

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL SISTEMA
FINANCIERO:
ESPECIAL ESTUDIO AL CASO DEL BANCO POPULAR
ESPAÑOL SA

*CONTRACTUAL LIABILITY OF THE FINANCIAL SYSTEM:
SPECIAL STUDY OF THE CASE OF BANCO POPULAR ESPAÑOL SA*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1642-1679

Héctor
BUENOSVINOS
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Durante toda nuestra historia, poder acceder a determinados bienes y servicios requería la “ayuda económica” de un tercero, bien sea un amigo, un familiar, o prestamista. No es hasta finales de la Edad Media cuando podemos comenzar a hablar de un verdadero sistema mercantilista, sobre todo de los metales preciosos y el oro que llegaba al viejo continente desde América, el nuevo mundo. Entre el siglo XVII y XVIII se crearon los primeros bancos en Europa y posteriormente en América. Este sistema financiero se convirtió un eje central de todos los estados del mundo con las diferentes corrientes económicas según los acontecimientos sociales, por lo que los estados de aquel entonces crearon medidas de control y entidades públicas. Proliferó la promulgación de normas nacionales y, con posterioridad, europeas en el marco de la Unión Europea que protegieran tanto al consumidor como el sistema financiero y, en definitiva, al propio estado, propiciado también por la globalización. Podemos decir que el sistema financiero se convirtió en un cuarto poder de los estados: el poder financiero y económico. En este contexto, debemos preguntarnos qué tipo de responsabilidad contractual puede tener una entidad de crédito. La importancia del sistema financiero de los estados se ha convertido en un punto esencial de éstos, por lo que, como veremos, a veces, las responsabilidades contractuales de las entidades de crédito con sus clientes se diluyen por decisiones políticas. Debemos reflexionar sobre la dicotomía responsabilidad contractual o política, analizando el reciente caso de la quiebra y posterior resolución de la entidad financiera española Banco Popular Español SA y su responsabilidad frente a sus clientes.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad contractual; sistema financiero; entidades bancarias; pérdida de capital; directiva europea.

ABSTRACT: *Throughout our history, access to certain goods and services required the “economic help” of a third party, be it a friend, a relative or a moneylender. It was not until the end of the Middle Ages that we can begin to speak of a true mercantilist system, especially for the precious metals and gold that came to the old continent from America, the New World. Between the 17th and 18th centuries the first banks were created in Europe and later in America. This financial system became a central axis of all the states of the world with the different economic currents according to the social events, so the states of that time created control measures and public entities. The enactment of national and, later, European regulations within the framework of the European Union to protect both the consumer and the financial system and, ultimately, the state itself, also encouraged by globalization, proliferated. We can say that the financial system has become a fourth power of states: financial and economic power. In this context, we must ask ourselves what kind of contractual liability a credit institution may have. The importance of the financial system of the states has become an essential point of the states, so that, as we will see, sometimes the contractual liability of credit institutions with their clients is diluted by political decisions. We must reflect on the dichotomy of contractual or political liability, analyzing the recent case of the bankruptcy and subsequent resolution of the Spanish financial institution Banco Popular Español SA and its liability towards its clients.*

KEY WORDS: *Contractual liability; financial system; banking institutions; capital loss; European directive.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.- II. LA POLÍTICA FINANCIERA Y ECONÓMICA DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL DESDE 2012. - III. LA QUIEBRA DEL BANCO POPULAR Y SU INTERVECIÓN: LA VENTA AL BANCO SANTANDER SA. - IV. LAS RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES DE LOS ACCIONISTAS POR LA INADECUADA O INEXACTA INFORMACION DEL BANCO POPULAR SOBRE SU SITUACIÓN FINANCIERA. - V. LOS PROCESOS JUDICIALES DE LOS INVERSORES FRENTE A LA ENTIDAD BANCARIA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022. - VI. EL INFORME DE CONCLUSIONES, PREVIO AL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE, ELABORADO POR EL ABOGADO GENERAL UE. - VII. LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022, ASUNTO C-410/2020. - VIII. EL CRITERIO UNÁNIME DE LA JURISPRUDENCIA CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL SISTEMA FINANCIERO. - IX. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: EL BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

El Banco Popular Español fue una entidad bancaria española creada en 1926 por el ingeniero de minas y político Emilio González-Llana Fagoaga con el nombre de Banco Popular de los Previsores del Porvenir, cambiando de denominación en 1947 por la actual, Banco Popular. Siempre fue considerado como un banco de tamaño medio, independiente, con un negocio tradicional muy focalizado en el cliente y especializado en las pequeñas y medianas empresas (PYMES), así como con un notable «know-how», basado en la austeridad y la prudencia. Sus clientes siempre se han caracterizado por su fidelidad y alto poder adquisitivo. Prueba de su buen hacer, es que en los años noventa la entidad fue calificada por la agencia británica de calificación bancaria IBCA como el banco más rentable del mundo, según publicó el diario español El País el 27 diciembre de 1993¹. Un ejemplo claro de esta filosofía histórica de austeridad y prudencia se denota en el hecho de que mientras otros bancos españoles, como Banco Santander SA y BBVA SA, decidían (gracias a los frutos del crecimiento de su actividad en España), internacionalizar su actividad mediante adquisiciones de otras entidades, Banco Popular resistía la tentación del crecimiento vía compra de otras entidades, a costa de descolgarse del grupo de los grandes bancos españoles bajo su lema "mejor mediano, pero más rentable". Su gran fortaleza y razón de su rentabilidad era la fidelidad, carácter conservador y alto poder adquisitivo de sus clientes.

Durante las primeras décadas de su historia fue ampliando su influencia territorial hasta que a mediados de los años setenta llevó a cabo una gran expansión en todo el país convirtiéndose en una de las principales entidades bancarias de

¹ "Banco Popular es el más rentable del mundo, según la agencia IBCA" Enlace: https://elpais.com/diario/1993/12/28/economia/757033204_850215.html

• **Héctor Buenosvinos González**
Profesor asociado Universidad Vigo (España)
Doctorando Universidad de Vigo (España)
Abogado en ejercicio
hector.buenosvinos@hotmail.com

España. Desde que Ángel Ron Güimil se convirtió en presidente único el Banco Popular en febrero 2006, esta expansión cruzó fronteras con diversas operaciones de fusión y creación de empresas en Europa. Así, se fusionaron entidades como por ejemplo, Banco de Castilla, Banco de Andalucía, Banco de Galicia, Banco de Vasconia, etc. Asimismo, se creó la entidad bancaria Targobank SA surgida de un acuerdo de alianza estratégica a largo plazo con la entidad bancaria francesa Crédit Mutuel CIC con el fin de prestar servicios bancarios conjuntos en España, Portugal, Francia y Alemania, se creó la aseguradora alemana Allianz, se compró el negocio minorista de tarjetas de Citibank en España operado a través de Bancopopular-e – actualmente, bajo la denominación Wizink Bank SA-, se adquirió el fondo de inversión Vårde Partners, el negocio de depósitos y custodia de fondos de inversión y planes de pensiones BNP Paribas Securities Services España, etc. Así pues, en el balance económico de la entidad en 1995 el banco tenía 20.000 millones de euros en activos, en 2002 había duplicado esta cifra y, en 2008 éste alcanzaba los 130.000 millones. En este periodo los depósitos de la clientela únicamente se habían duplicado.

Asimismo, una de las decisiones políticas de la empresa más importantes fue su entrada y participación en el sector inmobiliario en el momento más álgido de la burbuja inmobiliaria de España, momento en el que fusionó al Banco Pastor SAU, siendo éste una de las entidades que contaba con más lastre en su haber de activos mobiliarios tóxicos. En 2011, ya con la burbuja financiera estallada, Banco Popular adoptaría otra decisión (que a futuro iba a ser negativa para su devenir): la adquisición de Banco Pastor SAU sin ningún tipo de ayuda pública (factor muy sorprendente a sabiendas que otras entidades españoles más potentes como BBVA SA, CaixaBank SA y Banco Sabadell SA sí que las solicitaron en las respectivas integraciones de cajas de ahorros que efectuaron). Es importante indicar que Banco Pastor SAU era un banco tremendamente expuesto al negocio inmobiliario, pues tenía más de 9.300 millones en activos inmobiliarios en un activo total de 29.000 millones de euros. Así las cosas, el Grupo Bancario Popular, antes de su quiebra, estaba formado esencialmente por las dos entidades bancarias: Banco Popular Español SA, Banco Pastor SAU.

En definitiva, desde mediados de los años setenta, la dirección del Banco Popular tuvo como objetivo expandir su influencia en el sistema financiero español y europeo con numerosas operaciones de compra de entidades bancarias, fondos de inversiones, planes de pensiones, creación de entidades aseguradores, entre otros, así como su inversión en el sistema inmobiliario. De esta forma, podemos concluir que el Grupo Bancario Popular se convirtió en uno de los principales bancos de España y Europa. A pesar de su política de expansión, el Banco Popular siempre se caracterizó por aplicar una política austera de contención.

