

Órgano: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1

Sede: Ejea de los Caballeros

Fecha de resolución: 29/01/2013

Procedimiento: Juicio ordinario 250/2012

Ponente: D. Iván Oliver Alonso, Magistrado Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ejea de los Caballeros.

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Ejea de los Caballeros. Demandantes: José María Abadía Litago, María Luisa Villanueva Arilla. Procurador: José Ignacio Bericat Nogué. Letrado: José Antonio Leciñena Martínez. Demandada: Banco Santander S. A. Procurador: Miguel Ángel Gascón Marco. Letrado: Manuel Muñoz García-Liñán.

SENTENCIA Nº 15/2013

En Ejea de los Caballeros, a 29 de enero de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Tramitación procesal. El presente procedimiento se inició a partir de demanda de juicio ordinario interpuesta el 3 de mayo de 2012 por el Procurador José Ignacio Bericat Nogué, en nombre y representación de José María Abadía Litago y María Luisa Villanueva Arilla, contra Banco Santander S. A.

En decreto de 14 de mayo se admitió la demanda a trámite, y se acordó dar traslado a la demandada para que contestase, lo que hizo mediante escrito presentado el 21 de junio.

En diligencia de ordenación de 27 de junio se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa el 20 de septiembre de 2012 a las 12:15 horas.

El día y hora señalados se celebró la audiencia previa, en la que se fijó el objeto del proceso, se propuso y admitió la prueba y se señaló, para la celebración del juicio, el día 12 de diciembre de 2012, a las 11:30 horas.

El día señalado se celebró el juicio, en el que se practicó la prueba y, tras las conclusiones, quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

Segundo.- Pretensiones de las partes. La parte actora solicita, con carácter principal, la declaración de nulidad radical del contrato de adquisición de participaciones preferentes Popular Capital Flotantes celebrado por los demandantes con la demandada. Subsidiariamente, que se anule el contrato por vicio de consentimiento. Y, subsidiariamente, la indemnización de daños y perjuicios de

79.227,91 euros, por defectos de información. En todos los casos, con los correspondientes intereses.

La parte demandada se opone, alegando varias cuestiones. En primer lugar, alega que no ha existido asesoramiento por su parte a los demandantes, sino que se ha limitado a ejecutar una orden de compra dada por ellos, actuando como mera mandataria, que no garantiza el resultado positivo de la inversión y que ha cumplido escrupulosamente los deberes de información que le impone la ley. Alega, también, que los demandantes son inversores asiduos. Argumenta que el deber de valorar el producto al perfil del inversor se introduce por la Ley 47/2007, con posterioridad a la celebración del contrato, y que no prestó un servicio de inversión cualificado sino simple. Entiende que no hubo vicio del consentimiento y que, si hubo error, éste fue inexcusable. Se alega también la caducidad y la prescripción, que no hubo defecto de información y que, de existir perjuicios para los demandante, éstos no serían consecuencia de ningún incumplimiento de la demandada. Además, manifiesta que los actos posteriores de los demandantes, que han venido cobrando los correspondientes cupones, han confirmado su voluntad de celebrar el contrato. Para el caso de estimación de alguna de las pretensiones ejercitadas, la demandada entiende que deberá minorarse lo reclamado con las retenciones efectuadas, las cantidades abonadas por los cupones y el precio de las acciones.

Tercero.- Pruebas propuestas. La parte actora propuso como prueba la documental y testifical de Antonio Carcas Zalaya y Pilar Abadía Bericat.

La demandada propuso documental.

Se admitió y practicó la prueba en los términos que constan en el acta y en la grabación de la vista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se considera acreditado que el 20 de febrero de 2007, José María Abadía Litago y María Luisa Villanueva Arilla una firmaron el documento denominado “orden de valores”, que se aporta como número 7 de la demanda, así como el denominado “Anexo 2”, aportado como documento 8 de la demanda. Estos hechos no parecen discutirse y, en cualquier caso, son documentos que no han sido impugnados. La “orden de valores” fue firmada por Antonio Carcas Zalaya, como reconoció él mismo en la vista, y fue rellenada por él.

