

Roj: SAP IB 466/2012
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 3
Nº de Recurso: 559/2011
Nº de Resolución: 82/2012
Fecha de Resolución: 16/02/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CATALINA MARIA MORAGUES VIDAL
Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Nulidad y resolución de contrato de inversión. Participaciones preferentes. Deber de información.

Resumen:

El cliente de la entidad bancaria insta la nulidad por error en el consentimiento o resolución del contrato de adquisición de participaciones preferentes emitidas por Lehman brothers. Al actor se califica como minorista y ostenta, además, la condición de consumidor, merecedor de la máxima protección; calificación que no varía por el hecho de haber concertado con anterioridad operaciones financieras pero sin la complejidad que presenta el mentado producto al ser difícil el seguimiento de su rentabilidad, pues cotiza en mercado secundario y poder conocer el resultado de la inversión. El deber de información en este mercado pesa sobre el profesional financiero tanto en fase precontractual como contractual, si bien no se entiende infringido por no preveer la quiebra de la sociedad emisora del producto por no ser esperada; si se incumplió con tal deber durante la vigencia del contrato por no comunicar al cliente la situación económica de la sociedad emisora y las dificultades que presentaba cuando el valor nominal se había reducido sensiblemente. Ello provoca la resolución contractual, si bien se declara incongruente la indemnización otorgada por el Juez al no ser la pedida; dada la dificultad de tal aspecto pues se ignora qué habría decidido el cliente de haber recibido esa información, se otorga la mitad del importe invertido que al ser una cantidad mayor que la fijada por el Juez se ratifica la fallada en la instancia.

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00082/2012

Rollo de Apelación 559/11

SENTENCIA NUM. 82

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

D. Carlos Gómez Martínez.

MAGISTRADOS:

Dña. M^a Rosa Rigo Rosselló

Dña. Catalina María Moragues Vidal

En Palma de Mallorca, a 16 de febrero de 2012.

VISTOS por la Sección 3^a de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Manacor, bajo el nº 570/10, Rollo de Sala nº 559/11, entre partes, de una como demandada-apelante la entidad Banco Español de Crédito S.A., representada por el procurador don Juan Cerdá Bestard y de otra, como actora - apelada doña Carmela , representada por el procurador don Antonio Ferragut, asistidas ambas de sus respectivos letrados, doña Elena Gonzalez y doña Isabel Ana Martorell.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada Doña Catalina María Moragues Vidal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de primera Instancia nº 7 de Manacor, se dictó en fecha 23 de mayo de 2011 sentencia en el juicio ordinario seguido bajo el nº 570/2010, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda de Juicio Ordinario numero 570/10 formulada por la Procuradora Sra. Riera Servera en nombre y representación de doña Carmela , declaro que debo condenar y condeno a la entidad Banco Español de Crédito S.A. a que pague la suma de dieciocho mil doscientos cuarenta euros (18.240 euros) con los intereses legales, desestimando el resto de las pretensiones interesadas en la demanda, sin hacer expresa condena en costas a ninguno de los litigantes, debiendo cada parte pechar con las costas causadas a su instancia".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitido, y seguido el procedimiento por sus trámites, se señaló para deliberación,