II. LA POLÍTICA FINANCIERA Y ECONÓMICA DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL DESDE 2012.

En el año 2012, el Banco Popular siguió con una política opuesta a su filosofía histórica de austeridad y conservadurismo: optó por no aportar activos a Sareb², también conocido como “Banco Malo”, intentado esquivar el estigma del banco apunhalado por el contribuyente y lo que es aún más incomprensible, aportó incluso capital a Sareb. Ese mismo año se aprobaron las nuevas normas sobre provisiones y contabilización de activos, en concreto la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos³. Las entidades financieras tuvieron que dotar más provisiones para cubrir sus activos tóxicos o potencialmente tóxicos. En un contexto de exigencia de una mayor transparencia, la primera prueba de fuego llegó en septiembre: los test de estrés de la consultora estadounidense Oliver Wyman pusieron de manifiesto que la banca española necesitaba capital por importe de 53.745 millones de euros, siendo cuantificadas las necesidades de Banco Popular en 3.223 millones de euros. En aquel momento esta cuantía superaba el 2% de los activos de la entidad ponderados por riesgo.

Con el aparente objetivo de eludir la inyección de dinero público, su presidente Ángel Ron y su equipo decidieron impulsar a una serie de ampliaciones de capital, tanto en 2012 como en 2014 y 2016. En seis años, el Banco Popular captó 5.400 millones de euros, sobre unos fondos propios iniciales de poco más de 8.000 millones (lo que suponía un incremento de capital de un 67,5%). En el periodo 2012 - 2016, sumó pérdidas por un total de 5.183 millones de euros, solo compensadas por los resultados de 2013, 2014 y 2015. Esta necesidad de capital llevó también al Banco Popular a colocar deuda subordinada entre sus clientes minoristas, en concreto del producto financiero Bonos u Obligaciones Subordinadas convertibles obligatoriamente en acciones, objeto de numerosas reclamaciones judiciales de sus clientes inversores por la falta de información en el producto. Tal y como define el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 411/2016 de 17 junio 2016⁴ se trataba de un producto diseñado por la entidad bancaria cuyos activos (títulos de bonos o de obligaciones subordinadas) “se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino

2 Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, más conocida por su acrónimo, Sareb, es una entidad creada por el Estado Español en noviembre de 2012 para ayudar al saneamiento del sector financiero español y, en concreto, a las entidades que arrastraban problemas debido a su excesiva exposición al sector inmobiliario.

3 Publicada en el BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2016. Ref. BOE-A-2016-4356. Enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-4356

4 STS n.º 411/2016, de 17 junio 2016 (Rec. 1974/2014). Ref. Cendoj: 28079110012016100403. Enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado". Esta deuda que se ha sido convertida en acciones como consecuencia de la directriz del órgano estatal Fondo de Reestructuración de la Ordenación Bancario (FROB) y que, por tanto, han sido amortizadas por cero euros.

Asimismo, la entidad bancaria colocó entre sus clientes a través de su red de sucursales las acciones emitidas en las tres ampliaciones citadas incluso llegando a conceder créditos personales para ello, de forma que, junto con la deuda subordinada, la entidad tenía como objetivo capitalizarse con el dinero de sus inversores. No obstante, la situación del Banco Popular no estalló hasta que su presidente Ángel Ron fue destituido a finales del 2016. La evolución del precio de la acción del banco en la Bolsa Española en tendencia descendente desde 2009/2010 indicaba que el mercado comenzaba a penalizar su cotización. Su cotización media era 31,6 euros por acción en el año 2007 (que alcanzó su máximo el 17 abril 007 con una cotización de 36,7 euros) pasó a una cotización media de 4,9 euros en 2014, es decir, un descenso de la cotización media del 85,5% no equiparable a ningún otro valor del sector bancario que no hubiera terminado rescatado por el Estado. Ya en el año 2016, las dificultades para cerrar la ampliación de 2016 fueron otro indicador de la reticencia que tenía el mercado de acudir a una ampliación de capital. La entidad decidió impulsar su última ampliación haciéndose efectiva el 20 junio 2016.

Para rematar la complicada situación de Banco Popular, en febrero de 2017, antes de que fuera nombrado nuevo presidente Emilio Saracho, la entidad presentó los peores resultados de su historia, declarando unas pérdidas históricas de 3.485 millones de euros, tras realizar unas provisiones de 5.692 millones para cubrir el deterioro de sus activos inmobiliarios, devolver a los clientes lo cobrado de más por las reclamaciones de cláusulas suelo y acelerar el "proceso de desinversión" en activos no productivos. Un mes después se detectó una insuficiencia de sus provisiones y un desajuste por importe de 694 millones. Acto seguido se produjo la dimisión del entonces consejero delegado, Pedro Larena, apenas seis meses después de su desembarco en la entidad en septiembre de 2016. El nuevo equipo gestor no logró decidirse entre ampliar su capital o cerrar la venta del banco. La entidad puso en marcha un acelerado proceso de venta para desprenderse de los negocios no estratégicos y destinar el dinero a la reducción de los activos

improductivos. Sin embargo, la cuantía de éstos era tan abultada que estas medidas fueron insuficientes, pues el mercado especulaba en las últimas semanas que la cuantía de estos activos ascendía a más de 36.000 millones de euros. Ante este escenario, el efecto sobre el precio de la acción del Banco descendía aún más hasta mínimos históricos sufriendo una caída hasta 62% y los depositantes comenzaron a retirar masivamente sus depósitos provocado por la desconfianza de los inversores en la solvencia financiera de la entidad bancaria.

Todos estos mimbres crearon una situación financiera tan delicada que el Banco Popular entró en una quiebra técnica de tal calibre que ni siquiera tenía capacidad suficiente para atender al pago ordinario de sus obligaciones o incluso sus clientes poder retirar dinero en los cajeros automáticos.

III. LA QUIEBRA DEL BANCO POPULAR Y SU INTERVECIÓN: LA VENTA AL BANCO SANTANDER SA.

La situación de iliquidez del Banco Popular se hizo insostenible por lo que el 6 junio 2017 el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR)⁵ la inviabilidad de la entidad "...por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano." al cumplir los requisitos establecidos en el art.18.4 c) Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.b) de dicha norma⁶ estando el Banco Popular sujeto a la supervisión del Banco Central Europeo.

Así las cosas, al día siguiente, 7 junio 2017 la JUR acordó en su Decisión SRB/EES/2017/08 la resolución del Banco Popular al concluir que "...el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público". Previo a esta decisión, JUR solicitó la valoración de un experto independiente (consultora Deloitte) resultando unos valores económicos que en el mejor de los escenarios eran 2.000 millones euros negativos y en el peor de los escenarios estresado de

5 Autoridad europea de resolución de la Unión Bancaria Europea. Es un elemento clave de la Unión Bancaria y de su Mecanismo Único de Resolución. Su misión consiste en garantizar la resolución ordenada de bancos en crisis con el menor impacto posible sobre la economía real y las finanzas públicas de los países de la UE, participantes y terceros.

6 Publicado DOUE núm.225, de 30 de julio de 2014.Ref. DOUE-L-2014-81709.Enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81709>

8.200 millones negativos. Este experto independiente consideró la necesidad de adoptar un instrumento de venta del negocio y la decisión de amortización y/o conversión de las acciones y de otros instrumentos de capital de Banco Popular. La firma Deloitte concluye en su informe que la reducción de la valoración de los activos adjudicados entre un 42 % y un 47 % se debe al incumplimiento de las reglas de valoración de activos que estaban establecidas como obligatorias para el sistema bancario español anteriormente citada (Circular 4/2016 de Banco España). Esta afirmación fue confirmada también por los inspectores del Banco España de 8 abril 2019 (pág.31 y 132). La pregunta es: Si los inspectores del Banco España ya conocían desde 2019 que el Banco Popular no estaba cumpliendo con la normativa sectorial en la valoración de sus activos, ¿Por qué no tomaron alguna medida frente a la entidad? Pues, el balance económico anual de la entidad estaba maquillada, o presuntamente maquillado, si estaba valorando sus activos de forma incorrecta, eludiendo las posibles pérdidas que arrastraba durante varios años. Más sospechoso es esta posibilidad cuando la entidad bancaria intentaba capitalizarse con varias ampliaciones de capital – 2012, 2014 y 2016 – y la emisión de deuda subordinada.

Previamente a la resolución, el mismo Banco Popular había publicado el 3 abril 2017 en la Comisión Nacional de Mercado de Valores de España (CNMV) un hecho relevante⁷ reconociendo “i) insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, que afectarían a los resultados de 2016 por ello, al patrimonio neto) por un importe de 123 millones de euros; ii) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos que, estimada estadísticamente, ascendería, aproximadamente, a 160 millones de euros; iii) posible obligación de dar de baja alguna de las garantías asociadas a operaciones crediticias dudosas, siendo el saldo vivo neto de provisiones de las operaciones en las que se estima que pudiera darse esta situación de, aproximadamente, 145 millones de euros, lo que podría tener un impacto, aún no cuantificado, en las provisiones correspondientes a esas operaciones; iv) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe, si se verificara, debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación estadística del importe de estas financiaciones es de 205 millones de euros, siendo el importe total objeto de este análisis de 426 millones de euros.” Y, concluía que “ El análisis preliminar indica que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) proviene de

7 <http://cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={54b60151-6117-4fd2-ac91-58d55fbfd6f0}>

ejercicios anteriores a 2015 y tendría, por ello, escaso impacto en los resultados del ejercicio 2016, aunque sí afectaría al patrimonio neto”.

De acuerdo con el artículo 18.6 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio, se somete al Banco Popular a un procedimiento de resolución determinando la aplicación de los instrumentos de resolución pertinente, impartiendo instrucciones al FROB para que éste, como Autoridad de Resolución Ejecutiva según el artículo 2.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión⁸ tome todas las medidas necesarias para aplicarlo, ejerciendo las competencias de resolución legalmente atribuidas. Entre ellas, se acuerda la venta de negocio de la entidad en aplicación art. 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014 y la previa amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución.

