



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
CIUDAD REAL**

SENTENCIA: 00066/2017

N10250
CABALLEROS, 11, PLANTA SEGUNDA
Tfno.: 926 29 55 25/55 98 Fax: 926295522
MGP

N.I.G. 13005 41 1 2015 0010122

**ROLLO DE APELACION CIVIL: RPL RECURSO DE APELACION (LECN)
0000433 /2016-L**

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de
ALCAZAR DE SAN JUAN

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000669 /2015

Recurrente:

Procurador: D. JOSE JAVIER SAINZ PARDO MUÑOZ, JOSE JAVIER SAINZ
PARDO MUÑOZ

Abogado: D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO ZUNZUNEGUI
PASTOR

Recurrido: BANKIA, S.A.

Procurador: D. JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: D. JOSE ANTONIO VAZQUEZ ROLDAN

PRESIDENTA:

ILMA. SRA.

D^a Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo.

**MAGISTRADOS,
ILMOSS. SRES.**

D. Ignacio Escribano Cobo.

D. Fulgencio V. Velázquez de Castro Puerta.

D. José M^a Tapia Chinchón.

D^a Almudena Buzón Cervantes

SENTENCIA Nº 66/17

En Ciudad Real a 27 de Febrero de 2017.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000669 /2015, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de

Signature Not Verified

Firmado por: CN=BUZON CERVANTES
MARIA ALMUDENA
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J.

Signature Not Verified

Firmado por: CATALAN MARTIN DE
BERNARDO CARMEN PILAR
CN=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES

Signature Not Verified

Firmado por: CN=MUNOZ DE LA ESPADA
TENDERO VICENTE
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J.

Signature Not Verified

Firmado por: ESCRIBANO COBO
IGNACIO
CN=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES

Signature Not Verified

Firmado por: TAPIA CHINCHON JOSE
MARIA
CN=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES



ALCAZAR DE SAN JUAN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000433 /2016, en los que aparece como parte apelante, _____

, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE JAVIER SAINZ PARDO MUÑOZ, D. JOSE JAVIER SAINZ PARDO MUÑOZ, asistido por el Abogado D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR, D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR, y como parte apelada, BANKIA, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS, asistido por el Abogado D. JOSE ANTONIO VAZQUEZ ROLDAN, siendo la Magistrada la Ilma. D^a. ALMUDENA BUZON CERVANTES.

Interpone el recurso el procurador D. José Javier Sainz-Pardo Muñoz en nombre y representación de

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 09/06/2015, en el juicio antes dicho, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimar la demanda interpuesta por _____, representados por el procurador Ernesto García Lozano Martín, frente a la mercantil Bankia S.A. representada por el procurador Ricardo de la Santa Márquez, y en su virtud acordar:

1.- Absolver a la demandada Bankia de las pretensiones formuladas en el presente procedimiento por

2.- La condena en costas a la demandante respecto de las causadas en el procedimiento."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado la ponencia.

La votación y fallo ha tenido lugar el día 23 de Febrero de 2017, quedando visto para sentencia.

Signature Not Verified

Firmado por: VELAZQUEZ DE CASTRO
PUERTA FULGENCIO VICTOR
CN=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES



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

Visto, siendo ponente la Iltna. Sra. Magistrada D^a Almudena Buzón Cervantes quién expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Contra la sentencia dictada en primera instancia recurren en apelación los demandantes fundamentando en su recurso la infracción por la sentencia recurrida de lo prevenido en el Art. 400 LEC sobre el efecto preclusivo de la cosa juzgada que en nuestro caso no se produciría porque, en contra de lo decidido en la instancia, no hay identidad entre lo resuelto en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº25 de Valencia ante el que los ahora recurrentes solicitaron la declaración de nulidad, por error en el consentimiento de los demandantes y subsidiariamente la indemnización por incumplimiento de obligaciones contractuales de diligencia, información y lealtad, en la suscripción de participaciones preferentes entre las que se encuentran las que son objeto de este procedimiento, tal y como se dice en la sentencia recurrida, y lo que se pretende ahora que no es sino el cumplimiento del contrato y por tanto la aplicación de lo prevenido en el Art. 258 CCo en cuanto a las responsabilidades del comisionista que concierta operaciones a precios ó en condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza, por tanto sobre la base de una causa petendi diferente y sin que se le pudiera haber pedido que la pretensión que aquí ejercita la hubiera ejercitado en el procedimiento que se siguió en Valencia porque la presente demanda se asienta sobre la siguiente base fáctica: informe sobre la revisión de la operativa de case de operaciones entre clientes de instrumentos híbridos de 26/09/2011 y publicado el 25/09/2013; informe razonado sobre el case de operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada emitidas por Bancaja y Caja Madrid, entidades integradas en Bankia, publicado en abril de 2013; confirmación de los anteriores hechos por la apertura del expediente sancionador por parte de la CNMV contra el grupo Bankia por los hechos que nos ocupan en marzo del año 2014, hechos que no podrían haberse aducido en el procedimiento iniciado ante los Juzgados de Valencia el 13/05/2013 por ser de fecha posterior. Por todo lo cual termina suplicando que con estimación de su recurso se revoque la sentencia recurrida y entrando a resolver el fondo de la cuestión planteada se estimen íntegramente sus pretensiones.