votación y fallo el día 25 de enero del presente año; quedando el presente recurso concluso para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que concluye la primera instancia resuelve estimar en parte la demanda en su día formulada por doña Carmela contra la entidad "Banco Español de Crédito SA", condenando a dicha mercantil demandada a abonar a la actora la cantidad de 18.240 euros, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que causó a la demandante la falta de diligencia del banco al no informar debidamente a su cliente de las posibles operaciones de venta que se estaban realizando ante las dificultades por las que estaba atravesando la entidad Lehman Brothers, lo que le impidió adoptar decisiones respecto de las posibilidades de venta de sus bonos aunque fuera a riesgo de perder parte de la inversión efectuada, fijando la concreta suma indemnizatoria en el 38% del valor nominal de los bonos, porcentaje que se corresponde al valor en el último día en que se pudieron vender. Se alza contra la meritada resolución la entidad bancaria solicitando de este Tribunal su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se desestime la demanda, esgrimiendo en fundamento de tal pretensión revocatoria las alegaciones que, resumidamente, se pasan a exponer: a) incongruencia de la sentencia apelada al resolver el debate litigioso amparándose en argumentos que no fueron objeto de discusión en la primera instancia, causando con ello una evidente indefensión a la demandada-apelante; b) errónea valoración de la prueba en lo atinente a la existencia de rumores notorios sobre la previsible declaración de insolvencia de Lehman Brothers; c) errónea valoración de la prueba practicada sobre la relación contractual que unía a las partes y las obligaciones de información de BANESTO para con la actora y el conocimiento de ésta en la venta de participaciones preferentes y otras inversiones; d) inexistencia de nexo causal entre el incumplimiento señalado en la demanda y el daño, elemento éste último que resulta igualmente inexistente.

La parte actora hoy apelada se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- A los efectos de una mejor comprensión de la cuestión objeto de la presente alzada, deberá recordarse que en la demanda origen del presente procedimiento se solicitaba, de manera principal, la nulidad del contrato por el que la actora adquirió el producto bancario conocido hoy por Bonos de empresas del banco estadounidense Lehman Brothers y su filial inglesa Lehman Brothers UK Capital Funding II, adquisición que por un importe nominal de 50.000 euros realizó la actora Sra. Carmela el 15 de abril de 2007, por concurrir error o vicio en el consentimiento, y, consecuencia de dicha nulidad, se condenara a la demandada BANCO ESPAÑOL DE CREDITO SA, a abonar a la actora la cantidad de 55.251,44 céntimos, suma que comprende las siguientes partidas: 48.000 euros en concepto de principal abonado al adquirir el producto, 168 euros cobrados por BANESTO en concepto de comisión, 2.451,44 euros, en concepto de cupón abonado y luego retrocedido y 4.800 euros por daño moral; subsidiariamente, se declare la anulabilidad del contrato con devolución por BANESTO de las cantidades anteriormente mencionadas; y, también subsidiariamente, se decrete la resolución contractual debido al incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento por parte de la demandada a la demandante, con la consiguiente indemnización por los daños causados y que se cuantifican en las mismas cantidades y conceptos anteriormente expuesto.

La pretensión ejercitada en la demanda se fundamenta en la inexistencia de información y asesoramiento en dos momentos diferenciados, de un lado, en la contratación del producto, y de otro, durante la vida de la inversión o evolución de dicho producto, lo que provocó el error en el consentimiento de la actora. Se relata en la demanda que doña Carmela posee unos elementales conocimientos de banca, adquiriendo por asesoramiento del banco ahora demandado un producto que no se corresponde con su perfil inversor, que le dijeron que dichos valores estaban garantizados por el banco, que se amortizarían a los tres años y que su interés sería del 5,25 % anual, cuando en realidad no tienen esa garantía, son perpetuos y a los tres años cabe la posibilidad de una "call" y sólo pueden venderse si encuentran comprador en el mercado secundario; no haber entregado un folleto informativo de la emisión; que su perfil de inversor era conservador y no quería ningún producto que pudiera suponer una pérdida total o parcial de la inversión; le dijeron que eran bonos y no participaciones preferentes; que la demandada es comisionista de dichos productos, habiendo cobrado por ello cantidades millonarias; no se le informó, por tanto, de las características de los productos adquiridos, ni de la evolución de la inversión, ni de la pérdida de solvencia de la entidad emisora, ni de la quiebra de la misma de la que se enteró por las noticias de prensa, recibiendo cuatro meses después comunicación de BANESTO remitiendo a la actora para su información a unas páginas de internet, incumpliendo así el artículo 15 del RD 629/1.993 y la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y Consejo de 4 de noviembre de 2.003, cuyo objeto es garantizar la protección del inversor y la eficiencia del mercado, en un producto que presenta una complejidad financiera y un nivel de riesgo superior a los productos tradicionales, y no se evaluó a los clientes a los efectos de conocer su grado de conocimiento y experiencia, objeto de su inversión y predisposición a asumir riesgos; y alega una defectuosa información de la delicada situación del emisor de dichos bonos, tanto antes como después de la quiebra de Lehmann Brothers, acompañando junto a su escrito de demanda copias de publicaciones periodísticas relativas a la difícil situación de entidades bancarias ligadas a los productos financieros comercializados con resultado perjudicial para los inversores.