La JUR acordó el 7 junio 2017 la venta del Grupo Bancario Popular al Banco Santander SA por un euro. Se redujo el capital social de la entidad a cero euros, se amortizaron las acciones en cero euros así como de cualquier otro instrumento financiero emitido por el Banco Popular. Entiende la JUR que la medida adoptada es la necesaria y proporcionada compatible con los principios y objetivos de la resolución, y tiene por finalidad la constitución de una reserva voluntaria de la que solo se podrá disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social conforme a lo previsto en el artículo 335.c) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁹, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, siendo la operación de reducción. Por otro lado, al tratarse de una reducción de capital para constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible, supone una recomposición en el patrimonio de la sociedad sin que se produzca una alteración en el importe total de sus fondos propios. Considera la JUR que son los accionistas de la entidad los que deben sufrir las pérdidas. La resolución de la JUR fue publicada en el BOE núm.155, de 30 de junio de 2017¹⁰

Tras la venta de la entidad al Banco Santander SA, ésta tuvo que realizar una ampliación de capital de más de 7.000 millones de euros con el objetivo de sanear los activos tóxicos que tenía en el Balance. Así consta publicado en el Hecho Relevante de 3 julio 2017¹¹ y números ajustes contables para lograr una adecuada provisión de créditos y activos inmobiliarios que comprenden: 4.700

8 Publicada BOE, núm.146, de 19 junio 2016.Ref. BOE-A-2015-6789.Enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-6789>

9 Publicada BOE, núm.161, de 13 julio 2010. Ref. BOE-A-2010-10544.Enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>

10 Publicada en el BOE núm.155, de 30 de junio de 2017. Ref. BOE-A-2017-7580.Enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-7580

11 https://www.bolsamadrid.es/docs/Estadisticas/Boletin/BBilbao/Diario/2017/07/04/3_74_0_20170704.pdf

millones de euros de provisiones de “activos inmobiliarios”, 2.500 millones de euros de provisiones de “créditos morosos inmobiliarios” y 700 millones de euros de provisiones para cubrir la “mora no inmobiliaria”. Sin duda, estos ajustes fueron síntoma de las pérdidas reales que la entidad bancaria afloraban ya en el primer trimestre de 2017 por importe de 12.218,4 millones de euros (así consta en la pág. 6 del Informe Financiero Semestral del Banco Popular cerrado a fecha 30/06/2017).

IV. LAS RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES DE LOS ACCIONISTAS POR LA INADECUADA O INEXACTA INFORMACION DEL BANCO POPULAR SOBRE SU SITUACIÓN FINANCIERA.

Sin perjuicio de un análisis más profundo desde el punto de vista económico y financiero – que no es objeto de este artículo de investigación – los miles de accionistas del Banco Popular perdieron todo el capital invertido en las acciones emitidas por la entidad que cotizaban en la Bolsa Española y en deuda subordinada que se convirtió en acciones de la entidad. Para evitar las reclamaciones de sus inversores, el Banco Santander – como nuevo dueño del Banco Popular que terminó fusionado por absorción¹² - ofertó un producto denominado Bono de fidelización “para fidelizar a clientes minoristas de Grupo Santander afectados por la resolución de Banco Popular” remunerados al 1% trimestral durante siete años computados desde 15 diciembre 2017; a partir del séptimo año, el tipo que resulte de añadir al margen de 594,7 puntos básicos el mid-swap rate a cinco años sobre el valor nominal vivo en cada periodo de remuneración. Se trata de un producto de carácter perpetuo (sin plazo de vencimiento) pudiendo el banco amortizar totalmente y nunca parcialmente los títulos de forma unilateral, incluso anticipadamente antes del séptimo año. En definitiva, con el fin de evitar los previsibles pleitos judiciales, la entidad intentó evitar las reclamaciones de sus inversores ofreciéndoles otro producto financiero perpetuo con una remuneración más baja, pero sin poder el inversor recuperar el capital invertido y siempre siendo decisión unilateral la devolución del capital invertido. Toda la documentación de la oferta se encuentra en la página web del Banco Santander¹³. Muchos inversores optaron por esta oferta colocando la entidad hasta 78% de los bonos emitidos, lo que supone 764,03 millones de euros (que corresponden con 7,64 millones de bonos). También debemos destacar que esta oferta iba solo dirigida a los accionistas de la ampliación última de capital de 20 junio 2016 y deuda subordinada adquirida en julio 2011 (115.000 clientes)¹⁴ dejando al margen a todo

12 El 24 abril 2018 el Consejo de administración del Banco Popular y Banco Santander aprobaron la fusión de ambas entidades, siendo el Grupo Bancario Popular absorbido por Banco Santander completando dicha fusión y desapareciendo como entidad jurídica el 28 septiembre 2018.

13 <https://www.santander.com/es/accionistas-e-inversores/informacion-general/historico-operaciones-corporativas/adquisicion-banco-popular/bonos-de-fidelizacion/oferta-publica-de-venta-bonos-de-fidelizacion-en-espana/informacion-mportante>

14 https://elpais.com/economia/2017/12/15/actualidad/1513324202_378915.html

aquel inversor que hubiera adquirido estos activos en otro momento o emisión y a las instituciones que hubiera invertido en la entidad y sus consejeros. Asimismo, dependiendo del importe invertido, el nominal invertido en la oferta del bono fidelización variaba, de forma que si el nominal invertido era inferior a 100.000€ recibirán el total, entre 100.000€ y 500.00€ un 75%, entre 500.000€ y 1 millón de euro el 50%, y a partir del millón invertido no se ofertó el bono. Por supuesto, todos los clientes que optaron por este Bono de Fidelización debían renunciar a ejercitar acciones legales frente a la entidad.

Todos aquellos inversores que no aceptaron el Bono de Fidelización o que no podían aceptarlo por ser excluidos en los requisitos de la oferta del banco, comenzaron a reclamar extrajudicialmente a la entidad bancaria – Banco Santander, como actual titular de los derechos y obligaciones que asume del Banco Popular fusionado-. La entidad bancaria no aceptó ninguna reclamación previa por lo que obligó a todos los accionistas que no pudieron recuperar el capital invertido a iniciar acciones judiciales frente a la entidad bancaria. Así, comenzaron a pronunciarse los tribunales españoles de primera y segunda instancia sin que tales procesos llegasen hasta el Tribunal Supremo Español, de manera que a día de hoy - noviembre 2022 – el Alto Tribunal sigue sin pronunciarse. No obstante, como indicaremos más adelante, su criterio ya no tiene relevancia a tenor del resultado final de estos procesos aplicando la sentencia de 5 mayo 2022 del Tribunal Justicia Unión Europea (TJUE) C-410/2020.

V. LOS PROCESOS JUDICIALES DE LOS INVERSORES FRENTE A LA ENTIDAD BANCARIA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022.

Todos aquellos inversores que perdieron el capital invertido en la compra de acciones emitidas por el Banco Popular Español SA que cotizaban en La Bolsa española y, como hemos expuesto, no pudieron acogerse a la oferta que el Banco Santander ofreció (bono de fidelización) o que no quisieron aceptar esta oferta al sentirse engañados y querer recuperar su dinero y no invertirlo en otro producto financiero, comenzaron miles de procesos judiciales en toda España frente a la entidad bancaria. Inicialmente, las demandas judiciales de los inversores versaban sobre el importe invertido en la última ampliación de capital de la entidad de 20 junio 2016; no obstante, con posterioridad, a tenor del resultado positivo que los inversores obtenían incluyeron en sus demandas el dinero invertido en otras ampliaciones de capital anteriores – de 2012 y 2014 – e incluso otras inversiones realizadas fuera de los periodos de ampliación de capital ofertados en compra directa en el mercado. En definitiva, los accionistas del Banco Popular comenzaron a reclamar en los juzgados españoles todos aquellos inversores efectuadas con independencia de la fecha e importe invertido.

Antes de entrar el fondo del asunto de estas demandas, hay que recordar que los tribunales españoles no tenían el mismo criterio a la hora de estimar las reclamaciones de los inversores en todas las operaciones realizadas. Como ya hemos expuesto, el Banco Popular ofertó tres ampliaciones de capital en diferentes ofertas públicas de venta (OPV), concretamente, en 2012, 2014 y 2016. La última de ellas, con efectos de 20 junio 2016. Los tribunales españoles de primera y segunda instancia han sido unánimes al concluir que la información que proporcionó la entidad en esta ampliación fue deficiente, inexacta y maquillada no reflejando su imagen fiel, pues en apenas un año la entidad quebró cuando la información que proporcionaba – no solo en el folleto legal de la inversión – sino también en su publicidad – no era correcta. Por tanto, el consentimiento emitido por los inversores en la compra de estos títulos fue erróneo o estaba viciado, estimando la acción de nulidad relativa o anulabilidad en la compra de estas acciones conforme lo dispuesto en el artículo 1.262 en relación con el artículo 1.265 a 1.270 todos ellos del Código Civil español.

Esta misma acción prosperó en parte de la jurisprudencia sobre las anteriores ampliaciones de capital de 2012 y 2014, concluyendo que conforme la prueba practicada en el proceso, la entidad no ha proporcionado la correcta información sobre su situación financiera desde hace años con una tendencia evolutiva negativa.

En este mismo sentido y aunque no se tratase de la misma acción, esta parte de la jurisprudencia también consideró probado que la información que la entidad proporcionó durante años a sus inversores no era adecuada ni correcta a la situación financiera del banco; en estos supuestos, la acción entablada y estimada no era la de anulabilidad, sino de responsabilidad civil con resarcimiento por daños y perjuicios causados al inversor conforme el artículo 38 Ley Mercado de Valores¹⁵ indemnizándole en la cantidad invertida menos los dividendos percibidos durante el tiempo que duró la inversión, con los correspondientes intereses legales.