Contrato inicial

También se considera acreditado que en fecha no determinada, entre el 16 de febrero de 2007 y el momento de la firma de los dos documentos anteriores, Antonio Carcas Zalaya, que trabajaba en la sucursal del Banco Santander de Ejea de los Caballeros como asesor financiero, entregó a los demandantes una hoja con información de un producto denominado “POPULAR CAPITAL FLOTANTE”, con determinadas anotaciones manuscritas en su reverso. Así se acredita con el documento 6 de la demanda, cuyo anverso reconoció haber escrito de su puño y letra el testigo Sr. Carcas. El documento no ha sido impugnado. No consta la fecha exacta en la que se entregó a los demandantes, pero es evidente que se entregó tras el ingreso en su cuenta de la cantidad de 75.000 euros (el 16 de febrero de 2007, según la libreta aportada como documento uno de la demanda).

El 16 de febrero de 2007, los demandantes habían ingresado en una cuenta de la demandada la cantidad de 75.000 euros, procedentes de la venta de un inmueble, como se desprende de la libreta aportada como documento 1 de la demanda, de la fotocopia de cheque aportada como documento 3 y de la certificación del Registro de la Propiedad aportada como documento 4.

El Sr. Carcas fue quien realizó la operación con los demandados. Así se desprende de la declaración del Sr. Carcas y de los documentos 5, 6, 7 y 8, aportados junto con la demanda. El Sr. Carcas manifestó que no recordaba haber comercializado participaciones preferentes del Banco Popular y, concretamente, a los demandantes. Sin embargo, los demandantes indican que las participaciones se las vendió el Sr. Carcas; aportan la tarjeta del testigo (documento 5), en la que consta su cargo de asesor financiero; el propio Sr. Carcas reconoció haber escrito de su puño y letra las notas manuscritas del reverso del documento 6 de la demanda; es quien firma la orden de valores (documento 7); y, a la vista de los documentos 6 y 7, parece claro que la misma persona rellenó el documento 8.

En ejecución de la orden firmada, la demandada adquirió para los demandantes acciones preferentes del Banco Popular por un importe de 78.000 euros, para lo cual los demandantes abonaron la cantidad de 74.880,3 euros, que se detrajeron de la cuenta que tenían en la entidad demandada. Así se puede observar en la libreta aportada como documento 1 de la demanda y en la orden aportada como documento 7.

Los demandantes tuvieron conocimiento de la rentabilidad esperada del producto contratado, pero no se les informó de determinadas características de las participaciones preferentes, e incluso se les dio información contraria a su naturaleza. Así, aunque en la hoja informativa aportada como documento 6 de la demanda se indica en un recuadro "Fecha Vencimiento Perpetua", en el reverso, de puño y letra del Sr. Carcas, consta "AMORTIZACION SEPT. 2009 / FALTAN 31 MESES". Tampoco se informó a los demandantes de que el Banco Popular podía decidir no amortizar las participaciones, sino que se les informó dando por sentado que en septiembre de 2009 Banco Popular amortizaría la emisión, momento en el cual los demandantes recuperarían el importe del nominal (78.000 euros), con lo que obtendrían un beneficio de 3.120 euros, al haber comprado las participaciones por el precio de 74.880. Tampoco se informó a los demandantes de que, llegado el caso, podría existir alguna dificultad para enajenar las participaciones, dado el tipo de mercado en el que se venden, y que las ofertas de compra podían serlo por un precio muy inferior al desembolsado. Así se desprende del reverso del documento 6 de la demanda, junto con las explicaciones que dio en la vista el testigo Sr. Carcas, de cuya declaración se desprende que esta información no se daba, aunque fuese porque en aquel momento no se preveía que pudieran darse problemas con las participaciones preferentes.

En ejecución de lo anterior, la demandada ha ingresado a favor de los actores las siguientes cantidades:

- 2 de abril de 2007: 642,36 euros.

- 17 de julio de 2007: 675,8 euros.

- 8 de octubre de 2007: 771,56 euros.
- 10 de enero de 2008: 740,78 euros.
- 1 de abril de 2008: 741,41 euros.
- 8 de julio de 2008: 700,69 euros.
- 6 de octubre de 2008: 791,85 euros.
- 13 de enero de 2009: 754,71 euros.
- 30 de marzo de 2009: 573,42 euros.
- 6 de julio de 2009: 553,09 euros.
- 6 de octubre de 2009: 582,11 euros.
- 8 de enero de 2010: 539,2 euros.
- 3 de marzo de 2010: 541,37 euros.
- 3 de junio de 2010: 515,48 euros.
- 1 de octubre de 2010: 451,02 euros.
- 5 de enero de 2011: 394,69 euros.
- 5 de abril de 2011: 500,56 euros.
- 3 de agosto de 2011: 555,64 euros.
- 6 de octubre de 2011: 512,48 euros.
- 4 de enero de 2012: 392,95 euros.
- 2 de abril de 2012: 358,26 euros.

