



JORNADAS CESCO 2020

Los frutos del árbol prohibido: el consumidor devuelve los rendimientos obtenidos por las inversiones financieras nulas

15 noviembre 2020

Susana Quicios Molina
Profesora Titular de Derecho Civil
(Acreditada a Catedrática)
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

JURISPRUDENCIA SOBRE CONSECUENCIAS REPARADORAS DE PREFERENTES O SUBORDINADAS FALLIDAS

- 1) Introducción: dos remedios, según la jurisprudencia, para recuperar la quita sufrida por inversores con la reestructuración bancaria.
- 2) Consecuencias restitutorias de la nulidad:
 - ¿qué debe restituir el banco?*
 - ¿qué debe restituir el cliente?*
- 3) Daño indemnizable: pérdida del capital compensada con ganancias.
- 4) Otras posibles soluciones. Doctrina de Audiencias Provinciales.
- 5) Segunda ola de demandas: preferentes del Banco Popular.
- 6) Algunas conclusiones.

1) Introducción

*Dos líneas de ataque victoriosas, pero con consecuencias económicas distintas, en la primera ola de demandas.

*Doctrina de la nulidad por error, con obligación de restitución de las prestaciones: art. 1303 CC.

*Doctrina del daño indemnizable por incumplimiento de deberes de información: art. 1106 CC.

*La resolución del contrato por incumplimiento de deberes precontractuales no es admisible: **STS, Pleno, 491/2017, de 13 de septiembre, y STS 244/2019, de 24 de abril.**

2) Doctrina TS de la nulidad y consecuencias restitutorias

***STS 145/2020, de 2 de marzo de 2020 y 68/2020, de 3 de febrero de 2020 (Parra Lucán):** estiman los recursos interpuestos por BBVA contra SAP Madrid, 12ª, de 7 de septiembre de 2017 y SAP Tarragona, 3ª, de 30 de mayo de 2017, respectivamente, que habían excluidos de la obligación de restitución los intereses legales de los rendimientos.

***STS 554/2019, de 22 DE octubre de 2019 (Arroyo Fiestas):** estima el recurso interpuesto por Abanca contra SAP Cantabria, 4ª, de 14 de febrero de 2017, insistiendo en que deben aplicarse los intereses legales a las cantidades que debe restituir el inversor. FD 2º.

***STS 348/2019, de 21 de junio de 2019 (Parra Lucán):** estima el recurso interpuesto por Bankinter contra SAP Madrid, 18ª, de 29 de noviembre de 2016, que había revocado la sentencia del Juzgado en el solo sentido de no condenar al pago de intereses legales de los intereses brutos: el cliente ha de restituir los rendimientos brutos obtenidos, con sus intereses legales. FD 2º:.

*STS 271/2019, de 17 de mayo 2019.

***STS 64/2019, de 31 enero 2019 (Parra Lucán):** estima el recurso interpuesto por inversores contra SAP Vizcaya, 3ª, de 8 de junio de 2016. FD 3º: el banco debe intereses legales desde entrega de capital, no desde contrato ni desde reclamación judicial. Idem STS 179/2019, de 21 marzo 2019.

***STS 561/2017, de 16 de octubre de 2017 (Parra Lucán):** estima el recurso interpuesto por inversor contra SAP Madrid, 19ª, de 23 de abril de 2015. FD 5º: el banco debe intereses legales desde entrega de capital, no desde contrato ni desde reclamación judicial.

***STS 270/2017, de 4 de mayo de 2017 (Parra Lucán):** estima el recurso interpuesto por inversores contra SAP Madrid, 10ª, de 30 de octubre de 2014. FD 3º: el banco debe intereses legales desde entrega de capital, no desde contrato ni desde reclamación judicial. Se recuerdan las SSTS 910/1996 y 81/2003.