En definitiva, esta parte de la doctrina jurisprudencial concluyó probado el déficit informativo del banco a sus inversores durante muchos años afectando a todas las operaciones efectuadas al menos desde la ampliación de capital de 2012 y hasta su quiebra, indistintamente si la inversión se había realizado en una OPV o en compra directa en el mercado.

Sin embargo, otra parte de la jurisprudencia no compartía este criterio. Como decimos, existía unanimidad respecto de la deficiente información proporcionada al inversor en la ampliación de capital de 2016, pero no respecto al resto de operaciones anteriores. En aquellas operaciones referentes a las ampliaciones de

15 Aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 octubre. Entró en vigor 13 noviembre 2015. BOE 255, 24 octubre 2015. Ref. BOE-A-2015-11435

capital de 2012 y 2014 y en las realizadas de forma directa mediante la compra de títulos en el mercado continuo de La Bolsa española - por ejemplo, un inversor compra acciones del Banco Popular el 2 febrero 2013 y 8 septiembre 2015 – cierta parte de la jurisprudencia concluyó que no era posible demostrar que cuando se realizaron estas inversiones la información que proporcionó el banco no era correcta pues era difícil probar el nexo causal entre la pérdida y el perjuicio. Si una persona adquiere 500 títulos de acciones del Banco Popular mediante compra directa en el mercado de La Bolsa el 2 febrero 2013 y posteriormente el 7 junio 2017 la entidad emisora de se declara en quiebra y es vendida a otra entidad amortizándose todos los títulos de sus inversores con la correspondiente pérdida de capital ¿Ha sido provocada por el déficit informativo del año 2013 cuando se efectúa la operación? Realmente es muy difícil de probar estos hechos, o al menos, en este supuesto concreto, muchos tribunales discrepaban que existiera prueba suficiente sobre ello.

Con independencia del esfuerzo probatorio y del estudio del fondo del asunto – cuestión que no trata esta investigación – el principal debate que se encontraron los tribunales fue dirimir si la entidad bancaria estaba legitimada para soportar la acción entablada en las demandas de miles de inversores (anulabilidad, responsabilidad civil o responsabilidad contractual y con independencia de la fecha de la inversión). El Banco Santander, sucesor del Banco Popular Español, invocaba siempre la aplicación de la ley 11/2015 de 18 junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión¹⁶. El espíritu de esta norma es crear mecanismos de resolución de entidades bancarias con procesos ágiles que eviten los “rescates bancarios” por lo estados con dinero público sufragando las pérdidas los ciudadanos con sus impuestos siendo los acreedores y accionistas los que deben asumir esas pérdidas. Si bien es cierto, hay que precisar que la norma establece un proceso de recapitalización interna (“bail in”) con el fin de que su coste pueda ser asumido por la entidad financiera proteger de esta manera a los depósitos bancarios siendo éstos los últimos en verse afectados por un proceso de resolución o recuperación, cubiertos, además, por el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD)¹⁷.

No se ha considerado adecuado los procesos de concursos de acreedores para las entidades bancarias debido a su alta complejidad estructural y su función primordial en la estructura financiera de un estado. En consecuencia, establece su preámbulo que la ley establece “un procedimiento administrativo, especial

16 Entró en vigor 20 junio 2015. BOE 146, 19 junio 2015. Ref. BOE-A-2015-6789

17 Organismo cuya finalidad es garantizar los depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito, con el límite de 100.000 € para los depósitos en dinero o, en el caso de depósitos nominados en otra divisa, su equivalente aplicando los tipos de cambio correspondientes. Fue creado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre. Tiene personalidad jurídica propia, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines en régimen de derecho privado, y su sede está en Madrid.

y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos.”

Otro de los principios importantes de esta norma es la separación entre la liquidación y la resolución de una entidad bancaria, es decir, no solo los organismos públicos deben realizar funciones revisoras de supervisión sino también ser capaces de liquidar una entidad financiera cuando ésta no puede continuar en el mercado por sus propios medios y siempre garantizando que esta operación no afecte al sistema financiero público. Así, se permite a estos organismos públicos no solo procurar que se pueda liquidar o resolver una entidad bancaria con el mínimo perjuicio en el dinero público, sino de llevar a cabo funciones preventivas de carácter previo a esta situación, pudiendo incluso intervenir en ellas aun cuando pueda ser ésta solvente y viable.

Esta ley es el fruto de la transposición de derecho comunitario al ordenamiento jurídico nacional de la Directiva Europea Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014¹⁸, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, que es, a su vez, una de las normas que contribuyen a la constitución del Mecanismo Único de Resolución, creado mediante el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, siendo este uno de los pilares de la llamada Unión Bancaria.

También hay que destacar que la actual ley 11/2015, de 18 junio es la sucesora no solo de la directiva comunitaria que se transpone al ordenamiento jurídico español sino también de nuestra anterior ley 9/2012 de 14 noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito en cuya elaboración ya se tuvieron en cuenta los trabajos preparatorios de lo que fue finalmente la Directiva europea 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014. Por tanto, podemos concluir que en nuestro derecho interno ya existía una regulación sobre esta materia con tintes de lo que fue la directiva europea que se aprobó con posterioridad. Por consiguiente, la actual ley

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial UE L-173/190 de 12 junio 2014. Enlace web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0059&from=ES>

11/2015 lo único que hace es reforzar la legislación y adaptar la misma a la directiva comunitaria que finalmente fue aprobada, cumpliendo así uno de los deberes que tenemos como miembros de la Unión Europea.

Me detengo especialmente en esta norma y en la directiva comunitaria porque es la clave para resolver de forma definitiva todos los procesos judiciales iniciados frente al Banco Santander sobre las reclamaciones de los miles de inversores en las acciones que cotizaban en La Bolsa emitidas por el Banco Popular. Esta normativa fue objeto de debate jurisprudencial hasta el dictado de la sentencia del TJUE de 5 mayo 2022.

Prácticamente la totalidad de los juzgados de primera y segunda instancia desestimaban la alegación del banco sobre la falta de legitimación pasiva de ésta en aplicación de la citada ley 11/2015 al concluir que las acciones entabladas (anulabilidad art.1.261 y ss Código Civil, responsabilidad civil derivada del folleto de emisión art.38 Ley Mercado de Valores, responsabilidad contractual por incumplimiento art.1.124 Código Civil) no eran incompatibles con el contenido de la citada norma. Para alcanzar esta conclusión se basaban en que el origen del daño cuyo resarcimiento se reclamaba no se encontraba en la intervención del Banco Popular por la Junta Única de Resolución (JUR) – autoridad encargada de garantizar y velar por la correcta recuperación o resolución de la entidad financiera - sino en la información engañosa difundida por el propio banco en cuanto a su situación financiera. En este sentido podemos citar la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo n.º 24/2016 de 3 febrero 2016¹⁹. Esta resolución también cita otra del TJUE de 19 de diciembre de 2013 en el asunto C-174/12 en relación a la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, 7 Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el [artículo 48 CE, párrafo segundo], con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. En aquel caso se dirimía una cuestión prejudicial sobre la compra de acciones de una entidad financiera en bolsa que había publicado una información no veraz sobre su situación financiera, a raíz de lo cual, el inversor ejercita una acción de nulidad respecto de tal adquisición.

La mencionada sentencia comunitaria señala que las directivas europeas aprobadas para proteger el capital social de una empresa no se oponen al derecho del inversor a ser indemnizado, de modo que la sociedad emisora está obligada a reembolsarle el precio de adquisición de las acciones y hacerse cargo de éstas. La importancia de esta sentencia europea es considerar a la persona que adquiere los

19 STS n.º 24/2016, de 3 febrero 2016 (Rec. 1990/2015). Ref. Cendoj: 280791119912016100002. Enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

títulos como inversor y no como accionista de forma que el hecho causante del daño es una información falsa o no veraz que se produce antes de adquirir la condición de accionista, pues una persona antes de comprar los títulos recibe la supuesta información veraz en calidad de inversor o futuro inversor, pero no se convierte en accionista hasta que no los adquiere en firme. El hecho analizable para concluir si el consentimiento emitido por esta persona está viciado o si procede indemnizarle por cualquiera de las acciones viables de responsabilidad civil o contractual, es previo a la adquisición en la que la persona obtiene la cualidad de inversor pero no de accionista porque todavía no es propietario de los títulos (acciones). Por este motivo, la práctica totalidad de la jurisprudencia consideró que las acciones ejercitadas en las demandas no eran incompatibles con la referida ley 11/2015. Asimismo, como refuerzo argumental, los tribunales recordaban que el preámbulo de la ley – anteriormente citado – señala que el coste de la reestructuración o resolución recaerá sobre los accionistas y acreedores en función del instrumento de resolución que se elija según el caso. Será en la aplicación de dicho instrumento de resolución respecto del que no existirá ningún derecho de indemnización, pero ello no debe privar necesariamente del ejercicio de otro tipo de acciones que no tienen su fundamento en estos instrumentos de resolución de crisis de entidades financieras.

