



Roj: **STS 5109/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5109**

Id Cendoj: **28079110012016100651**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2016**

Nº de Recurso: **811/2014**

Nº de Resolución: **677/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 41/2014,**  
**STS 5109/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 16 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 27/2014 de 23 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2173/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, sobre reclamación de cantidad. El recurso fue interpuesto por D. Benjamín, representado por el procurador D. Jorge Deleito García y asistida por la letrada D.<sup>a</sup> Beatriz Romero Redondo. Es parte recurrida Bankinter, S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Rocío Sampere Meneses y asistida por el letrado D. Luis Carnicero Becker.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> María José Huécar Duran, en nombre y representación de D. Benjamín, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que se declare:

» a) La nulidad del contrato de fecha de marzo de 2008 (documento número 2 de la demanda) y se declare la obligación de las partes de este litigio de restituirse recíprocamente las cantidades entregadas en virtud del señalado contrato son sus frutos e intereses, y en consecuencia, condene al reintegro de la suma de ciento veinte mil euros (120.000.-), deduciéndose de esta cantidad, los cupones abonados, y por tanto condenando al reintegro de la cantidad de ciento trece mil novecientos veinticinco euros (?113.925.-), más los intereses legales desde Marzo de 2008 de la cantidad inicial invertida y las costas que se originen.

»b) Subsidiariamente se determine la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, consistente en la pérdida del capital invertido, esto es la cantidad de 120.000.-euros, condenando al pago de dicha cantidad o de la que se determine por SS<sup>a</sup> a tenor de las pruebas que se practiquen en este procedimiento, más los intereses legales y las costas que se originen»

2.- La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola y fue registrada con el núm. 2173/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Bankinter, S.A. contestó a la demanda y solicitó su desestimación con condena en costas a la parte demandante.



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, dictó sentencia de fecha 30 de diciembre de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente como estimo la demanda deducida por la Procuradora de los Tribunales Sra. Huéscar Durán en nombre y representación del Sr. Benjamín , condeno a Bankinter, S.A., demandada, a abonar al primero la suma de 96.325,13 euros, incrementada en la que resulte de aplicarle el interés legal del dinero desde el 28 de enero de 2010, con imposición a cada parte de las costas 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 Bankinter, S.A. La representación de Benjamín se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 163/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 27/2014 en fecha 23 de enero , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter, S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Fuengirola, en los autos de juicio ordinario a que dicho recurso se refiere, previa revocación de la misma, debemos:

» a) Desestimar la demanda formulada en la instancia absolviendo a Bankinter, S.A., de los pedimentos formulados en su contra.

» b) Condenar a Don Benjamín al pago de las costas causadas en la instancia.

» c) No hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Javier Bonet Teixeira, en representación de D. Benjamín , interpuso recurso de casación. Los motivos del recurso de casación fueron cuatro.

En el primero, se invoca la infracción de los arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y RD 217/08 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que desarrolla la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; en concreto se plantea la determinación del alcance de lo que se refiere a un servicio de asesoramiento o de gestión de carteras de inversión.

En el segundo, se invoca la infracción de los arts. 78 bis y 79 de la Ley del Mercado de Valores y RD 217/08 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que desarrolla la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; en concreto, se denuncia la infracción de la obligación por parte del banco de indagación del perfil del cliente y su calificación como cliente minorista o profesional.

En el tercero, se invoca la infracción de los arts. 78 bis y 79 de la Ley del Mercado de Valores , Directiva 1993/22/CE de 10 de mayo, arts. 10 y 12 y RD 629/93 de 3 de mayo en su art. 5; en concreto se denuncia la infracción de las normas de conducta que han de observar las empresas que prestan servicios de inversión en el momento de la contratación.

En el cuarto, se invoca la infracción de los arts. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores , Directiva 1993/22/CE de 10 de mayo, arts. 10 y 12 y RD 629/93 de 3 de mayo , en su art. 5; en concreto, se denuncia la infracción de las normas de conducta que han de observar las empresas que presten servicios de inversión tras el momento de la contratación. En concreto, se denuncia que la entidad demandada tampoco fue diligente a la hora de informar sobre los rumores de quiebra del banco islandés que ya empezaron a surgir en verano del 2008 y que el cliente no tenía ninguna posibilidad de venta en el mercado secundario de las participaciones preferentes siendo el banco el único con acceso a dicha información.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de marzo de 2015, aclarado por otro de 13 de mayo de 2015, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Bankinter, S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Los datos más relevantes para comprender las cuestiones planteadas en el recurso son las siguientes.