La postura de la entidad bancaria puede resumirse en que no se puede hacer responsable al Banco que ejecuta una orden de compra del resultado de la inversión, que se debe a la insolvencia del emisor, sin intervención de la demandada, la cual se limitó a ejecutar en el mercado secundario la orden de compra de las participaciones preferentes emitidas por Lehman Brothers; se trata de un contrato de administración y depósito de valores y no un contrato de gestión de cartera o asimilable del que se derive una obligación de asesoramiento durante toda la vida del contrato; que la actora fue puntualmente informada de todas las características de la emisión; la demandada no podía adivinar y anticipar la imprevisible quiebra Lehman Brothers, y cuando la conoció lo puso inmediatamente en conocimiento de sus inversores.

TERCERO.- Procede, en primer lugar, entrar a resolver sobre la alegada incongruencia de la sentencia apelada, incongruencia que viene referida por la apelante a las dos cuestiones siguientes: por una parte, el juez "a quo" fundamenta su decisión parcialmente estimatoria en el incumplimiento del deber de información y asesoramiento los días inmediatamente anteriores a la quiebra de Lehman Brothers, no habiendo informado a la actora de la posibilidad de vender ni haberla alertado de la existencia de rumores en el verano de 2008 sobre la previsible quiebra de Lehman Brothers; afirma la apelante que tal incumplimiento no fue alegado en la demanda ni fue fijado como hecho controvertido; y, por otra parte, la cuantificación de la indemnización es ajena al debate habido entre las partes, optando el juez "a quo" por un criterio de cálculo distinto al

elegido por la demandante respecto del cual no se ha practicado prueba alguna ni ha podido defenderse la demandada, lo que produce una desviación de la causa de pedir con infracción de lo dispuesto en el *artículo 216y 218 LEC*.

Sabido es que el principio de la congruencia supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en el suplico de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no con relación a los fundamentos o fundamentaciones que se hagan en los mismos, es decir, la congruencia ha de medirse por ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, no concediéndoles más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgando cosa distinta de lo pretendido por una y otra parte. En tal sentido deberán recordarse los *artículos 410y 412.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil*, que disponen, por una parte, que la litispendencia, con todos sus efectos procesales se produce desde la interposición de la demanda, y, por otra, que establecido lo que sea el objeto del proceso en dicho escrito inicial y en su contestación, las partes no podrán alterarlo. La tutela judicial efectiva (*artículo 24 de la Constitución*) comprende, en efecto, el derecho a obtener una resolución motivada sobre la solicitud formulada al órgano judicial, que además ha de ser congruente, lo que consiste en que se ajuste o responda a lo pedido por el justiciable y a los fundamentos de su petición, como tantas veces ha dicho el *Tribunal Constitucional (Sentencias 215/1999, 141/2002, 191/1995)*, siendo consecuencia de los principios de justicia rogada o dispositivo y de aportación de parte que rigen nuestro proceso civil que implican que la ley deja a la libertad de los litigantes entablar el proceso, configurar a voluntad el objeto litigioso en su doble vertiente fáctica y jurídica y aportar los materiales sobre los que ha de fundarse la respuesta judicial. Así lo establece con términos taxativos el *artículo 216 de la LEC* cuando previene que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. El deber de congruencia de las sentencias que consagra el *artículo 218 de la LEC* emana de tales principios rectores. El numeral primero del precepto determina en este sentido que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, y ordena al tribunal que resuelva conforme a las normas aplicables al caso, pero siempre sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La doctrina del Tribunal Supremo advierte con reiteración de la necesidad imperiosa de que las sentencias se ajusten al planteamiento que las partes otorgan a la controversia, cuidando de no resolver cuestiones distintas de las suscitadas por los contendientes -salvo que se trate de puntos sometidos a control jurisdiccional de oficio- o sobre sustrato fáctico diverso del invocado. La sentencia que transgrede estos límites incurre en incongruencia por extra petita (entre otras muchas, la *STS 1181/2006, de 17 de noviembre*).