***STS 734/2016, de 20 de diciembre de 2016 (Vela Torres):** estima el recurso contra SAP Oviedo, 1ª, de 11 de abril de 11 de abril de 2014, interpuesto por Novacaixa Galicia. FD 6º.

***STS 716/2016, de 30 de noviembre de 2016 (Vela Torres):** estima el recurso contra SAP Pontevedra 244/2014, de 2 de julio, interpuesto por Novacaixa Galicia. FD 3º.

*SSTS 102/2016, de 25 de febrero, y 625/2016, de 24 de octubre.

*Misma doctrina sentada para nulidad de permutas financieras por **STS 744/2015, de 30 de diciembre (Orduña Moreno).**

2) Doctrina TS de la nulidad y consecuencias restitutorias

En resumen:

- 1- ambas partes están obligadas a restituirse las prestaciones recibidas, y para que la restitución sea completa, sin enriquecimientos injustos de ninguna de las partes, es preciso que
- 2- el banco restituya el capital recibido con intereses legales desde que lo recibió, y
- 3- los clientes inversores restituyan al banco:
 - *los títulos litigiosos, *o lo percibido por el FROB por su canje* –si hubiera tenido lugar- (arts. 1303 y 1307 CC),
 - *las cantidades percibidas como rendimientos *brutos, esto es, antes de impuestos* (incluida la parte retenida fiscalmente)
 - *el *interés legal* de las cantidades percibidas
- 4- aunque los efectos restitutorios de la nulidad se producen por ley (no es incongruente la sentencia que deriva estos efectos de la declaración de invalidez: SSTs 10.3.2015 o 30.11.2016), la petición de intereses desde la reclamación judicial y no desde la entrega del capital vincula al actor preferentista, como se ha decidido por **SSTs 62/2019, de 31 de enero, 233/2019, de 23 de abril o 242/2019, de 24 de abril.**
- 5- la compensación puede dar un resultado 0, o más bien, negativo para el inversor, de modo que nada tenga que devolver el banco al demandante.

2) Doctrina TS de la nulidad y consecuencias restitutorias

RAZONES

¿Por qué debe pagar intereses legales el banco desde que la inversión se realizó?

- Porque el precio recibido ha de incrementarse con los intereses devengados desde su recepción **para recuperar el valor perdido por el dinero desde que se hizo la entrega del capital**. (SSTS 348/2019 y 561/2017). Pero la situación no es equiparable al pago de intereses moratorios, y por ello indemnizatorios (art. 1108 CC). En definitiva, se considera deuda de valor la obligación de restituir el capital.
- Porque los intereses **son los frutos o rendimientos de un capital**, a los que tiene derecho el acreedor para conseguir la restitución integral (SSTS 716 y 734/2016).
- Pero, ¿No sería más conforme con los principios informadores de las consecuencias de la nulidad que los intereses fueran los que el inversor hubiera podido obtener con un depósito a plazo fijo (más bajos que el interés legal)?
- Un **argumento para no pagar intereses legales** desde la suscripción del producto rechazado por el TS –por ejemplo, en STS 270/2017- (pero **asumido por alguna AP**) es que si se concediera interés legal desde la suscripción se partiría de un rendimiento hipotético del capital invertido y, en consecuencia, el enriquecimiento injusto del inversor.

2) Doctrina TS de la nulidad y consecuencias restitutorias

RAZONES

¿Por qué debe restituir el cliente los rendimientos percibidos?

- Porque, anulado el contrato, no hay causa para percibirlos.
- Los intereses son los frutos o rendimientos de un capital, a los que tiene derecho el acreedor para conseguir la restitución integral.
- Tienen que ser los brutos y no los netos, porque aquellos son el beneficio efectivamente obtenido y la retención del impuesto lo practica la entidad por cuenta del inversor (STS 734/2016).
- Expresamente se rechaza la aplicación de las reglas sobre liquidación del estado posesorio (-arts. 451, 452, 455 CC- STS 734/2016), que podrían llevarnos a permitir su retención al inversor por ser de buena fe (como se declaró por la STS 30 de abril de 2013 a favor del comprador en un caso de compraventa resuelta por incumplimiento del vendedor; sí ha tenido que compensar por el uso el arrendatario financiero inmobiliario en la STS 288/2020, de 11 de junio).
- En definitiva, como ha apuntado Pertíñez (respecto de la STS 30.11.2016), es irrelevante para el TS que la causa de la nulidad sea imputable al banco.