En marzo de 2008, una empleada de Bankinter acudió al hotel en que residía D. Benjamín y le ofreció varios productos de inversión entre los que elegir. Entre estos productos se encontraban las participaciones preferentes emitidas por el banco islandés Kaupthing, que ofrecían una rentabilidad del 7,66% anual, en las que el banco recomendó al Sr. Benjamín invertir entre 200.000 y 400.000 euros. Este, finalmente, suscribió participaciones preferentes por un valor nominal de 120.000 euros, por las que pagó 102.400,13 euros.

El banco no realizó al cliente el test de idoneidad ni el test de conveniencia. La información que le suministró se limitó a un breve folleto que explicaba algunas características de este producto, pero que no hacía mención a ningún riesgo.

Junto con la orden de suscripción del producto, en el que bajo el título «depósitos a plazo/activos financieros» se hizo constar «preferentes en KAUPTHING BANK», el cliente firmó también unas condiciones generales, que junto con las aplicables a todos los contratos de productos financieros ofrecidos por el banco, contenía diversos capítulos relativos a cada uno de estos productos.

Con anterioridad, el Sr. Benjamín había contratado en 2005 fondos de inversión inmobiliaria. Junto con las participaciones preferentes objeto de su demanda, suscribió también un bono estructurado y un depósito a plazo fijo de tres meses.

En octubre de 2008, el gobierno de Islandia intervino el banco Kaupthing y el Sr. Benjamín perdió su inversión. Hasta ese momento, había recibido tres abonos de 2.025 euros cada uno de ellos.

Algunos días después, Bankinter sometió al cliente a un «cuestionario de preferencias de inversión» en el que aparece marcada la casilla «[c]onservador: Busco la protección del capital y acepto un riesgo bajo de pérdida de la inversión a cambio de un incremento pequeño en la expectativa de rentabilidad».

2.- El Sr. Benjamín interpuso una demanda contra Bankinter en la que ejercitó la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento y, alternativamente, la acción de indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de Bankinter consistente en no haberle informado adecuadamente de la naturaleza y riesgos del producto financiero que le ofertó.

3.- El Juzgado de Primera Instancia consideró que el banco había incumplido las obligaciones que le imponía la normativa sobre el mercado de valores al no haberse informado sobre los conocimientos y las necesidades de inversión del cliente y al no haberle informado adecuadamente de los riesgos del producto que le ofrecía. Por ello, estimó la petición de indemnización y condenó a Bankinter a pagar al demandante 96.325,13 euros, resultante de restar al importe invertido los abonos de intereses realizados, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

4.- Bankinter apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso. La Audiencia rechazó la calificación de «conservador» que el cliente se atribuyó en el cuestionario a que fue sometido, a la vista de la inversión en renta fija que había hecho antes y el bono estructurado que suscribió simultáneamente a las preferentes. Asimismo, negó que el banco tuviera los deberes propios de una relación de asesoramiento, al tratarse de un contrato de comisión mercantil del art. 244 del Código de Comercio. Afirmó también la Audiencia que «es inherente a estas operaciones resultados inciertos al tratarse de una operación especulativa». Y que el hecho de no atender la información facilitada los requisitos que contemplaba el folleto informativo de la CMNV no constituye una negligencia ni siquiera leve encuadrable en el art. 1101 del Código Civil, pues además el cliente podía consultar la página web del banco.

5.- El Sr. Benjamín ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, basado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

Bankinter ha alegado numerosas causas de inadmisión del recurso, que no pueden ser estimadas. La Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), asumido también en numerosas sentencias posteriores (351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, 577/2015, de 5 de noviembre, 188/2016, de 18 de marzo, 267/2016, de 22 de abril, entre otras). Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional,



supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo ). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (Efstathiou y otros contra Grecia), 24 de abril de 2008 (Kemp y otros contra Luxemburgo), 30 de julio de 2009 (Dattel contra Luxemburgo ) , 5 de noviembre de 2009 (Nunes Guerreiro contra Luxemburgo ) y 22 de julio de 2010 (Ewert contra Luxemburgo).