Así se desprende de la libreta aportada como documento 1 de la demanda y del extracto aportado como documento 2 de la contestación.

De la documentación aportada por la demandada en la audiencia previa se desprende que también se hizo un ingreso, el 2 de julio de 2012, de 344,81 euros. Y de la documentación aportada en la vista, se desprende que hizo otro ingreso, el 1 de octubre de 2012, de 280,65 euros.

Todo lo anterior suma un total de 12.914,89 euros.

Del documento 7 de la contestación se desprende que la demandada, además de hacer los anteriores ingresos, retuvo a los demandantes las siguientes cantidades:

- Año 2007: 326,09 euros por cada uno, es decir, 652,18 euros.
- Año 2008: 343,45 y 343,46 euros, es decir, 686, 91 euros.
- Año 2009: 262,14 y 262,16 euros, es decir 524,3 euros.
- Año 2010: 239,77 y 239,8 euros, es decir, 479,57 euros.
- Año 2011: 246,86 y 246,88 euros, es decir 493,74 euros.

Se desconoce qué retenciones se han practicado con posterioridad. En cuanto al año 2007, aunque se aporta sólo el documento relativo a José María Abadía, teniendo en cuenta las cifras de este documento y los ingresos que constan en la cuenta, resulta que a la Sra. Villanueva se le tuvieron que descontar las mismas cantidades por gastos y retenciones.

La suma de las cantidades abonadas por los cupones y las retenciones asciende a 15.751,59 euros.

Segundo.- La principal acción que ejercitan los actores es la de nulidad radical del contrato de adquisición de participaciones preferentes.

La diferencia entre esta acción y la de anulación por vicio del consentimiento es relevante, puesto que la acción de nulidad radical no está sometida a caducidad o prescripción, al ser la nulidad perpetua e insubsanable (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008, que cita las de 4 de octubre de 2006 y de 18 de octubre de 2005 que, a su vez, se remiten a las de 14 de marzo de 2000 y 4 de noviembre de 1996).

Por lo tanto, debe decidirse si se da, en el supuesto que nos ocupa, ausencia de consentimiento, en cuyo caso estamos ante un caso de nulidad radical, o simple vicio del consentimiento, en cuyo caso deberá examinarse la argumentación de caducidad y prescripción hecha por la demandada.

Para ello deberá examinarse la información de la que dispusieron los demandantes en el momento de prestar su consentimiento, y examinar las circunstancias concurrentes en el momento de la firma, y comparar lo anterior con el efectivo contenido de las participaciones preferentes que adquirieron.

Tercero.- Se ha considerado probado que el 16 de febrero de 2007 los demandantes ingresaron la cantidad de 75.000 euros, provenientes de la venta de un inmueble (documentos 1, 3 y 4 de la demanda, y documento 2 de la contestación).

No ha quedado acreditado si fue la entidad demandada la que se dirigió a los demandantes o si fueron éstos los que tomaron la iniciativa, pero lo que ha quedado claro es que, el Sr. Carcas, asesor financiero de la demandada en aquel momento, entregó a los demandantes el documento 6 de la demanda. No está probado el momento exacto en el que se entregó dicho

documento, pero fue entre el 16 de febrero (ingreso de los 75.000 euros) y el 20 de febrero de 2007 (firma de la orden de valores).

