

Roj: STS 3221/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3221
Id Cendoj: 28079110012015100429
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2140/2013
Nº de Resolución: 397/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por Franco y Debora, representados por la procuradora María Concepción Puyol Montero.

Es parte recurrida la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Concepción Puyol Montero, en nombre y representación de Franco y Debora, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, contra la entidad Bankinter, S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que declarando inapropiado el asesoramiento realizado por Bankinter a D. Franco y Dña. Debora respecto a su inversión en un producto estructurado ("Bono Fortaleza - Bono Autocancelable a 8 años") se condene a la citada entidad bancaria a la devolución de las prestaciones de acuerdo con el cuadro que a continuación se inserta:

Bankinter debe:

-Devolver a D. Franco y a Dña Debora 70.000 # que fue la inversión inicial del demandante.

- Devolver a D. Franco y a Dña. Debora en su caso las comisiones cobradas con carga al Contrato de Compra, sin fecha, suscrito con el banco ahora demandado.

- Restituir a los demandantes los frutos obtenidos por el banco, los cuales se concretan en los inversores legales del importe de la inversión inicial desde el momento en que dicha suma fue entregada al banco demandado, es decir, el 15 de febrero de 2008.

D. Franco y Dña. Debora deben:

- Efectuar la puesta a disposición de Bankinter, lo que hacen en este momento de manera solemne, de la propiedad del Bono que adquirieron con cargo al contrato de compra.
- La devolución de los cupones o intereses que les fueron abonados, tal y como se desprende de los documentos que han quedado aportados con la presente demanda.
- Intereses legales correspondientes a dichos cupones desde la fecha en que Bankinter hizo entrega de los mismos a nuestros mandantes, y que deberán ser fijados en ejecución de Sentencia.

Todo ello con expresa condena en costas al demandado, Bankinter y demás pronunciamientos que en Derecho correspondan."

2. La procuradora Rocío Sempere Meneses, en representación de la entidad Bankinter, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"íntegramente desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a las partes demandantes."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 40 de Madrid dictó Sentencia con fecha 29 de noviembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando pertinente la demanda interpuesta por Don Franco y Doña Debora, representados en juicio por la Procuradora de los Tribunales Doña María Concepción Puyol Montero, contra la entidad Bankinter, S.A., representada en juicio por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Sempere Meneses, debo condenar y condeno a dicha entidad demandada a pagar a dichos demandantes la cantidad de 70.000 euros, junto con los intereses legales devengados por dicha suma desde el día 15 de febrero de 2008.

Se declara el derecho de Bankinter S.A. a hacer suya la cantidad que finalmente se recupere de la inversión efectuada por los actores en el Bono Fortaleza tras la liquidación ordenada de las entidades emisora y garante de dichas obligaciones.

Todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas causadas en la presente instancia."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankinter, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 10 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter S.A. contra la Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 40 de Madrid en el Juicio Ordinario nº 1389/10, debemos desestimar la demanda formulada en su contra por D. Franco y Dña. Debora, sin expresar condena en el pago de las costas causadas en ninguna de las instancias y con devolución del depósito constituido."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

5. La procuradora María Concepción Puyol Montero, en representación de Franco y Debora, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Error patente en la apreciación de los hechos y en la valoración de la prueba."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores."

2º) Infracción del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores."

6. Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Franco y Debora, representados por la procuradora María Concepción Puyol Montero; y como parte recurrida la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 27 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Franco y Dª Debora contra la Sentencia dictada, en fecha 10 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), en el rollo de apelación nº 262/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1389/2010 del Juzgado de Primera Instancia 40 de Madrid."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Los demandantes, Franco y Debora, eran clientes de banca privada de Bankinter, S.A. (en adelante, Bankinter). El Sr. Jesús Luis, 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, de un importe de 70.000 euros, por 8 años y auto-cancelable. La rentabilidad de este bono estaba asociada a la evolución de los activos subyacentes, que en este caso eran acciones de ING y Deutsche Bank. Con carácter previo a otorgar la orden de compra, los demandantes recibieron información sobre el producto financiero y sus riesgos.