Así las cosas, el art.37.2 b) de la ley 11/2015 establece “En caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes: b) En relación con el titular del pasivo afectado, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de una obligación ya devengada o de una obligación resultante de los daños y perjuicios surgidos como consecuencia de la sentencia que resuelva el recurso contra el ejercicio de la competencia de 9 amortización y conversión de los instrumentos de capital o de la recapitalización interna, todo ello sin perjuicio de la aplicación a dicho titular de lo dispuesto en el artículo 39.3”, y el art.39.2 b) establece “ Cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital, o de los pasivos admisibles a que se refiere el artículo 38.I bis: b) No subsistirá ninguna obligación frente al titular de los instrumentos de capital respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización.”

En definitiva, en supuestos de amortización o conversión de instrumentos de capital puede ser una medida independiente de cualquier medida de resolución o reestructuración existiendo excepciones para aquellas “obligaciones ya devengadas” como dice la literalidad de los preceptos indicados. En este sentido, la jurisprudencia consideró que aquella persona obtenía la cualidad de inversor

– cuando recibía la información engañosa – y la citada norma deja al margen las obligaciones ya devengadas antes del hecho producido. Por ello, concluyen que las acciones ejercitadas frente a la entidad no eran incompatibles con la ley 11/2015. Esta apreciación interpretativa de los tribunales no fue novedosa, pues el mismo TS ya la había aplicado en otras ocasiones con anterioridad en relación a la citada ley 9/2012 que, como ya hemos dicho, es la base de la actual ley 11/2015 y que se inspira en los trabajos preparatorios de la vigente Directiva Europea 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014. Podemos citar la sentencia n.º 139/2018 de 13 marzo que recopila y cita otras anteriores (n.º 580/2017 de 25 octubre, n.º 40/2018 de 26 de enero y la n.º 448/2017, de 13 de julio).

Aun cuando el criterio de los tribunales era prácticamente unánime – sobre todo al inicio de las reclamaciones durante el año 2017 y 2018 – el Banco Santander continuó invocando la posible falta de legitimación pasiva del banco en relación a la aplicación de la ley 11/2015. Así, la Audiencia Provincial de Asturias, Baleares y de A Coruña modificó su criterio inicial y comenzaron a desestimar las demandas de los inversores concluyendo que existía falta de legitimación pasiva del Banco Santander – como sucesor del Banco Popular-. Así las cosas, conforme art.267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña decidió elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE dictándose un Auto de 28 julio 2020 (Rec. 784/2019) en interpretación de los art. 34. 1 letra a), art. 53.1 y 3, y art.60 2, letras b) y c) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifica la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

El tribunal planteó dos peticiones:

“1.Cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34 1 a), 53 1 y 3 y 60 2 b) y c) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes adquirieron sus acciones unos meses antes del inicio del procedimiento de resolución con ocasión de una ampliación de capital con oferta pública de suscripción, puedan promover demandas de resarcimiento o demandas de efecto equivalente basadas en una defectuosa información del folleto de la emisión, contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior?

2. En el mismo caso a que se refiere la pregunta anterior, los artículos 34 I a), 53 3 y 60 2 b) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿se oponen a que se impongan judicialmente a la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos (ex tunc), del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad?''.

Durante la tramitación de esta cuestión prejudicial, el Banco Santander solicitó siempre en los procesos judiciales la suspensión de su curso hasta que se resolviera la misma por el TJUE invocando la excepción procesal de prejudicialidad civil contemplado en el art.43 Ley Enjuiciamiento Civil. Lo cierto es que este precepto no está adaptado en nuestro ordenamiento jurídico para supuestos análogos al presente. El art. 43 LEC establece que "Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial." A este respecto hay que recordar que ya el TS en su sentencia de 12 enero 2010 ha declarado que el planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez nacional "obedece a un juicio soberano del Tribunal, que si estima improcedente el planteamiento de la cuestión no puede vulnerar, ni vulnera, ninguna de las garantías abarcadas por "el derecho al proceso con todas las garantías" a que se refiere el art. 24.2 CE". Esta resolución cita la jurisprudencia comunitaria como la sentencia TJUE de 16 enero 1974 (asunto C-166/73), de 27 junio 1991 (asunto C-348/89), 10 julio 1997 (asunto C-261/95), 16 diciembre 2008 (asunto C-210/06) y 22 de junio de 2010 (asunto C-188/10 y C-189/10), concluyendo que "no basta que una parte mantenga que el litigio suscita una cuestión de interpretación del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional que conoce del mismo esté obligado a estimar que existe una cuestión en el sentido del artículo 177 (hoy 234 TFUE), cual declaró la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982 (C-283/1981)" la cual también ha sido acogida por el nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 26 octubre 2012.

Por tanto, el planteamiento de una cuestión prejudicial es interpretar el derecho comunitario y no interno. Por consiguiente, la finalidad de la misma no se establece en citado art.43 LEC. Este precepto no regula esta posibilidad, por lo que en ningún caso, un tribunal tiene la obligación de suspender un proceso ni

siquiera planteárselo. Sobre esta posible reforma legislativa para adaptar nuestra ley procesal civil a la práctica actual ya hablé de ella en otro artículo científico²⁰

Recuerda la sentencia del TJUE de 19 septiembre 2006 que “no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario (véase, en particular, la sentencia de 7 de julio de 1994, Lataire, C-130/93, Rec. p. I 3215, apartado 10). Además, en el marco del sistema de cooperación judicial establecido por dicho artículo, la interpretación de las normas nacionales corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y no al Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage, C-37/92, Rec. p. I-4947, apartado 7)”. Este criterio es compartido por el TS en su sentencia de 30 enero 2017 al señalar que “para que proceda plantear dicha cuestión, es necesario que la respuesta que el TJUE haya de dar a las dudas que el órgano judicial nacional le plantee sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sea necesaria para que el órgano judicial nacional pueda emitir su fallo y que la solicitud de cuestión prejudicial solo podría tener por objeto la interpretación de un acto comunitario, no de una norma nacional”.

En conclusión, desde un punto de vista sustantivo, no es admisible estimar la prejudicialidad civil en cuanto la finalidad de este precepto no es suspender un proceso porque dependa del resultado de otro en el que hay una cuestión prejudicial civil planteada sobre la interpretación de derecho comunitario y nunca nacional.

Desde un punto de vista procesal, tampoco es admisible estimar la petición de suspensión. El art. 4 Bis ley orgánica 6/1985 de 1 julio (LOPJ) en relación art.267 TFUE señala que “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.” Para poder aplicar la jurisprudencia comunitaria es necesaria que ésta se dicte, por lo que el mero hecho de que una cuestión prejudicial se encuentre en trámite ante el TJUE no es motivo suficiente para suspender un proceso, pues el juzgador no tiene obligación de aplicar en sus procesos un criterio jurisprudencial que no existe en ese momento. Asimismo, la decisión de no suspender el proceso no puede afectar ni vulnerar el art. 24 CE sobre el derecho a tutela judicial efectiva, pues de acuerdo con el art.448 y 455 ambos LEC las sentencias de primera instancia que se dicten puede ser recurridas ante el superior jerárquico. Cuestión distinta sería que el proceso se encontrase en la tercera y última instancia – Tribunal Supremo – en cuanto, entiendo que si sería viable y correcto suspender el proceso hasta

20 BUENOSVINOS GONZALEZ, H.: “Análisis del art.43 LEC. El estudio de su reforma y adaptación a la realidad procesal europea vigente. Prejudicialidad civil y cuestiones prejudiciales ante el TJUE en materia de contratación bancaria”, *Diario LA LEY*, n° 9618 de 22 de abril de 2020, N° 9618, Editorial Wolters Kluwer.

que el TJUE dictara la sentencia ya que esta tercera instancia sería la última no pudiendo ser recurrida su resolución. De hecho, este es el criterio que el TS ha planteado siempre y aplica en la actualidad, tal y como veremos a continuación.

Si bien es cierto, hay que señalar que cuando el TJUE anunció la fecha en la que iba publicar la sentencia que resolvía la cuestión prejudicial planteada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, muchos juzgados de primera instancia y tribunales de segunda instancia decidieron estimar la petición de suspensión del proceso hasta que se publicara la resolución, pero no aplicando el art.43 LEC como tal, pues como decimos, no se establece este supuesto, sino realizando una interpretación extensiva del art. 267 TFUE en relación al art.4 Bis LOPJ y del referido art.43 LEC en cuanto el resultado de aquella sentencia europea es de obligado cumplimiento para los tribunales de los estados miembros de UE como España. En mi opinión, es una decisión acertada. Es cierto que, como hemos analizado, el art. 43 LEC no establece esta posibilidad, pero si en un horizonte cercano se tiene conocimiento y constancia de la fecha en la que se publicará la resolución, y ésta afectará a un proceso en curso, de forma analógica procede estimar la suspensión del proceso. De lo contrario, nos podríamos encontrar con resultados muy dispares entre tribunales y en función de cuando es dictada la sentencia. Pero de proceder a suspenderse los procesos antes de que se anuncie la fecha de la publicación de la sentencia conllevaría a una paralización de la justicia y un futuro y previsible colapso judicial al suspenderse – sobre todo en primera instancia – muchos procesos judiciales de diversas materias en las que haya cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, pues no solo pueden ser planteadas por órganos judiciales españoles sino también de cualquier otro estado miembro siendo la resolución de éstas aplicables en España. Por consiguiente, en virtud de principio de economía procesal, al menos en mi opinión, no procede suspender un proceso hasta que se anuncie la fecha del dictado de la sentencia o, en su caso, no procede nunca la suspensión.

VI. EL INFORME DE CONCLUSIONES, PREVIO AL DICTADO DE LA SENTENCIA TJUE, ELABORADO POR EL ABOGADO GENERAL UE.- VII. LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022, ASUNTO C-410/2020.