El documento 6 de la demanda, en su anverso, lleva el membrete de la entidad bancaria. Seguidamente, un subtítulo en el que se indica “PREFERENTES” y “POPULAR CAPITAL FLOTANTE”. A continuación, tras indicar “Descripción de la Emisión”, consta una tabla como la siguiente:

Emisor	Popular Capital SA
Tipología	Bancos
Código ISN	DE000A0BCW10
Rating	Moody's Aa3;S&P A;Ficht A+
Divisa	EUR
Importe Emisión	250.000 M
Fecha Emisión	30/06/2004
Fecha Vencimiento	Perpetua
CALL	30/06/2009
Valor Nominal Título	1.000 €
Amortización	A la par
Cupón	FLOTANTE
Fecha Pago Cupón	30/09,30/12;30/03;30/06
Frecuencia del Cupón	Trimestral
Base Cálculo	ACT/ACT
Fiscalidad	Retención 18%
Observaciones	<p>CMS 10 años+12,5 p.p.</p> <p>Cupón actual (30/03/07): 4,296%</p>

Después incluye un apartado denominado “Riesgo del Emisor”, en el que hace unas observaciones generales sobre la calificación de solvencia, y otro denominado “Riesgo de mercado”, en el que se indica como riesgo la variación de tipos de interés.

Se incluye seguidamente una tabla explicativa de las calificaciones de las agencias de rating y una cláusula tipo de exoneración de responsabilidad, en letra bastante pequeña.

En el reverso de este documento, escrito por el Sr. Carcas, como él mismo reconoció en la vista, se indica “CUPON MARZO 4,296%”, “COMPRAR 78.000€ PAGO 74.880 AL 96% BENEFICIO 3.120€”. Asimismo, consta “AMORTIZACION SEPT. 2009/FALTAN 31 MESES”. Se indican también diversos porcentajes de rentabilidad.

En el documento 7 podemos observar:

- Membrete de Banco Santander Central Hispano.
- Denominación del contrato como “orden de valores”.
- “Código Cuenta Valores”, que no coincide con el número de la libreta.
- Titulares, donde se consigna el nombre, apellidos y DNI de los demandantes y de su esposa, sin rellenarse otros campos como el domicilio.
- Tipo de operación, donde aparece marcada con una “X” el cuadro con la opción “compra”, la expresión “bolsa de:”, y la expresión “número de orden anterior” sin estar rellenos los huecos que les siguen.
- La denominación del valor, donde se hace constar “PARTICIPAC. POPULAR CAPITAL FLOTANTES”, el importe nominal de 78.000 euros y “cambio límite “96%”, estando sin rellenar huecos como “número de valores” o “código de valor”.
- Aparecen vacías las casillas relativas a “otras condiciones” y las recogidas bajo el título “canje/conversión”.
- Se incluye un párrafo en el que se hace constar que el firmante recibe copia y conoce el contenido y trascendencia del documento, que ha sido informado de tarifas y gastos y autoriza a la entidad bancaria a ciertas actuaciones.
- Finalmente, se incluye el lugar y fecha de la firma, constando una firma de alguien en representación del banco y las firmas de los demandantes.

Por último, el documento 8 de la demanda tiene un encabezamiento en el que se lee “MANUAL DE PROCEDIMIENTOS PARA LA COMERCIALIZACIÓN MINORISTA DE PRODUCTOS FINANCIEROS (PERSONAS FÍSICAS)”, la expresión “ANEXO 2” (no consta ningún Anexo 1) y, tras los nombres de los demandantes y la constancia de que tienen el domicilio en Pinsoro, se indica que han solicitado por propia iniciativa la suscripción de “PARTICIPACIONES FLOTANTE POPULAR CAPITAL” por importe de 78.000 euros y que les han informado en la sucursal 0010 de las características y riesgos del producto, expresando que han decidido proceder tras su propio

análisis a realizar la suscripción. Seguidamente, constan las firmas de los demandantes. El documento no tiene fecha.

La edad de los demandantes no consta en el procedimiento, pero pudo comprobarse en la vista que se trata de personas mayores, indicándose en la demanda que el Sr. Abadía está jubilado, y que la Sra. Villanueva se dedicó siempre a las labores del hogar. La hija de los demandantes, que declaró como testigo, manifestó que su padre tenía 71 años, y que siempre se había dedicado a la agricultura, y que su madre tenía 70 años.

Por último, debe también valorarse que la información que se les proporcionó por parte de la demandada provenía de una persona (el Sr. Carcas) que, según se desprende de su declaración, llevaba en aquellos momentos en la oficina alrededor de diez años, por lo que los demandantes podían tener una razonable confianza en la información que esta persona les proporcionaba.