En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y se ha expuesto cómo ve la parte recurrente el interés casacional, que por otra parte es evidente a la vista de la jurisprudencia de esta sala sobre los deberes de información en la comercialización de productos de inversión.

Asimismo, se plantean como causa de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso.*

1.- El primer motivo se basa en la infracción de los arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y RD 217/08 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que desarrolla la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

2.- En él se plantea que lo prestado por Bankinter fue un servicio de asesoramiento, que supone obligaciones de la entidad bancaria de informar, con la diligencia y transparencia debida.

#### **TERCERO.-** *Decisión de la sala. El asesoramiento en la inversión.*

1.- La cuestión planteada en este motivo ha sido ya abordada y resuelta tanto por esta sala como por el TJUE.

En la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , declaramos:

«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.

»De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)».

2.- El contrato objeto del litigio fue suscrito cuando había vencido el plazo de transposición de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive, en acrónimo, MiFID) y había sido traspuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación. Por tanto, es de plena aplicación la normativa MiFID y la jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, que la aplica.

3.- A la vista de esta jurisprudencia, no cabe duda de que en nuestro caso Bankinter llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues la suscripción de las participaciones preferentes fue ofrecida al demandante por el banco, por medio de una de sus empleadas. En el ofrecimiento se incluía incluso una recomendación sobre la cantidad que se aconsejaba invertir en ese producto.

4.- Que la relación contractual entre el banco y su cliente en la suscripción de las participaciones preferentes pueda considerarse como una comisión mercantil, según afirma la Audiencia, no excluye que presente características especiales al estar sometida a la normativa sobre el mercado de valores, en este caso la que traspone la Directiva MiFID, que establece unas obligaciones de información reforzadas a la empresa del mercado de valores, también cuando actúa como comisionista. La condición de comisionista en el mercado de valores, cuando promueve la suscripción de productos de inversión mediante su ofrecimiento a sus clientes efectivos o potenciales (salvo que se divulgue exclusivamente a través de canales de distribución o vaya destinada al público), no excluye la existencia de una relación de asesoramiento, que no exige como requisito para su existencia la suscripción de un contrato específico *ad hoc* (sentencia 489/2015, de 16 de septiembre) ni puede ser eludida por el banco mediante la inclusión de cláusulas exoneratorias predispuestas en los contratos que celebre con los clientes, por cuanto que las obligaciones para con sus clientes, en especial los minoristas, derivadas de esa relación de asesoramiento tienen carácter imperativo. Para que estemos ante una relación de asesoramiento, en la que la empresa de inversión debe cumplir los rigurosos deberes de información al cliente minorista impuestos por la normativa sobre el mercado de valores, basta con que la iniciativa de contratar parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición.

5.- Lo expuesto lleva a que este motivo deba ser estimado.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo.*

1.- En este motivo se alega la infracción de los arts. 78 bis y 79 de la Ley del Mercado de Valores y RD 217/08 de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que desarrolla la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

2.- La infracción se habría producido al no apreciar la Audiencia la vulneración por parte del banco de la obligación de indagación del perfil del cliente y su calificación como cliente minorista o profesional. Esta indagación solo se realizó siete meses después de celebrar el contrato. El hecho de que el recurrente hubiera suscrito en 2005 fondos de inversión inmobiliaria y suscribiera, junto con las participaciones preferentes, un depósito a plazo fijo y un bono estructurado, no supone que conociera las especiales características y riesgos de las participaciones preferentes.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. La información a recabar del cliente.*

1.- Como afirmamos en la sentencia 614/2016, de 7 de octubre, tras la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores). Y si se encuadran en la primera categoría, las citadas entidades financieras deben asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos, y deben suministrar a estos clientes una información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión tienen, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) Evaluar la idoneidad y





conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

Como afirmamos en la sentencia 1454/2015, de 3 de febrero, el test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

2.- La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos complejos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto (en este caso, participaciones preferentes) que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero).

3.- En el presente caso, Bankinter no recabó, con carácter previo al ofrecimiento y a la suscripción de las participaciones preferentes, información sobre los conocimientos y experiencia inversora del cliente, ni realizó un estudio previo de sus condiciones económicas y financieras para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Solo se hizo un test de esta naturaleza varios meses después de la suscripción del producto complejo y de riesgo, del que se desprendía precisamente que el cliente optaba por un perfil conservador.