Merece la ocasión hacer una breve referencia al informe de conclusiones que con carácter previo elabora el Abogado General de UE Don Jean Richard De la Tour antes del dictado de la sentencia y después de la celebración de la vista judicial.

Respecto la primera cuestión planteada: “Cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34

l a) , 53 l y 3 y 60 2 b) y c) de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes adquirieron sus acciones unos meses antes del inicio del procedimiento de resolución con ocasión de una ampliación de capital con oferta pública de suscripción, puedan promover demandas de resarcimiento o demandas de efecto equivalente basadas en una defectuosa información del folleto de la emisión, contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior?”.

Recuerda el Abogado General que la Directiva europea 2014/59/UE tiene como finalidad “evitar, mediante una reacción rápida, el eventual colapso del sistema financiero como consecuencia de la inviabilidad de una entidad bancaria. En este sentido, los inversores, convertidos en accionistas, son quienes asumen las primeras pérdidas en caso de inviabilidad de su banco, en virtud del artículo 34, apartado 1, letra a), de esta Directiva, lo que puede traducirse, como en el presente asunto, en la pérdida total de su inversión.” Por ello, la JUR como posteriormente el FROB (Fondo de Reestructuración de la Ordenación Bancaria, organismo español con competencia en nuestro territorio) optaron por una recapitalización interna mediante una amortización, en particular de las acciones iniciales que fueron canceladas, y la posterior venta del negocio, para conseguir evitar el colapso del sistema financiero. En definitiva, ya el mismo Abogado General nos indica (apartados nº43 y 44 de su informe) que la decisión adoptada por los diferentes órganos europeos y nacionales ha sido correcta, centrando su informe en la principal finalidad que tiene la citada directiva que, no es otra que, proteger el sistema financiero. Recordemos que en el preámbulo de la ley 11/2015 ya se pone de manifiesto, entre otros, el principio esencial de protección. Hay que tener en cuenta que esta directiva se aprobó durante la crisis financiera que asoló a Europa entre 2008 y 2015 en el que muchas entidades bancarias tuvieron problemas financieros adoptando los estados europeos medidas de protección como por ejemplo, el denominado “rescate bancario” inyectando en las entidades bancarias dinero público. En España, podemos citar a las Cajas gallegas (Caixanova y Cai<xa Galicia, actualmente ambas formaron la entidad Abanca), Caja Madrid (que pasó a ser Bankia SA, actualmente integrada por fusión en Caixabank SA), entre otros.

La financiación de la resolución de una entidad bancaria se obtiene mediante las contribuciones aportadas por las entidades bancarias del Estado miembro de que se trate (art.100 y ss de la Directiva 2014/59/UE). Se trata de “mutualizar” entre entidades bancarias los posibles riesgos de inviabilidad de alguna de ellas. Esta mutualización tiene el objetivo de reducir los riesgos morales. Esta apreciación es importante por cuanto nos movemos en el terreno de la ética y la moral y no del derecho, pues a lo largo de todo el informe de conclusiones del Abogado General se expresa siempre que el espíritu de esta directiva es reducir o evitar riesgos

morales o éticos, esto es, ¿Por qué los ciudadanos tienen que sufragar las pérdidas de una entidad bancaria con el dinero público proveniente de sus impuestos? Y, por tanto, ¿Por qué los ciudadanos tendrían que sufragar las pérdidas de los accionistas de estas entidades bancarias? Existe una delgada línea entre la moral y el derecho; entre lograr que aquellos inversores que se han visto engañados puedan recuperar el dinero invertido y que estas indeterminaciones sean pagadas por todos los ciudadanos, muchos de los cuales son ajenos a estas inversiones que realizan sus conciudadanos.

Por ello, se opone a que el accionista pueda ejercitar cualquier acción frente a la entidad bancaria: “esta doble mutualización, acorde a los principios según los cuales los accionistas asumirán las primeras pérdidas y solo los pasivos devengados pueden dar lugar a una obligación de pago en caso de recapitalización interna o amortización, demuestra hasta qué punto el sistema instaurado no es compatible con la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad basada en la Directiva 2003/71 con posterioridad a la decisión de resolución.” (Apartado n.º 80). Considera que si solo recae la responsabilidad del contenido del folleto en el emisor del mismo – en este caso, el Banco Popular – la indemnización correría a cargo de todos los bancos porque son los que financian el proceso de resolución. Por lo tanto, nos encontraríamos ante un supuesto de resolución del banco en el que no responde éste directamente – el pago de indemnizaciones con devolución de lo invertido a sus accionistas – sino el resto del sistema financiero, lo que “conduciría a obligar a una persona que no ha contribuido en la elaboración del folleto a soportar las consecuencias de que este sea erróneo o inexacto y sería contrario al propósito de reducir el riesgo moral.” (Apartado n.º 81)

Asimismo, el Abogado General recuerda en su informe (apartado n.º 44) que el TJUE ya ha admitido en diversas sentencias – por ejemplo, de 16 de julio de 2020, asunto C-686/18, Adusbef y otros -, que el objetivo de esta directiva comunitaria es garantizar la estabilidad del sistema financiero considerado como “Interés General de la Unión Europea”. Esta consideración no es baladí, pues como veremos más adelante es una de las máximas que guían la resolución dictada por el TJUE. En este sentido, nos encontramos ante una yuxtaposición entre dos intereses de orden público: la protección al inversor y la garantía del sistema financiero. Su ponderación no es fácil. El ejercicio de discernir cual de ambos intereses prevalece por encima del otro fue objeto de análisis en la sentencia del TJUE de 19 de julio de 2016, asunto C-526/14 Kotnik y otros (apartado 91), y la sentencia de 8 de noviembre de 2016, asunto C-41/15 Dowling y otros (apartado 54). Si bien es cierto, recuerda el informe que estas sentencias “versaban sobre los derechos de los accionistas en sentido estricto, la formulación «protección fuerte y coherente de los inversores» elegida por el Tribunal de Justicia puede adaptarse, en efecto, al presente asunto, dado que la protección conferida sobre

la base de la Directiva 2003/71²¹, que pretende garantizar la mayor transparencia posible al invertir en una sociedad, se extiende a los inversores que adquieren la condición de accionistas al participar en la oferta pública de suscripción de acciones acompañada de un folleto.”

Con este marco normativo preliminar, el Abogado General se posiciona en contra de la posición del demandante en aquel proceso (inversor) considera que “la acción de responsabilidad por folleto incorrecto o incompleto, prevista en el artículo 6 de la Directiva 2003/71 y cuyas modalidades deben establecer los Estados miembros, está directamente relacionada con la condición de accionista de la persona que desea ejercitarla ...para tener derecho a ejercitar una acción de responsabilidad, no basta con que un folleto sea incompleto o incorrecto, sino que es preciso que dicho folleto haya llevado al potencial adquirente a suscribir la oferta pública y a adquirir, en consecuencia, la condición de accionista.” (Apartado n.º 52 del informe). Es decir, no comparte la tesis de la mayoría de la jurisprudencia española que anteriormente analizábamos. Concluye el informe que el demandante no es un inversor sino un accionista, obteniendo esta cualidad en el momento de efectuar la compra de los títulos (acciones), pues de lo contrario, no podría ejercitar un acción de responsabilidad por la información incompleta o incorrecta del folleto. Así pues, para ejercitar dicha acción es necesario tener la cualidad de accionista y no de mero inversor. Esta es una de las principales diferencias entre el criterio comunitario y el nacional. En consecuencia, “la acción de responsabilidad está comprendida en la categoría de obligaciones o créditos que se consideran liberados a todos los efectos, siempre que no hayan vencido en el momento de la resolución. Por lo tanto, no puede ejercitarse una acción de responsabilidad frente a la entidad o la sociedad que la suceda tras la fecha de la resolución bancaria en cuyo marco se ha llevado a cabo una recapitalización interna.” En definitiva, el artículo 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59 prevé una norma similar para los supuestos de amortización de instrumentos de capital (en este caso, acciones) con excepción de aquellas “obligaciones ya devengadas”. Por consiguiente, no se puede ejercitar una acción de responsabilidad por el contenido del folleto de emisión al haberse amortizado las acciones mediante la resolución acordada de la entidad emisora. Matiza el informe que se encuentra fuera de esta acción de responsabilidad los pasivos a devengados resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización pues en virtud del artículo 85, apartado 4, párrafo segundo, de la Directiva 2014/59 no pueden verse afectados aquellos terceros de buena fe que han adquirido los títulos de una entidad en resolución. Esta es la única posibilidad “a salvo” para solicitar una indemnización por los daños causados.

21 Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. Publicada en el Diario Oficial UE – L 345/64 de 31 diciembre 2003.

Otra de las cuestiones relevantes en el proceso comunitario versa sobre el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 52 de la Carta de Derechos Europeos²² al señalar que “Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.” El TJUE teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016, asunto Mamatas y otros vs Grecia o sentencia de 10 de julio de 2012, asunto Grainger y otros vs Reino Unido) ha contemplado la posibilidad de limitar proporcionalmente el derecho de propiedad – en este caso, de un accionista – en materia de reestructuración bancaria en un contexto de crisis financiera mundial, incluso llegando a nacionalizar una entidad bancaria para garantizar y proteger el sistema financiero de un estado. Objeto del proceso eran otros principios y derechos recogidos en la Carta Europea referida que los demandantes alegaron en el proceso: protección del consumidor (art.38), tutela judicial efectiva (art.47) o el principio de igualdad. Todos ellos no se consideraran vulnerados a juicio del Abogado General pues el accionista tiene otros medios o vías de recurso a su alcance: i) la posibilidad de solicitar al estado que imponga sanciones administrativas a la entidad por vulnerar o infringir algunos preceptos de la directiva europea 2014/59/UE, sin perjuicio – obviamente – sanciones penales conforme el ordenamiento jurídico interno de cada estado en dicha jurisdicción. De hecho, como veremos más adelante, actualmente se encuentra en fase de instrucción un proceso penal frente a la entidad bancaria y su consejo de administración por varios delitos, entre ellos, de estafa y falsedad documental, en los que no se ha excluido al Banco Santander, como sucesor del Banco Popular, de la posible responsabilidad civil derivada de este proceso penal.