El 15 de febrero de 2008, Franco y Debora 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, en septiembre de 2008, Bankinter comunicó a los demandantes la pérdida de la inversión, salvo la cantidad que pudiera haberle correspondido en la liquidación.

2. En la demanda formulada por Franco y Debora se ejercitaron dos acciones: una de nulidad del contrato de adquisición del bono fortaleza, por error vicio; y otra de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual. En ambos casos se pedía la condena de Bankinter a entregar a los demandantes la suma invertida de 70.000 euros.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la acción de nulidad, al apreciar que no existió error vicio en la formación del consentimiento, pues los demandantes recibieron suficiente información, en la fase precontractual y al tiempo de otorgar la orden de adquisición, sobre las características del producto y sus riesgos, así como del emisor y el garante de los bonos. Sin embargo, el juzgado sí 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. En concreto, el juzgado razona que el asesor de banca personal Jesús Luis, empleado de Bankinter, aconsejó a los demandantes la contratación del bono fortaleza, producto estructurado de alto riesgo, sin que previamente hubiera obtenido los datos adecuados y necesarios sobre sus conocimientos, experiencia y objetivos de inversión. Todo lo cual era necesario para conocer si la contratación del bono por los demandantes superaba el límite de riesgo dispuesto a asumir por su parte.

4. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de Bankinter y acordó la desestimación de la acción de responsabilidad civil. Es preciso aclarar que, como la sentencia de primera instancia había desestimado la acción de nulidad, y este pronunciamiento no fue impugnado por los demandantes, la cuestión controvertida quedó ceñida a la procedencia o no de la acción de responsabilidad civil. La Audiencia desestimó la acción 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. La sentencia de apelación también declara que no constaba la falta de diligencia en el asesoramiento y comercialización del producto financiero objeto de procedimiento.

5. Frente a la sentencia de apelación, Franco y Debora formulan recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en un motivo, y recurso de casación, sobre la base de dos motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

6. Formulación del único motivo. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por error patente en la apreciación de los hechos y en la valoración de la prueba. Según el recurso, la Audiencia ha llevado a cabo «una interpretación manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba testifical», al no tomar en consideración las manifiestas contradicciones en que incurrió el empleado de Bankinter en su interrogatorio.

En el desarrollo del motivo se analiza el contenido de la declaración testifical del Sr. Jesús Luis, en la que reconoce que, si bien recomendó a los demandantes la compra del bono, no

evaluó sus conocimientos, experiencia previa y perfil de riesgo, tomando sólo en consideración la disposición de efectivo de la que gozaban.

El recurso cuestiona la valoración de la prueba testifical del Sr. Jesús Luis en relación con las conclusiones alcanzadas por la Audiencia de que: «...quedó acreditado que la entidad demandada suministró a los actores toda la información necesaria y precisa sobre el funcionamiento y características del producto financiero que adquirieron, tanto en la fase precontractual como en la contractual, o en la postcontractual...».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación del motivo. Es constante la doctrina de la Sala sobre el carácter excepcional de la revisión de la valoración de la prueba con ocasión del recurso extraordinario por infracción procesal, en caso de error notorio o arbitrariedad, y siempre que se haya ocasionado indefensión.

Al margen de si resulta ilógica o no la valoración realizada por el tribunal de instancia, plasmada en la conclusión de que la entidad demandada suministró a los actores toda la información necesaria y precisa sobre el funcionamiento y características del producto financiero que adquirieron, tanto en la fase precontractual como en la contractual, se refiere a un enjuiciamiento que quedó firme en segunda instancia. Esa conclusión había sido alcanzada por el juzgado en relación con la acción de anulación por error vicio, al desestimarla, y este pronunciamiento no fue impugnado en la instancia.

Además, y en relación con la desestimación de la segunda acción de responsabilidad civil contractual, que era la única objeto de controversia en segunda instancia, aquella conclusión es ajena a la razón por la cual la Audiencia desestimó esta acción. La razón de la desestimación radicó en que, a su juicio, 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.

De tal forma que a estos efectos, resultaba irrelevante lo acreditado respecto del cumplimiento del deber de información, pues, además de que la controversia surgía en torno a los deberes de asesoramiento por la falta de evaluación del perfil inversor de los demandantes, en cualquier caso la razón de la decisión de la Audiencia es una valoración sobre la causalidad jurídica, que no se ve afectada por el error denunciado.