4.- La valoración de la Audiencia de que esta opción conservadora era incompatible con la suscripción por el demandante de otro producto complejo, como es el bono estructurado que suscribió simultáneamente a las participaciones preferentes (el otro producto, un depósito a plazo fijo, es claramente un producto de inversión conservador), no solo no debilita la tesis del recurrente sino que la refuerza, puesto que Bankinter, sin recabar información sobre el perfil inversor de un cliente que deseaba realizar inversiones de carácter conservador, le ofertó productos complejos y de riesgo, infringiendo con ello los deberes que el código de conducta establecido en la normativa del mercado de valores le impone.

5.- Lo expuesto supone que este motivo del recurso deba ser también estimado.

#### **SEXTO.-** *Formulación del tercer motivo.*

1.- En este motivo se alega la infracción de los arts. 78 bis y 79 de la Ley del Mercado de Valores, la Directiva 1993/22/CE de 10 de mayo, arts. 10 y 12, y el RD 629/93 de 3 de mayo en su art. 5.

2.- Esta infracción se habría producido por no haber apreciado la Audiencia Provincial la infracción de las normas de conducta que han de observar las empresas que prestan servicios de inversión en el momento de la contratación. Estas normas de conducta imponen al banco la obligación de suministrar información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para el cliente, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva.

#### **SÉPTIMO.-** *Decisión de la sala. Las obligaciones de información de las empresas de inversión.*

1.- La Audiencia Provincial aceptó la tesis de la apelante Bankinter, que afirmó que no era procedente informar al cliente sobre el riesgo de que en caso de quiebra del emisor del producto, podía perder el capital invertido, porque ello es consustancial al riesgo de inversión. La Audiencia consideró que los resultados inciertos son inherentes a estas operaciones, al tener naturaleza especulativa. Además, consideró que no podía considerarse infringida la obligación de informar porque el demandante podía consultar la web del banco.

2.- Esta tesis no es conforme con la jurisprudencia de esta sala. En las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, hemos afirmado que la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo

de las inversiones que realiza. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

No puede aceptarse la tesis de la Audiencia, cuando considera que no hay obligación de informar sobre el riesgo de pérdida total de la inversión por la insolvencia del emisor, pues en este caso el producto no estaba garantizado por un tercero. La normativa del mercado de valores exige justamente una información adecuada sobre el riesgo de pérdida total de la inversión ( art. 64.2.a del Real Decreto 217/2008 ) y de todo lo relativo a las garantías del producto (art. 64.5 del Reglamento), lo que incluye también la información sobre la ausencia de tales garantías.

En consecuencia, Bankinter debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación, no solo de la naturaleza compleja y de riesgo del producto ofertado (el cliente no podía saber que se trataba de un producto «especulativo», como se afirma en la sentencia recurrida, si no se le informaba de ello, tanto más si se ofertaba como un producto de renta fija), sino también del concreto riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor.

**3.-** Tampoco la disponibilidad de una web por parte del banco, en la que se contendría una información no precisada, excluye el incumplimiento por el banco de sus deberes de información al cliente. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/2006, de 25 de febrero , entre otras, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas o consultar la página web.

Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de buscar. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

**4.-** Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 489/2015, de 15 de septiembre , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que el cliente hubiera realizado algunas inversiones previas no lo convierte tampoco en experto, puesto que no se ha probado que en esas inversiones anteriores se le hubiera dado una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que la entidad pruebe que la información que dio al cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

**5.-** En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre , 397/2015, de 13 de julio , y la 398/2015, de 10 de julio , 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 incumplimiento grave de los deberes de información 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 lo fundamental, 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 y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, 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 las participaciones preferentes.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.

**6.-** Lo expuesto lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.

**7.-** La estimación de los tres primeros motivos del recurso conlleva la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la desestimación del recurso de apelación, sin necesidad de entrar siquiera en el último de los motivos del recurso planteados.

**OCTAVO.-** *Costas y depósito.*

**1.-** La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las del recurso de casación. Procede condenar a la apelante al pago de las costas ocasionadas por el recurso de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Benjamín , contra la sentencia núm. 27/2014 de 23 de enero dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación núm. 163/2012 . **2.º-** Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola , que confirmamos. **3.º-** No procede imposición de costas del recurso de casación. Se condena a Bankinter, S.A. al pago de las costas del recurso de apelación. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación. 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.