Recuerda el Abogado General que el art. 6 de la citada directiva europea establece la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad frente a personas distintas del propio emisor (organismos administrativos, de gestión o supervisión, el oferente, la persona que solicita la admisión a cotización en un mercado regulado o el garante) permitiendo que los accionistas obtengan una indemnización; ii) los accionistas pueden ejercitar otras dos acciones con efecto indemnizatorio en el marco de la resolución bancaria: la primera de ellas, pueden instar la anulación de la propia decisión de resolución en virtud del art.85 de la Directiva, aunque la indemnización que se solicite solo comprendería las pérdidas soportadas resultantes de la decisión de resolver el banco que se anula; una segunda acción de indemnización por el mecanismo de financiación en los procedimientos de resolución en virtud del art.75 de de la Directiva, cuando hayan incurrido en pérdidas más importantes que las que habrían sufrido el accionista si la entidad

22 Publicada en el Diario Oficial de UE el 7 junio 2016, C-202/389. Enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES>

hubiera sido liquidada aplicando procedimientos de insolvencia ordinarios (concursum de acreedores). En este supuesto, el accionista tendrá derecho al pago de la diferencia entre el importe invertido y la pérdida soportada. Por lo tanto, considera el Abogado General que no se vulnera ni se afecta al derecho a tutela judicial efectiva al existir otras vías de indemnización.

Otro punto interesante del informe, aunque no de índole jurídico, es que no admisible cuestionarse el proceso de valoración que las autoridades europeas hacen previamente de la entidad antes de proponer su resolución, pues se cuestionaría su validez y su fiabilidad.

Respecto de la segunda cuestión planteada: “En el mismo caso a que se refiere la pregunta anterior, los artículos 34 1 a), 53 3 y 60 2 b) de la Directiva 2014/59/ UE del Parlamento y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, ¿se oponen a que se impongan judicialmente a la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos (*ex tunc*), del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad?”

Para resolver esta cuestión el informe de conclusiones tiene en cuenta la alegación de la parte demandante en este proceso al invocar la sentencia TJUE de 19 diciembre 2013 asunto Hirmman C-174/12 sobre la responsabilidad de una sociedad anónima como emisora de los títulos frente a un adquirente de acciones de dicha sociedad que ejercita frente a ésta una acción de responsabilidad por incumplir las obligaciones de información previstas en diversas directivas europeas (2003/71, 2004/109/CE y 2003/6/CE) y, si la sociedad emisora tiene la obligación, como consecuencia de la responsabilidad, de reembolsar al adquirente el importe invertido. Sin embargo, el Abogado General discrepa de este criterio por las siguientes razones:

i) No es equiparable una acción de nulidad – como se pretende en la demanda del demandante y cuya opción se establece en el Código Civil español – puesto que solo se puede ejercitar una acción de nulidad si aquél sigue vinculado al contrato que pretende anular. En este supuesto, al amortizarse las acciones en el proceso de resolución y posterior venta de la entidad al Banco Santander, no existe ya contrato que pueda anularse. Hay que recordar que la nulidad de un contrato conlleva la desaparición de éste y de todos sus efectos, como si no hubiera existido nunca en el tráfico jurídico. Por ello, concluye que el accionista no puede estar nunca legitimado para ejercitar la acción al no existir el contrato que pretende anular ni mantener su condición de accionista por haberse amortizado sus títulos. Tampoco es admisible aplicar la retroactividad de los efectos de la

nulidad en cuanto éstos son consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato, opción jurídica no viable según el informe del Abogado General;

ii) Como hemos expuesto anteriormente, si se declarase la nulidad del contrato se pondría en cuestión todo el proceso de resolución y la valoración previa que las autoridades realizaron para concluir que procedía resolver la entidad bancaria, incumpliendo, de esta forma, las finalidades de la directiva. Por tanto, deben ser los accionistas "quienes asuman las primeras pérdidas." (Apartado n.º 95);

iii) El mecanismo de resolución bancaria se considera ley especial respecto de la Directiva 2003/71 y las Directivas sobre el Derecho de sociedades, por lo que los procesos de restructuración bancaria no son de aplicación a todas las sociedades, sino solo aquellas que atraviesan dificultades financieras;

iv) Sería discriminatorio distinguir aquellos accionistas que adquirieron sus títulos sobre la base de un folleto erróneo o inexacto y, por ello, tienen derecho a ser indemnizados, frente al resto de accionistas que no adquirieron éstas sobre esta base errónea pero que también ha visto amortizado sus acciones, como el resto.

Igualmente, el Abogado General no deja abierta la posibilidad de ejercitar otras acciones de responsabilidad distinta de la de nulidad (única ejercitada en la demanda del proceso nacional del que deriva esta cuestión prejudicial), como las indicadas en este estudio (responsabilidad contractual por incumplimiento o de responsabilidad civil con resarcimiento de daños y perjuicios) a pesar de no haberse planteado esta cuestión prejudicial por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, pues entiende que al existir una falta de legitimación del accionista frente a la entidad ésta abarca cualquier acción, bien sea de nulidad o de cualquier otro tipo de responsabilidad. También incluye el Abogado General en su informe su valoración respecto de la legitimación pasiva del Banco Santander en las miles de reclamaciones por esta materia como sucesor del Banco Popular a pesar de no ser objeto de la cuestión prejudicial planteada. En este sentido, la Directiva 2014/59/UE contempla en su artículo 38, apartado 13 un mecanismo de protección a la entidad bancaria que adquiere el negocio de otra entidad. Las acciones no pueden transmitirse al haber sido amortizado y cancelado por lo que los accionistas no pueden tener derecho ni acción alguna frente al Banco Santander sobre un título (acción) que no se ha transmitido a la entidad adquirente. Por ello, concluye el informe que en estos casos la obtención de una indemnización se reduce a dos supuestos: i) ser titular de un pasivo devengado; ii) haber sufrido pérdidas por la anulación de la decisión de resolución.

En el proceso judicial europeo también es parte y comparece el Estado español representado por el Abogado del Estado. En su informe de 23 diciembre

de 2020 concluyó que la directiva europea en cuestión no se oponía al ejercicio de una acción de nulidad o de responsabilidad ejercitada frente a la entidad bancaria sucesora de la anterior. Es decir, el Estado español compartía el criterio de la práctica totalidad de la jurisprudencia española.

VII. LA SENTENCIA DEL TJUE 5 MAYO 2022, ASUNTO C-410/2020.

El tribunal europeo comparte íntegramente el criterio adoptado por el Abogado General de UE en su informe de conclusiones de 2 diciembre 2021, incluso podríamos decir que el contenido de su resolución judicial es prácticamente idéntica al informe. Si bien es cierto, en mi opinión, el informe del Abogado General es más completo y exhaustivo, exponiendo con claridad su posición previo un buen análisis de las directivas comunitarias aplicables a este caso. La sentencia, sin embargo, es de una lectura más farragosa y de mayor complejidad, además de ser demasiado sintética. Por ello, considero que para poder entender la resolución del TJUE es necesario haber leído previamente el informe del Abogado General el cual explica con claridad los hechos y fundamentos jurídicos en los que se basa para alcanzar su conclusión.

El tribunal resuelve de forma conjunta ambas peticiones planteadas en la cuestión prejudicial. Con carácter previo, tal y como hace el informe, recuerda la finalidad de la Directiva 2014/59 cuyo objeto principal es “reducir el riesgo moral en el sector financiero, haciendo que los accionistas soporten prioritariamente las pérdidas sufridas como consecuencia de la liquidación de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión, de modo que se evite que dicha liquidación merme los fondos públicos y afecte a la protección de los depositantes” (apartado n.º 35 sentencia). También recuerda que “el Tribunal de Justicia ha subrayado que los objetivos consistentes en garantizar la estabilidad del sistema bancario y financiero y en evitar un riesgo sistémico constituyen objetivos de interés general perseguidos por la Unión (sentencia de 16 de julio de 2020, *Adusbef y otros*, C-686/18, EU:C:2020:567, apartado 92 y jurisprudencia citada)”.

Teniendo en cuenta las finalidades de la Directiva Europea 2014/59/UE - objeto de interpretación en este proceso - el TJUE concluye que el interés general prima por encima del particular, de forma que es prioritario garantizar la continuidad del sistema financiero frente a intereses individuales de inversores que han perdido el dinero invertido. Cita el tribunal su constante jurisprudencia: sentencias de 19 de julio de 2016, asunto C-526/14 *Kotnik y otros*, apartado 91, y sentencia de 8 de noviembre de 2016, asunto C-41/15 *Dowling y otros*, apartado 54. Para que pueda ser aplicado el proceso de resolución o reestructuración que regula la citada directiva, es necesario un escenario económico excepcional “a fin de preservar la estabilidad financiera de los Estados miembros, al crear un régimen de insolvencia

que constituye una excepción al régimen general de los procedimientos de insolvencia, cuya aplicación únicamente se autoriza en circunstancias excepcionales y debe estar justificada por un interés general superior. El carácter excepcional de este régimen implica que cabe descartar la aplicación de otras disposiciones del Derecho de la Unión cuando estas puedan privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de resolución." (Apartado n.º 37 sentencia).