Recurso de casación

8. Formulación de los dos motivos. El *primer motivo* se basa en la infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV), por existir doctrina jurisprudencial que afirma que el incumplimiento grave del estándar de diligencia, buena fe e información en materia de inversiones financieras constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos. Y cita la Sentencia 244/2013, de 18 de abril, según la cual el «incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes».

En el desarrollo del motivo, razona que la sentencia recurrida se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo en dos puntos: i) el perfil financiero de los clientes debe identificar su nivel de riesgo y sus preferencias u objetivos, y desempeña una función integradora del contenido del contrato; y ii) el suministro de información insuficiente o defectuosa a sus clientes por la prestataria de servicios financieros puede constituir una conducta que dé derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 79 bis LMV, por existir doctrina jurisprudencial que afirma que respecto de los servicios de asesoramiento financiero la

obligación de información exigible a las entidades prestadoras de servicios de inversión es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Y cita la Sentencia 244/2013, de 18 de abril.

Procede estimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

9. Normativa aplicable. En atención al momento en que se firmó la orden de adquisición del bono fortaleza, el 15 de febrero de 2008, conviene aclarar en primer lugar la normativa aplicable.

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, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Todavía no había entrado en vigor el RD 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación, 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, de 19 de diciembre: «(1) 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, en el siguiente sentido:

«Es obvio que la reforma operada por la Ley 47/2007 exigía una adaptación de la normativa interna de las entidades que prestan servicios de inversión, así como de sus programas de actividades, para lo cual se concedía el plazo de seis meses, con los efectos administrativos correspondientes. Esto afectaba esencialmente al cumplimiento de los nuevos requisitos de organización interna de las entidades, y a las obligaciones establecidas en los arts. 79 bis (información), 79 ter (Registro de contratos), 79 sexies (gestión y ejecución de órdenes) y 59 bis (comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), sólo en la medida en que requirieran una modificación de los programas de actuación.

»De modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional [...].

»[...] al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, 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.

10. Jurisprudencia sobre el 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. Por lo que respecta a los test de conveniencia e idoneidad, declaramos que: «sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, 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*, regulado en el art. 79bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero.

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*, regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero.»

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, conviene transcribir la literalidad del art. 79 bis. 6 LMV (*test de idoneidad*), vigente en el momento de la suscripción de la orden de adquisición:

«Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.»

De este modo, 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».

11. Estimación de los motivos primero y segundo. En nuestro caso, no se discute el cumplimiento de los deberes de información, pues así se declaró en la sentencia de primera instancia, al desestimar la acción de nulidad por error vicio, y esta declaración quedó firme. Sin embargo, sí se discute el cumplimiento del deber de recabar el test de idoneidad y las consecuencias de su incumplimiento.

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, en atención a la forma en que fue ofrecido, 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.

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), «(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como « *la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros* ». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que « *se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)*», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

Quedó acreditado en la instancia que fue el Sr. Jesús Luis, empleado de Bankinter, quien se dirigió a los demandantes para ofrecerles la adquisición del bono fortaleza, y los demandantes suscribieron la orden adquisición bajo el influjo del asesoramiento del Sr. Jesús Luis.

12. 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.

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. Tal y como exige el art. 79 bis 6 LMV, el banco debía haber probado que con carácter previo a la contratación del bono fortaleza 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, en este caso, la adquisición del bono fortaleza, 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.

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 (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el

mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales 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». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, 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.

Por todo ello procede estimar el recurso de casación, tener por desestimada la apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas

13. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a los recurrentes las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.1 LEC). Estimado el recurso de casación, no imponemos las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC). La estimación de la casación conlleva la desestimación del recurso de apelación, y la condena a la demandada recurrente al pago de las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de Franco y Debora contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) de 10 de julio de 2013, que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid de 29 de noviembre de 2011. Imponemos las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

2º Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Franco y Debora contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20ª) de 10 de julio de 2013, que dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid de 29 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva confirmamos. No hacemos expresa condena de las costas del recurso de casación, e imponemos las del recurso de apelación a la parte apelante.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.