2) Doctrina TS de la nulidad y consecuencias restitutorias

RAZONES

¿Por qué debe pagar intereses legales el cliente por los rendimientos obtenidos?

-Por la misma razón que el banco ha de pagar intereses legales desde que se hizo la inversión: porque el precio recibido ha de incrementarse con intereses para recuperar el valor perdido por el dinero desde que se hizo la entrega del capital (ya había invocado la devaluación monetaria la STS 23.6.2008) En definitiva, la obligación de restituir frutos se configura como una deuda de valor.

-No viene a cuento la STS 259/2009, de 15 de abril, que no estimó la petición del comprador de una venta anulada por error de que los vendedores le pagasen el valor actual de mercado de los inmuebles compradores que debía restituir (STS 561/2017).

- No se trata de pagar intereses de intereses remuneratorios (art. 1109 CC).
- **Pero, en contra cabe oponer que el art. 1303 solo obliga a restituir los frutos de la cosa, no los frutos de los frutos.**
- ¿Los intereses legales se aplican tanto a los rendimientos como a la cantidad recibida como consecuencia del canje y adquisición por el FROB de las acciones? La **SAP La Coruña, 3ª, de 13 de octubre de 2020** ha explicitado que solo se aplican a los frutos pero no al capital recibido a cambio de las preferentes.

3) Doctrina TS del daño indemnizable

RESUMEN

El daño causado viene determinado por la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses o rendimientos que fueron cobrados por el clientes:

STS 450/2020, de 21 de julio (Sancho Gargallo) –estima el recurso interpuesto por BBVA contra SAP Barcelona, 1ª, de 21 de diciembre de 2017-. La acabo de comentar para el próximo número de CCJC, 115. *Si el banco incumple su obligación de información, la indemnización por los daños sufridos por el cliente que pierde su inversión debe calcularse restando los rendimientos obtenidos por el cliente.*

STS 235/2019, de 23 de abril (Arroyo Fiestas) –estima el recurso interpuesto por Catalunya Banc contra SAP Barcelona, 13ª, 388/2016, de 9 de septiembre.

STS 229/2019, de 11 de abril (Vela Torres): como la resta arroja un resultado negativo, no hay daño indemnizable a pesar del incumplimiento producido (idem STS 165/2018, de 22 de marzo).

SSTS 212 y 213/2019, de 5 de abril. El mismo día, otra sección decide, sin embargo, confirmar la retención de rendimientos por el cliente en STS 210/2019, de 5 de abril, al estimar la demanda previamente desestimada en ambas instancias.

STS 68/2019, de 31 de enero (Arroyo Fiestas) –estima el recurso interpuesto pr Catalunya Bank contra SAP Alicante, 5ª, de 10 de mayo de 2016. La comento en CCJC, 111. *Si el banco incumple su obligación de información, la indemnización por los daños sufridos por el cliente que pierde su inversión no incluye los intereses legales de la cantidad invertida desde la fecha de adquisición de las obligaciones subordinadas. Estos intereses solo se deberían si se declarara la nulidad del contrato por error en el consentimiento.*

STS 514/2018, de 20 de septiembre.

STS 81/2018, de 14 de febrero (Vela Torres) –desestima el recurso interpuesto por inversor contra SAP Barcelona, 13ª, de 3 de junio de 2015.

STS 613/2017, de 16 de noviembre (Orduña Moreno) –estima el recurso interpuesto por BBVA contra SAP Zaragoza, 4ª, de 4 de marzo de 2015.