Se opone al recurso la entidad demandada que solicita la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.



SEGUNDO: Planteándose como primera cuestión la existencia de cosa juzgada respecto de lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia Nº25 de Valencia en su sentencia de 14/04/2014 debe tenerse al respecto bien presente lo razonado por el TS en su reciente sentencia de 04/02/2016, ponente Vela Torres Pedro José según la cual: "La cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva. Este efecto viene regulado en el art. 222 LEC, que se denuncia infringido en este motivo del recurso. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes corresponde a la esfera del Derecho Público, por cuanto afecta a la seguridad jurídica e incluso al prestigio de los órganos jurisdiccionales (por todas Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2003). De ahí, que, cuando la correspondiente excepción sea alegada, se haga preciso proceder a una rigurosa comprobación acerca de la existencia de semejanza real entre la sentencia pronunciada en anterior proceso y las pretensiones que se han ejercitado en el presente, pues -como ha afirmado el Tribunal Constitucional- la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí supondría la quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo". Añadiendo el párrafo segundo del apartado segundo del propio precepto que "se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen".

2.- Indiscutida la identidad subjetiva, debe examinarse si concurre la identidad objetiva. Respecto de la identidad de causa de pedir y de objeto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior;... a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste"). Precepto que ha venido a dar carta de naturaleza legislativa a la máxima según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo que se hubiere podido deducir, porque la sentencia pasada



en cosa juzgada "precluye" la posibilidad de una demanda en un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos que habrían podido ser planteados al juez en el anterior litigio, siempre -se entiende- dentro de los límites objetivos de la acción ejercitada (esto es, el mismo petitum y la misma causa petendi). Ahora bien, dicha máxima no puede tener unos efectos absolutos, puesto que, como advierte la jurisprudencia, no es aplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas. Así, la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1988 dice textualmente: «En efecto, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la res iudicata como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio non bis in idem».

Se comprende por tanto y de conformidad con lo expuesto que la concurrencia de cosa juzgada, sea en su vertiente positiva entendida como vinculación del tribunal a lo ya juzgado, como en la negativa esto es la imposibilidad de volver a plantear un pelito sobre lo mismo aún cuando se trate de hechos ó pretensiones distintas pero que pudieron hacerse valer en el primero, pasa necesariamente por concluir que entre los dos juicios, en nuestro caso entre el procedimiento que siguió ante los Juzgados de Valencia y el que ahora nos ocupa hay identidad tanto subjetiva, que sin duda concurre por enfrentar ambos a las mismas partes, como objetiva referida a la identidad de objeto y de causa de pedir, siendo esta identidad la que no se advierte en nuestro caso pues ciertamente no es la misma causa petendi la que llevó a los recurrentes a solicitar la declaración de nulidad de su contrato sobre la base de haber prestado un consentimiento viciado por error, y la que, una vez declarada la validez de su contrato tras ser desestimadas sus pretensiones, les lleva a pedir ahora, sobre la base de dicho contrato, el cumplimiento de sus obligaciones por el comisionista en los términos del Art. 258 CCo.

No vamos a discutir ahora, ciertamente, que la entidad demandada cumpliera con sus obligaciones de información de suerte que cuando el cliente contrató la adquisición de las participaciones preferentes a las que se refiere su demanda no tuviera conocimiento, y de ahí la validez de su consentimiento, de la naturaleza compleja del producto financiero que adquiriría, que no era un mero plazo fijo, que se trataba de un producto de



riesgo y que no era fácil su venta pues tiene razón la demandada cuando sostiene que todas estas cuestiones ya se resolvieron a su favor por el Juzgado Nº25 de Valencia, lo que se pretende en este caso es determinar si la demandada incurrió en incumplimiento contractual, asumida y no negada por su parte su condición de intermediaria y por tanto la aplicación al caso de lo dispuesto en el Art. 258 CCo, al ejecutar la orden de compra que le dieron sus clientes y ello porque, según mantienen los demandantes, verificó dichas compras casando operaciones a precios superiores al valor razonable causándole un perjuicio que cuantifica en 27.813,91 euros, diferencia entre el valor de compra y el valor razonable de las preferentes adquiridas. No hay cosa juzgada ni en su vertiente positiva ni en la negativa y por tanto este primer, y principal motivo de recurso por ser, a su vez, el único motivo de oposición planteado por "Bankia" debe ser estimado.

TERCERO: Por lo demás y por lo que al fondo de la cuestión planteada se refiere, lo cierto es que la demandada no ha formulado alegación ni oposición concreta limitándose a señalar que en todo momento cumplió con sus obligaciones como ya reconoció el Juzgado de Primera Instancia Nº25 de Valencia al que tanto nos venimos refiriendo, lo que si bien es cierto en relación a la fase de formación del consentimiento de los compradores no sirve para amparar su actuación, en cuanto que intermediaria, en la ejecución concreta de la orden de adquisición de participaciones preferentes recibida de sus clientes.