La sentencia hoy apelada, afirma que no se ha acreditado que al momento de la compra del producto la actora tuviera viciado el consentimiento, pues había comprado con anterioridad productos de renta variables por lo que la falta de folleto explicativo del producto no tiene relación causal con el resultado de la inversión, cuando, además, la demandada no venía obligada a publicar las condiciones de la emisión; sin embargo el Juez "a quo" si estima acreditado el incumplimiento contractual del deber de información y asesoramiento durante los días anteriores a la quiebra del banco estadounidense, quiebra que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2008, fecha en la que ya estaba en vigor la Ley 47/2007, no habiendo acreditado la demandada haber tenido al corriente a la actora de su posibilidad de vender aunque fuera perdiendo, siendo que la actora era una cliente minorista a la que debía haber informado ante los rumores sobre las dificultades del banco emisor a los efectos de poder vender sus participaciones; el meritado incumplimiento ha causado a la actora unos perjuicios que el juez "a quo" entiende deben ser resarcidos en la cantidad que hubiera podido obtener la actora de haber vendido los bonos el último día que se pudieron vender por el 38% de su valor nominal.

Pues bien, aplicando la doctrina a la que anteriormente se ha hecho referencia al caso hoy sometido a la decisión de este Tribunal, es el parecer de la Sala que el juzgador "a quo" incurre en incongruencia, no tanto al residenciar el incumplimiento contractual en la falta de información en los días inmediatamente anteriores a la quiebra de Lehman Brothers, puesto que dicha falta de información y asesoramiento "en la evolución de la inversión" había sido ya denunciada en la demanda, sino fundamentalmente al fijar la concreta suma objeto de indemnización atendiendo a parámetros que no habían sido expuestos por la actora ni sometidos a contradicción, lo que causa evidente indefensión a la parte demandada que se ha visto impedida de proponer y practicar prueba sobre dicha cuestión. La consecuencia de apreciar el vicio de incongruencia alegado por la parte apelante obliga a este Tribunal a entrar a conocer y resolver el litigio atendiendo no sólo al debate habido en la primera instancia, sino inexcusablemente al planteado en esta alzada, pues no puede olvidarse que la sentencia dictada en la primera instancia únicamente ha sido apelada por la parte demandada lo que delimita la decisión de este Tribunal atendiendo a los principios rectores de la segunda instancia, entre ellos, que la sentencia que se dicte en apelación no podrá perjudicar a la parte apelante a no ser que dicho perjuicio provenga de estimarse el recurso a su vez interpuesto por la contraparte.

CUARTO. - La *Sección 5ª de esta misma Audiencia provincial en su sentencia de 2 de septiembre de 2011*, tuvo ocasión de enjuiciar un supuesto similar al presente pues se trataba también de la adquisición de participaciones preferente de Lehman Brothers; si bien las partes litigantes en aquel procedimiento eran distintas a las del presente litigio, las pretensiones deducidas eran prácticamente idénticas a las del presente procedimiento, y, en uno y otro supuesto, concurren una serie de circunstancias en el perfil de la parte demandante que aconsejan aplicar al presente caso las consideraciones contenidas en la mencionada resolución. Así, en primer lugar, la actora debe ser calificada de cliente minorista en cuanto a su perfil inversor, ostentando además, la condición de consumidora y, por tanto, merecedora de la máxima protección, sin que el hecho de que hubiera realizado con anterioridad varias operaciones financieras con diversos importes, no varía dicha conclusión, pues ello en ningún modo supone que doña Carmela tuviera acceso a la información tan compleja de los temas financieros. En este sentido cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes, constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido... Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado...No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión..."