STS 754/2014, de 30 de diciembre (Sancho Gargallo) –estima el recurso interpuesto por Banco Espirito Santo contra SAP Bizkaia, 5ª, de 23 de abril de 2012.

STS 244/2013, Pleno, de 18 de abril (Saraza Jimena): calificada por Carrasco como “insensata e injusta”.

3) Doctrina TS del daño indemnizable

DESGLOSE

- i) La pérdida sufrida se calcula restando al capital inicialmente invertido el capital recuperado a través del FROB y el FGD.
- ii) **El banco no ha de pagar los intereses legales del capital desde su recepción.**
- iii) **Los intereses legales se aplican a la cantidad en que se traduce el daño (pérdida menos lucro) desde la interposición de la demanda (intereses moratorios ex art. 1108 CC –STS 179/2019, de 21 de marzo, sin que quepa alegar in illiquidis non fit mora aunque se descuenten los rendimientos obtenidos –STS 228/2019, de 11 de abril).**
- iv) **En el cálculo del daño deben tenerse en cuenta las ganancias obtenidas por el cliente, que han de descontarse de la pérdida de capital sufrida. Muy cuantiosas** (en el caso de **STS 552/2018, de 9 de octubre**, casi 22.000 euros en los 16 años que duró la inversión de 58.500 euros; recuperó con el canje obligatorio 30.000 euros).
- v) No hay que incluir el interés legal de los rendimientos obtenidos (algunas AAP había defendido lo contrario: **SAP Valencia 129/2016** y también con claridad incluye los intereses de los rendimientos obtenidos en el lucro que ha de compensarse con el daño, la **SAP Barcelona, Sección 14ª, nº 223/2018, de 4 de mayo**).

COMENTARIO

- i) ¿Qué daño está conectado causalmente con la falta de información? ¿Qué daño cabe imputar al banco que incumple deberes precontractuales? ¿Si se hubiera informado correctamente no hubiera contratado las preferentes o subordinadas el consumidor? En definitiva es una pérdida de oportunidad (de no contratar) la que se indemniza con la operación sencilla de restar a la inversión no recuperada los rendimientos obtenidos por el inversor.
- ii) Este ha sido el caballo de batalla en los juicios (vid., por ejemplo, **SAP Valencia, 7ª, 129/2016, de 21 de marzo, casada por TS**). Dos posibles argumentos para defender que la pérdida incluye el interés desde la recepción (remuneratorio o legal):

*El daño emergente producido es una deuda de valor: ha de indemnizarse al inversor por el valor, no solo la suma, del dinero perdido. ¿No valen los mismos argumentos que encontramos en SSTs sobre pérdida de valor del dinero para justificar que en el cálculo del daño se incluyan intereses legales?

*Hay lucro cesante. La rentabilidad del capital entregado (intereses que el banco se comprometió a abonar al cliente) es un lucro dejado de obtener que no se resarce con esta doctrina del TS. ¿Pero debe resarcirse este lucro en todo caso de incumplimiento de un deber precontractual de información sobre el verdadero riesgo que corre el inversor en productos financieros complejos?

- i) Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno*, Se aplica indistintamente a toda adquisición de productos financieros, pero no en todos los contratos cabe imputar causalmente el lucro al incumplimiento del deber de información.

4) Otras soluciones restitutorias o indemnizatorias: doctrina de AAPP

I. Si se declara la nulidad:

*La obligación de restitución del cliente no incluye el pago de intereses legales por los rendimientos obtenidos. **SAP Madrid, 12ª, de 7 de septiembre de 2017**. Consecuencia: la condena del banco es mayor.

*Deben pagarse intereses legales por el banco desde la reclamación formal de la nulidad por el inversor, no desde la entrega del capital. SSAP citadas, casadas por el TS.

*Los intereses a restituir son los netos, y no los brutos previos al pago de impuestos.