Cuarto.- Las participaciones preferentes son valores que emite una sociedad de capital. Su suscripción no confiere derechos políticos al titular, lo que las diferencia de las acciones. La rentabilidad puede ser más alta que la de un plazo fijo, aunque hay que tener en cuenta las condiciones de la emisión, y depende de que la sociedad correspondiente obtenga beneficios. Como participaciones, tienen carácter perpetuo, aunque la sociedad emisora pueda reservarse la posibilidad de amortizarlas transcurrido determinado plazo. Asimismo, aunque no cotizan en bolsa, sí pueden venderse en un mercado secundario. No obstante, dadas sus características, la venta en el mercado secundario puede suponer la pérdida de parte del capital invertido, si se venden por un precio inferior, y puede haber dificultades para volver a colocarlas, si no existen expectativas de revalorización o de que la entidad emisora las rescate. Por último, otra característica importante de este tipo de participaciones es que, en caso de liquidarse la sociedad emisora, los titulares de estos valores están por delante de los accionistas ordinarios a la hora de cobrar su crédito, pero por detrás de todos los demás acreedores, sean ordinarios o subordinados.

Como puede observarse, se trata de un producto que puede resultar relativamente sencillo para alguien con unos conocimientos jurídicos y financieros medios. Pero también resulta fácilmente comprensible que lo expuesto escapa al conocimiento de un ciudadano medio. La Comisión Nacional del Mercado de Valores califica a este producto como complejo y de riesgo elevado (documento 12 de la demanda).

En este último documento se resaltan, incluso con diferente color de letra, las siguientes características:

- Tienen carácter perpetuo.
- La rentabilidad no está garantizada.
- Es un instrumento complejo.
- Es un instrumento de riesgo elevado.

- No cotizan en bolsa, sino en otro mercado organizado.
- Tienen liquidez limitada.
- No siempre es fácil deshacer la inversión.
- El suscriptor puede tener pérdidas.
- La remuneración está condicionada a la obtención de beneficios y no es acumulable.

Quinto.- De lo anterior no puede sino concluirse que los demandantes no podían saber lo que estaban contratando.

Creo que está claro que los actores no acudieron en febrero de 2007 a la sucursal de la demandada en Ejea de los Caballeros pidiendo unas preferentes del Banco Popular. Teniendo en cuenta la edad, la ausencia de inversiones previas (salvo la reinversión de las acciones que la Sra. Villanueva había obtenido en una herencia, por acuerdo con los demás coherederos) y la actividad de los demandantes (agricultor y ama de casa), no resulta verosímil que decidieran suscribir las participaciones preferentes por iniciativa propia (por mucho que lo ponga en el documento 8 de la demanda).

Resulta claro, por lo tanto, que en la sucursal de la demandada se informó a los demandantes de la existencia de este producto y de sus características y que, por lo tanto, la demandada no se limitó a ejecutar una orden dada por los demandantes, sino que, con carácter previo, les proporcionó información y orientación para invertir los 75.000 euros que acababan de ingresar.

La información que se dio a los demandados acerca del producto que iban a contratar fue inadecuada. El documento número 6, en su anverso, recoge en una tabla, de forma esquemática, los datos característicos de la emisión concreta de participaciones que se ofreció a los demandantes. Esta información podría ser suficiente para un experto en inversiones pero, desde luego, expresiones tales como "Rating", "CALL", "Amortización a la par", "Cupón FLOTANTE", "Báse de cálculo ACT/ACT" o "CMS 10 Años+12,5 p.p.", son absolutamente inasequibles para una persona que no esté familiarizada con este tipo de productos.