En segundo lugar, el *artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores*, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y

prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1.993, de 3 de mayo, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2.007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida por sus siglas en inglés como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79 bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núm. 3, 4 y 7).

QUINTO .- En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse, en primer lugar, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005*, en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (*Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006*). Por tanto, el eje básico de los contratos, cuales quiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza, que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual, debe procurarse al contratante por la propia entidad, una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades, y de las ventajas que espera obtener reclamando un servicio o aceptando un producto que se le ofrece. En la fase contractual, basta como ejemplo la existencia de la *Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación*, en cuyo artículo 8, se mencionan expresamente las exigencias de claridad sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, la fase posterior exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación, que sean claros y eficaces en su utilización, y destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rubrica "*Concepto general de consumidor y de usuario*", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "A los efectos de esta norma sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora como ya se ha dicho antes. Debiendo recordarse que son derechos básicos de los consumidores y usuarios:.... "d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".

Y es, desde esta perspectiva, que el debate sobre el tipo de contrato que une a las partes carece de trascendencia, teniendo en cuenta, además, que por la propia demandada al alegar el cumplimiento de su deber de información se asume implícitamente que su labor de asesoramiento excede de lo que podría entenderse como un simple contrato de administración y depósito de valores.

Cierto que el derecho de información consideramos que no llega hasta el extremo de prever una quiebra que no era esperada por los operadores financieros. No obstante ello, la documentación aportada y los informes de una revista en Internet aportados por la actora ponen de relieve que la situación económica de la entidad emisora Lehman Brothers no era buena, había rumores de dificultades importantes del banco emisor de las participaciones preferentes, y más cuando el valor nominal de las mismas se había reducido sensiblemente desde la fecha de la compra; afirmándose en la *sentencia de 2 de septiembre de 2011*, de constante referencia, que la reducción de valor nominal lo fué, "en un 30% a primero de abril de 2.008 y en un 40% a julio del mismo año y a principios de septiembre cercana al 60%"; se añade que "Es de suponer que los empleados de la entidad bancaria tienen conocimientos precisos para dar la importancia debida a este riesgo, y calibrar las distintas informaciones y su credibilidad, tanto en la rentabilidad como sobre la solvencia del emisor. Debemos recordar que las medidas de protección adoptadas no pretenden que la entidad bancaria decida por el cliente, sino el encauzar adecuadamente la autonomía de la voluntad, arbitrando los medios para que el cliente pueda optar por la mejor alternativa posible, que puede ser la de mantener su inversión o vender en todo o en parte, aunque implicase una pérdida de dinero. Es cierto que estos datos de descenso de valor de las participaciones lo sabían los demandantes mediante sus comunicaciones, pero en el caso concreto estimamos que este deber de información implicaba dar a conocer a los clientes minoristas las informaciones preocupantes que se publicaban sobre el particular, y en ocasiones, con carácter contradictorio, pues las agencias de calificación mantenían un "rating" elevado de seguridad de inversión, a fin de que los clientes con todos los datos disponibles en dicho momento, puedan decidir si proceden a la venta de las participaciones preferentes a pesar de la baja del valor nominal en las transacciones llevadas a cabo en un mercado secundario, o bien las mantienen, con los riesgos que ambas posturas pueden implicar: la reducción del valor, o, en último extremo, la quiebra, si no es rescatado, o bien que si mejorase la situación económica el valor pudiera incrementarse, en el bien entendido que no era posible conocer el futuro del valor de dicha inversión, y por ello, la entidad demandada no suministró esa información concreta y necesaria para decidir...Se alega por la demandada que dar un consejo de venta podría provocar una situación de pánico, y con ello, una gran bajada del valor de las participaciones preferentes, y sobre el particular debe reseñarse que no obra prueba sobre el particular, pero "prima facie" parece razonable tal afirmación, pero se trata de un argumento de oportunidad que no es tenido en cuenta por el legislador, pues no establece excepción o restricción alguna por dicho motivo a la obligación de información en un contrato de asesoramiento a un cliente minorista que además es consumidor. También se alega

que se podría haber tomado una decisión incorrecta si posteriormente las participaciones se hubieran incrementado de valor, y ello era hipotéticamente posible, con un futuro que no es posible adivinar, pero tal circunstancia tampoco es contemplada por el legislador y no exime a la entidad demandada del deber de informar en un contexto de un riesgo del funcionamiento del mercado..."