II. Para calcular el daño indemnizable:

*El banco debe pagar intereses legales por el capital perdido desde su recepción. **SAP Valencia, 7ª, 129/2016, de 21 de marzo**.

*No hay que descontar los rendimientos obtenidos porque, si se hace, no se indemniza totalmente el perjuicio causado, que incluiría también la rentabilidad del producto (el interés remuneratorio): descontarlos equivale a pensar que el capital hubiera estado inmovilizado. **SAP Barcelona, 13ª, 388/2016, de 9 de septiembre**. Consecuencia: la condena del banco es mayor.

*Deben pagarse intereses legales de los rendimientos obtenidos desde su cobro y hasta el canje de las acciones. **SAP Barcelona, 14ª, 223/2018, de 4 de mayo**.

*Aunque las consecuencias económicas pudieran llegar a ser iguales, no es correcto defender que procede el pago de intereses para calcular el daño con la remisión a sentencias que estiman pretensiones de nulidad por error. **SAP Alicante, 5ª, 81/2015, de 25 de marzo**.

5) La segunda ola de demandas: preferentes del Popular

Tres afirmaciones sobre las que reflexionar, a tenor de la doctrina de Audiencias recaída hasta la fecha:

- i) Sentencias que ven incompatible el ejercicio de acciones de nulidad o resarcimiento de daños por pérdida de valor de acciones del Popular y normas sobre reestructuración ordenada del Banco (Ley 11/2015, de 18 de junio, Resolución de 7 de junio de 2017 de la Comisión Rectora del FROB). Ej.: Acuerdo de las Secciones Civiles de la AP de Asturias; **SAP Asturias 44/2020, de 11 de febrero**, o **SAP Asturias 361/2020, de 26 de octubre**; **SAP Valencia 421/2020, de 15 de octubre** –estima el recurso del Banco Santander contra SJPI que había estimado demanda de nulidad por error.
- ii) Sentencias que aplican, a las preferentes y subordinadas, la doctrina del Tribunal Supremo sentada para las reclamaciones de la primera ola de demandas. **SAP Pontevedra 570/2020, de 29 de octubre de 2020** condena a Targobank, que vendió en 2011 deuda subordinada del Popular a los actores, a restituirles parte de los 150.000 euros invertidos al declarar nulo el contrato: el **dies a quo** se sitúa en la fecha de la absorción del Banco Popular por el Banco Santander, en junio de 2017. En igual sentido, **SAP Girona 351/2020, de 21 de octubre** o **SAP Orense 418/2020, de 19 de octubre**.
- iii) Sentencias que no ven perjuicio alguno, porque las ganancias son superiores a la inversión si estamos al *valor de cotización* de las acciones del Popular en el momento de su canje obligatorio por acciones (que sería el de su pérdida ex art. 1307 CC), y, aun admitiendo la acción de nulidad por error, no condenan al Banco Santander a pagar ninguna cantidad de dinero. **SAP Orense 437/2020, de 26 de octubre**, que estima el recurso de apelación porque el JPI no ha respetado la doctrina sentada por SSAP Orense de 12 de diciembre de 2019, 13 de marzo y 13 de julio de 2020, entre otras. Razonamientos semejantes en **SAP Valencia 421/2020, de 15 de octubre**.

6) Algunas conclusiones

¿Por qué es tan complejo aplicar los arts. 1303 y 1307 CC a la nulidad de preferentes o subordinadas?

- Porque el producto transmitido (las preferentes) ha desaparecido cuando se pide la nulidad.
- Porque producto y precio, así como rendimientos, son dinero.
- Porque se mezclan argumentos indemnizatorios con restitutorios.

¿Por qué es tan complejo determinar el daño indemnizable en caso de incumplimiento de deberes de información?

- Porque no está clara la imputación causal de los daños con el incumplimiento producido.
- Porque hay que delimitar correctamente daño emergente y lucro cesante derivados del incumplimiento producido.