Como se ha dicho, esta información puede tener sentido para alguien que sabe qué son unas participaciones preferentes. Pero para alguien que no sabe lo que son, este documento es totalmente insuficiente, ya que no explica ni define qué son unas participaciones preferentes. Esta información no se da en este documento, ni tampoco en ningún otro de los que consta que se proporcionaron a los demandantes. Si comparamos los documentos proporcionados a los demandantes (números 6, 7 y 8 de la demanda) con el folleto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (documento 12 de la demanda) observamos que en la segunda página de este último documento se da una información mucho más clara, comprensible y precisa sobre las participaciones preferentes que en la documentación que la actora dio a los demandantes. En la documentación que se proporcionó a los demandantes no se refiere casi ninguna de las características que resalta la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Y si unimos lo anterior con las indicaciones escritas que el Sr. Carcas puso en el reverso del documento 6 de la demanda, resulta que no sólo la demandada no proporcionó una información suficiente y adecuada sobre el producto que ofrecía a sus clientes sino que, además, les proporcionó una información contraria a la naturaleza de dicho producto: aunque en el anverso se indica “vencimiento perpetuo”, el contenido del reverso indica lo contrario. Allí se indica que, como compran unas participaciones por un nominal de 78.000 euros pero sólo abonan 74.880, los demandantes obtendrán un beneficio de 3.120 euros. Sin embargo esto no es así. Falta un dato, esencial, que es que dicho beneficio sólo se obtendrá si llegada la fecha prevista de amortización, la entidad emisora decide llevar a cabo dicha amortización. Lo que no se dice es que, de no hacerlo, no sólo no se obtendrá dicho beneficio de 3.120 euros sino que, además, los demandantes no recuperarán el capital. Y que, llegada esa situación, lo más probable es que existan grandes dificultades para vender las participaciones en un mercado secundario o, al menos, de hacerlo por el precio desembolsado.

Esta indicación contradictoria se acentúa al hacerse constar expresamente “AMORTIZACIÓN SEPT. 2009/FALTAN 31 MESES”.

La declaración del Sr. Carcas corrobora todo lo anterior: no se informaba del riesgo de pérdidas de capital, o de que la entidad emisora no amortizase la emisión, porque en aquellos momentos no se pensaba que fuese a haber problemas.

Sin embargo, aunque el asesor financiero de la demandada no actuase con mala intención (ello parece claro pues, de lo contrario, no habría dejado constancia por escrito de lo que explicó a los demandantes), lo cierto es que proporcionó a los actores una información, no sólo insuficiente, sino contradictoria con las características del producto que les ofrecía.

Y ello se hizo con incumplimiento de las normas aplicables en ese momento (Real Decreto 629/1993, especialmente lo dispuesto en el artículo 5 del Código de Conducta incluido en su anexo).

En conclusión, la demandada, incumpliendo obligaciones que le incumbían, dirigió a sus clientes hacia la suscripción de un producto complejo y arriesgado mediante la puesta a disposición de una información defectuosa e incluso contraria a la naturaleza del producto. Esto generó en los demandantes un error grave, puesto que razonablemente, a la vista del reverso del documento 6 de la demanda, pensaron que en septiembre de 2009 recuperarían la inversión cuando, realmente, estaban comprando unas participaciones perpetuas.

Sexto.- La cuestión es determinar si lo anterior supone un mero vicio del consentimiento y procede, por lo tanto, la anulabilidad, o si supone una auténtica inexistencia del mismo, de modo que el contrato es radicalmente nulo, al faltar uno de sus elementos esenciales (artículo 1261 del Código Civil).

El error invalida el consentimiento (artículo 1266 del Código Civil) cuando recae “sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

Para que se entienda que ni siquiera hay consentimiento, según se desprende del artículo 1262 del Código Civil, debe faltar “el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

Considero que en este caso estamos ante una auténtica falta de consentimiento, porque la “cosa” de la que se informó a los demandantes es otra distinta de aquella que, realmente, estaban contratando: a los demandantes se les estaba ofreciendo un producto de alta rentabilidad, con el que, transcurrido un determinado plazo (31 meses), podrían recuperar el capital invertido; la rentabilidad provenía del cupón que cobrarían trimestralmente y de la diferencia entre el precio al que compraban (74.880 euros) y el nominal de las participaciones (78.000) euros. Sin embargo, lo que realmente estaban ordenando adquirir era algo muy distinto: unas participaciones en una sociedad de capital, de carácter perpetuo, sin garantía de amortización, con riesgo de pérdidas del capital y de cese en el cobro de cupones.

La oferta y la aceptación, por lo tanto, no se refirieron a la misma cosa, porque los demandantes, con la información insuficiente y contradictoria que se les dio en la oficina de la demandada, no pudieron hacerse una representación siquiera parecida de lo que realmente estaban ordenando suscribir.

La falta de consentimiento supone que el contrato no existe, al faltar uno de los elementos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil.

Séptimo.- La consecuencia de lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil (que es de aplicación también a los supuestos de nulidad radical), es la restitución de las prestaciones.