Como se dice en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003*: "En el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad...."

SEXTO .- Por todo ello, se ha de concluir que en base a la prueba practicada, en el presente caso resulta patente que la apelante no cumplió con las exigencias legales que se cifran en la normativa referida ut supra y que no informó a la parte apelada de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato en los términos que se exponen en los fundamentos anteriores, ni su evolución hasta el momento de la quiebra de la entidad, tal como ya se ha expuesto. Esta deficiente información supone un incumplimiento contractual del *artículo 1.101 del Código Civil*, y de la suficiente entidad conforme al *artículo 1.124 del mismo Código* para provocar la resolución contractual, en relación con unas participaciones preferentes de una entidad emisora declarada en quiebra en septiembre de 2.008, y de la que se desconoce si podrá ser objeto de resarcimiento en alguna pequeña cantidad, en extremo sobre el que no se ha aportado prueba alguna.

La fijación de la cuantía de la indemnización resulta problemática, no sólo en el presente supuesto sino en la mayoría de los casos objeto de resolución judicial, y ello por cuanto, aun cuando se hubiere cumplido ese deber resultaría imposible recuperar el 100% de la inversión efectuada, con lo cual es improcedente una indemnización por el importe de ésta, tal como solicitan los actores. Al mismo tiempo, es muy difícil saber qué habría decidido el cliente tras ser informado adecuadamente conforme a la normativa antes indicada y con existencia de datos alarmantes, unidos a otros que apuntaban a una mayor tranquilidad, y con la incógnita de si el Banco emisor pudiese ser rescatado por el Gobierno de los Estados Unidos, y sólo cabían dos opciones, o conservar los valores o venderlos en todo o en parte. Tal como se afirma en la sentencia apelada existen algunas sentencias de primera instancia en supuestos similares ha atendido al valor nominal de la participación en días anteriores a la quiebra, pero tal dato expuesto en dichas sentencias no ha sido objeto de alegación ni prueba en esta litis y ha motivado la apreciación del motivo de incongruencia alegado por la parte apelante. En tal tesitura, estima la Sala que la cuantía indemnizatoria correspondiente al incumplimiento contractual apreciado en el presente caso debería consistir, a los efectos de reparar el daño producido por la falta de información que hubiera permitido a la actora adoptar una conducta en consonancia en la salvaguarda de sus intereses económicos, en una cantidad no inferior al 50% de su inversión, suma superior a la concedida en la primera instancia, por lo que si bien se ha estimado el primero de los motivos del recurso basado en la incongruencia extra petita alegada por la parte apelante, el fallo de la sentencia apelada deberá ser mantenido, y por tanto el recurso desestimado, a los efectos de no vulnerar la prohibición de la reformatio in peius que rige la segunda instancia en nuestro derecho procesal.

SEPTIMO .- Dada la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia apelada, se imponen a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, conforme se dispone en el *artículo 398.1 L.E.C.*

FALLAMOS

SE DESESTIMA el RECURSO de APELACION interpuesto por la entidad BANCO ESPAÑOL DE CREDITO, representado en esta alzada por el procurador Sr. Cerdá, contra la *sentencia de 23 de mayo de 2011, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Manacor*, en el procedimiento de juicio ordinario del que trae causa la presente alzada, y, en consecuencia, SE CONFIRMA dicha resolución.

Se imponen a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada.

Con pérdida del depósito consignado para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevar certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido en audiencia pública la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada doña Catalina María Moragues Vidal; Ponente que ha sido en este trámite, en el mismo día de su fecha, de lo que certifico