza por parte de los demandantes, (...) conforme a la doctrina contenida en la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), recaía sobre la demandada el deber de recabar el test de idoneidad. (...) También consta acreditado en la instancia que la entidad demandada no elaboró el test de idoneidad, ni el perfil inversor de los demandantes, con vistas a justificar que la recomendación de inversión realizada (bono fortaleza) fuera la que más les convenía. (...) Cabía ejercitar 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 del bono fortaleza. 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 los demandantes fueran inversores de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubieran empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que los demandantes asumieran el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.”

Título de imputación de la responsabilidad: “En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (...) constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas».

Irrelevancia del disclaimer: “Estos deberes inherentes al test de idoneidad no pueden entenderse cumplidos por el mero hecho de 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. (...) El banco debía haber probado que con carácter previo a la contratación (...) por su cliente, 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.”

Obligación de realizar el test de idoneidad conforme a la MiFID: “El 15 de febrero de 2008, *“las normas de conducta (...)”* del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE (...), ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007 (...). Todavía no había entrado en vigor el RD 217/2008 (...) pues, aunque data del mismo día 15 de febrero de 2008, no fue publicado en el BOE hasta el día siguiente. Según la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 (...): «(l) as entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta (...) en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor (...)». En la Sentencia 716/2014 (...) interpretamos esta disposición transitoria (...) en el siguiente sentido: «(...) eran exigibles los deberes de información (...), para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales (...)» Esta doctrina trasladada a la materialidad de recabar los test de conveniencia o idoneidad, se traduce en que la entidad (...) debía cumplir con los deberes inherentes a la realización de estos test. (...) 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](#)