La demandada deberá, por lo tanto, restituir a los demandantes la cantidad de 74.880,3 euros, que es la cantidad que los actores entregaron para la adquisición de las participaciones preferentes.

Asimismo, para evitar el enriquecimiento injusto al que se refiere la demandada, lo acordado supone que las participaciones preferentes objeto de este procedimiento, que no están determinadas, pasarán a ser titularidad de la demandada, consecuencia que es coherente con lo dispuesto en los artículos 1717, 1725 y concordantes del Código Civil.

Los demandantes, por su parte, deberán restituir las cantidades que han venido cobrando como consecuencia de los vencimientos de los “cupones” y las cantidades retenidas a cuenta del IRPF. Esta cantidad, salvo error u omisión, asciende a 15.751,59 euros.

En consecuencia, debe condenarse a la demandada a pagar a los demandantes la cantidad de (74.880,3 – 15.751,59) 59.128,71 euros.

En la demanda se reclama, además, el pago de los correspondientes intereses, lo que procede, según lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, que los incluye expresamente.

Revisados los cálculos efectuados en las páginas 32 y siguientes de la demanda, considero que son correctos, salvo los referentes al cupón de 13 de enero de 2009, ya que se toma en cuenta la cantidad de 759,06 euros cuando, en realidad, debería tomarse en cuenta la de 754,71 euros, ya que, en relación con la primera cantidad, existe un retroceso del apunte (documento 1 de la demanda y 2 de la contestación). No obstante, esta mínima discrepancia beneficia a la demandada, puesto que esto supone la fijación de unos intereses mayores a devolver por los demandantes.

En consecuencia, se admite la cantidad de 17.797,52 euros de intereses que debe devolver la demandada, y la cantidad de 1.514,09 euros que deben devolver los demandantes. De ello resulta un saldo a favor de los demandantes de 16.283,43 euros. Esta cantidad, sumada a los 59.128,71 euros antes fijados, da un total de 75.412,14 euros, que deberá abonar la demandada a los actores, sin perjuicio de que se tengan en cuenta los cupones abonados con posterioridad a los valorados en esta sentencia.

Octavo.- En la demanda se reclaman, además, los intereses hasta el completo pago. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, la demandada deberá abonar el interés legal del dinero desde la fecha de notificación de la demanda (23 de mayo de 2012).

Noveno.- Estimada íntegramente la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 del Código Civil, deben imponerse las costas a la demandada.

Debe tenerse en cuenta que, aunque las cantidades a cuyo pago se condena no coinciden con las reclamadas en la demanda, ello no es porque la demanda haya sido estimada parcialmente, sino porque se han tenido en cuenta los vencimientos de cupones que se han ido produciendo durante la sustanciación del procedimiento y que se han ido incorporando a los autos.

La disminución de la cuantía reclamada por las retenciones practicadas por la demandada ronda el 3,5% de la cantidad reclamada, por lo que puede aplicarse la doctrina de la estimación sustancial.

FALLO

Debo estimar y estimo la demanda interpuesta el 3 de mayo de 2012 por el Procurador José Ignacio Bericat Nogué, en nombre y representación de José María Abadía Litago y María Luisa Villanueva Arilla, contra Banco Santander S. A., y declaro la nulidad de la operación de suscripción de participaciones preferentes firmada entre las partes el 20 de febrero de 200. Como consecuencia de lo anterior, las partes deberán restituirse recíprocamente las correspondientes prestaciones lo que supone que Banco Santander S. A. deberá pagar a los demandantes la cantidad de 75.412,14 euros (cantidad de la que se restará lo abonado con posterior a la celebración del juicio), y que las participaciones preferentes objeto del acuerdo declarado nulo pasarán a ser titularidad de Banco Santander S. A.

Se impone a la parte demandada el pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles desde la fecha de notificación. Para la interposición del recurso será necesario constituir un depósito de 50 euros en el momento de anunciarse, mediante la consignación de la referida cantidad en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Así lo acuerda D. Iván Oliver Alonso, Magistrado Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ejea de los Caballeros.

DILIGENCIA DE PUBLICACION DE SENTENCIA.- Leída y publicada ha sido la presente Sentencia en Audiencia Pública por el Sr. Juez en el día de la fecha, doy fe.

RDMA