No cabe duda de que nos encontramos ante un contrato de comisión mercantil regulado en los Arts. 244 y siguientes del código de comercio, respecto del cual dispone el Art. 259 CCo que el comisionista deberá observar lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiera confiado y será responsable de su contravención u omisión, y el Art. 258 del mismo cuerpo legal que el comisionista que sin autorización expresa del comitente concertare una operación a precios ó condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza en la fecha en que se hizo, será responsable al comitente del perjuicio que por ello le haya irrogado.

Pues bien, debemos recordar que la Ley de Mercado de Valores en su artículo 70 quater indica que "las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de intereses entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, incluidos los directivos, empleados, agentes y personas vinculadas con ella. A tales efectos no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, sino existe un posible perjuicio para el cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida".



En este sentido la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la comunicación remitida el día 13 de octubre de 2011 (folios 31 y siguientes de las actuaciones) al Secretario del Consejo de Administración de "Bankia" le indica que en la carta remitida al sector en fecha 16 de junio de 2010 ya advirtió que "constituye una mala práctica la existencia de mecanismos internos de case de operaciones entre clientes minoristas (o entre clientes y la propia entidad) salvo que gestionen adecuadamente los conflictos de intereses en estos casos. Ello se conseguiría cuando se obtenga un mejor o igual resultado para los clientes que el que se obtendría acudiendo a la entidad de liquidez, o a la plataforma electrónica multilateral o bien cuando se acredite que la transacción se realiza a un precio próximo al valor razonable en el caso de que no exista contrato de liquidez o este se haya agotado" (folios 31 y 31 vuelto de las actuaciones).

Asimismo en la conclusión del informe razonado sobre el case de operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada emitidas por Bancaja y Caja Madrid, entidades integradas en Bankia, elaborado en febrero de 2011 (documento N°2 de la demanda y folios 19 y siguientes) en cumplimiento de lo previsto en el artículo 36.3 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV se indica que "las entidades (Bancaja, Caja Madrid y Bankia) incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quáter cuando no gestionaron los conflictos de intereses generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable. Las entidades no establecieron ninguna medida destinada a impedir que los conflictos de intereses señalados perjudicasen los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos, perjudicándolos en beneficio de otros clientes que, de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores".

Sobre la base de tales antecedentes y a tenor de la evolución posterior de los acontecimientos tal y como se pone de manifiesto en los documentos 15, 17 y 18 presentados por la demandante en la Audiencia Previa y que han dado lugar a que "Bankia" haya sido sancionada con una multa de 1.000.000 de euros por la CNMV por infracción del Art. 70 quáter de la LMV y, más específicamente, por no gestionar adecuadamente los conflictos de intereses generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable por el tiempo comprendido entre el 21/06/2010 y el 22/05/2011, en el que se celebró el contrato que nos ocupa, concretamente el 04/03/2011, considerando dicha conducta como infracción muy grave, no podemos sino concluir que en la operación de adquisición de las preferentes de nuestro caso y que fue encargada por los recurrentes, se cruzaron



precios significativamente alejados del valor razonable atendiendo a las condiciones del mercado resultando notablemente perjudicados los actores, tal como resulta de los anexos acompañados al informe razonado al que nos hemos referido por lo que inevitablemente la demanda ha de ser estimada cifrándose el perjuicio causado a los demandantes la diferencia entre el precio real de las participaciones y el sobreprecio abonado por las mismas que en nuestro caso, siguiendo insistimos los criterios de la CNVM, se cifran en 27.813,91 euros, suma a la que habrá de añadirse el interés legal desde la interposición de la demanda (Arts. 1.100 y 1.108 CC) y del interés legal incrementado en dos puntos (Art. 576 LEC) desde la sentencia.

CUARTO: Estimándose el recurso no procede hacer condena en costas de la segunda instancia (Art. 398.2 LEC) imponiéndose a la demandada las de la primera (Art. 394.1 LEC).

FALLO

Se **estima** el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Javier Sainz-Pardo Muñoz en nombre y representación de D. Alfonso Buitrago Mayorga y Dª Consolación de Jesús Calcerrada contra la sentencia dictada el 09/06/2015 por el Juzgado de Primera Instancia Nº2 de los de Alcázar de San Juan la cual ha de ser revocada, estimando en su lugar íntegramente la demanda de los demandantes y condenando a "Bankia" a abonarles 27.8813,91 euros como resarcimiento de los daños y perjuicios causados a los mismos como consecuencia de concertar operaciones a precios más onerosos que los corrientes de la plaza en la compra de 850 títulos, "Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009" según contrato celebrado el 04/03/2011, ejecutándose la orden de compra el 08/03/2011; más el interés legal desde la interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la presente sentencia; todo ello sin condena en costas de la segunda instancia e imponiendo a la demandada las de la primera.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución por la
Iltma. Sra. Magistrada Ponente, celebrándose audiencia pública. Doy fe.