El tribunal comparte con el Abogado General que la referida Directiva está comprendida dentro del denominado Derecho de Sociedades y que, por tanto, se permite establecer excepciones en el derecho interno de cada estado miembro. Así pues, las acciones adquiridas por el inversor son obligaciones o créditos que se consideran liberados a todos los efectos, siempre que no hayan vencido en el momento de la resolución por lo que no se puede exigir al Banco Santander, como entidad sucesora del Banco Popular, que responda de acciones de responsabilidad o de nulidad. También comparte la conclusión del Abogado General en cuanto exigir cualquier acción a la entidad bancaria pondría en entredicho la fiabilidad y garantía del proceso de resolución que previamente ha valorado las autoridades europeas.

En definitiva, aunque de forma más escueta, el TJUE comparte íntegramente los argumentos esgrimidos por el Abogado General de la UE concluyendo que el accionista no tiene acción frente al Banco Santander, ni de responsabilidad ni de nulidad. Solamente establece como excepción, como también lo hace el informe de conclusiones, las acciones que el accionista pudiera ejercitar en un proceso de insolvencia ordinaria (concurso de acreedores) aplicando las disposiciones de derecho común de sociedades. Así pues, se salvaguarda la posibilidad de que los accionistas y los acreedores tengan derecho a reembolso o a una indemnización resultante de calcular del importe que habrían recibido si la totalidad de la entidad o empresa de que se trate hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios. Dicho de otro modo, si el accionista puede acreditar su perjuicio resultante que hubiera tenido en un proceso de concurso de acreedores, podría ejercitar acción frente a la entidad. Obviamente, esta posibilidad es prácticamente imposible, pues no dejaría de ser un supuesto hipotético de difícil valoración de lo que pasaría en un concurso de acreedores, teniendo en cuenta la valoración de la empresa, los acreedores y deudas de ésta, el informe de la administración concursal, las resoluciones y decisiones del Juzgado de lo Mercantil en el concurso, etc. Por ello, el apartado n.º 49 de la sentencia concluye que "A tal fin, los Estados miembros deben velar por que la valoración la realice lo antes posible una persona independiente una vez ejecutada la medida de resolución. Cabe la posibilidad de oponerse a tal comparación de forma independiente a la decisión de resolución." Parece una acción viable para los inversores, pero en realidad no deja de ser un "canto al sol" pues la viabilidad práctica es muy difícil.

Por tanto, compartiendo el criterio del Abogado General, el TJUE concluye que “El artículo 75 de la Directiva 2014/59 precisa que, si se constata que, en el marco de un procedimiento de resolución, los accionistas y los acreedores recibieron, como pago o compensación de sus créditos, menos de lo que habrían recibido con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios, tendrán derecho al pago de la diferencia. Como señaló el Abogado General en el punto 105 de sus conclusiones, únicamente se garantiza el pago de la diferencia entre las pérdidas soportadas en el marco de la resolución y las que se habrían sufrido en el marco de un procedimiento de liquidación ordinario.” (Apartado n.º 50).

En conclusión, el fallo de la sentencia TJUE de 5 mayo 2022 (asunto C-410/2020) señala que: “Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letra a), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato.”

Por consiguiente, no es que exista falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria – como así defendía y defiende siempre el Banco Santander en los procesos judiciales – sino una falta de acción del demandante (inversor, esto es, el accionista). Éste, no tiene acción frente al banco: ni de nulidad contractual (anulabilidad por error o vicio en el consentimiento, en este caso, en virtud art.1.261 CC en relación al 1.265 a 1.270 CC), ni de responsabilidad civil con resarcimiento de daños y

perjuicios (art.38 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 sobre Ley Mercado de Valores), ni de responsabilidad contractual (art. 1.124 CC).

VIII. EL CRITERIO UNÁNIME DE LA JURISPRUDENCIA CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA TJUE 5 MAYO 2022. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL SISTEMA FINANCIERO.

Recordemos que el art.4 Bis LOPJ establece que “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.” A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia nacional emanada del Pleno del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales (jurisprudencia menor) en virtud art.1.6 CC, las resoluciones dictadas por el TJUE son de obligado cumplimiento para todos los estados europeos miembros. Es una diferencia sutil pero muy importante, porque un juez o tribunal puede apartarse del criterio jurisprudencial del TS o de AP motivando y razonando su decisión, pues la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico pero no es de obligada aplicación. Sin embargo, aquella emanada por el tribunal comunitario si lo es, pues es la última instancia y entre sus funciones se encuentra la unificación de criterios jurídicos en la interpretación de las directivas europeas que puedan entrar en colisión con el derecho interno de cada nación.

Así las cosas, todos los tribunales de primera y segunda instancia han ido resolviendo en este mismo sentido, desestimando las demandas o estimando los recursos del banco en segunda instancia, aplicando la referida sentencia europea. El Pleno del Tribunal Supremo español no se había pronunciado todavía sobre esta materia, incluso antes de presentarse la cuestión prejudicial el 28 julio 2020. A fecha de este análisis – 30 noviembre 2022 – todavía no ha dictado sentencia alguna, aunque si ha publicado que tiene varios recursos admitidos a trámite ya antes de la sentencia europea, por lo que finalmente acabará dictando una resolución que se provee -como no puede ser de otra manera – en el mismo sentido que el TJUE y del resto de jurisprudencia menor: el inversor (demandante) no tiene acción frente a la entidad bancaria. Lo que si ha hecho es inadmitir a trámite un recurso de casación sobre esta materia.

Después de la publicación de la sentencia comunitaria, dictó Auto de 20 julio 2022 concluyendo que “El presupuesto de la acción y del recurso ha desaparecido a raíz de la sentencia. Si, como afirma el TJUE, la Directiva 2014/59 impide el ejercicio de una acción de responsabilidad o de una acción de nulidad contra la entidad de crédito emisora del folleto, o contra la entidad que la suceda con posterioridad a la adopción de la decisión de resolución, desaparece ese presupuesto esencial

de la acción ejercitada en la demanda y del propio recurso de casación. Estas circunstancias han privado al recurso del fundamento que pudiera tener en el momento en el que fue interpuesto, ya que esta sala, por mandato del art. 4 bis LOPJ, debe aplicar la doctrina del TJUE, que tiene carácter vinculante, de modo que el recurso nunca podría ser estimado. En efecto, “la interpretación que el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, realiza de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor”, de donde resulta “que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma” (SSTJUE de 14 de mayo de 2020, C-749/18, y de 12 de mayo de 2022, C-556/20).”

Por tanto, aunque el TS no se haya pronunciado todavía, ni antes ni después de la sentencia del TJUE, la motivación expuesta en su Auto para inadmitir a trámite el recurso de casación es claro y permite dilucidar cuál será la decisión y el resultado de los recursos de casación que tiene pendiente de resolver.

Los inversores han intentado buscar otras acciones viables frente a la entidad:

i) Aclaración de la sentencia y estudio de la doctrina constitucional española: se ha solicitado la aclaración de la sentencia alegando la vulneración del derecho a tutela judicial efectiva (art.47 Carta de Derechos de UE y art.6 y 13 Convención Europea de Derechos Humanos) pues conforme el contenido de la sentencia europea se priva al inversor de cualquier derecho a acudir a un proceso judicial solicitando el reembolso y resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Se invoca también el principio de igualdad conforme el art. 14 CE, arts. 14 y 17 CEDH y art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el principio de protección de los consumidores asentada en los artículos 51 CE y 38 CDFUE - en aquellos casos en que el accionista revista tal condición – considerando, además, que la interpretación dada al art. 74 de la Directiva 2014/59 sobre la “valoración de la diferencia en el trato” con evidente proyección sobre el derecho a la propiedad consagrado en el art. 47 CE y art. 17 de la CDFUE.

Una parte de los juristas invocan la doctrina constitucional atacando el contenido de la sentencia del TJUE. Señalan que el art.53 CDFUE ya advierte que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podría interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la

Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros." Por tanto, la doctrina Constitucional, consagrada en la sentencia nº 53/2002, de 27 de febrero 2002 y la sentencia n.º 292/2000, de 30 de noviembre 2000 concluyen en relación a la propia Carta de derechos europeos que "los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución (española) constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ... ha reconocido nuestra Constitución"

Además, la Directiva 2014/59, como señala sus Considerandos 10, 44 o sus art.45.19.f) y 45.20.c) es una Directiva de mínimos, por lo que nada impide que la protección constitucional nacional extienda su protección en cuanto a los valores superiores que consagra. El propio Considerando 15 de la Directiva ya reconoce la posible interferencia con los sistemas constitucionales de los Estados miembros en algunos aspectos de la Directiva, por cuanto su carácter de mínimos no cabe ser interpretado de modo extensivo en perjuicio de estos valores superiores. Asimismo, hay que tener en cuenta que el derecho de UE y, por tanto, las resoluciones del TJUE en su interpretación, forman parte del ordenamiento jurídico español, pero como señala el TC español estas directivas no tienen rango constitucional: "la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E." (Sentencia n.º 28/1991 de 14 febrero²³) Igualmente, la sentencia n.º 64/1991 del TS concluyó que "es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E."

En definitiva, lo que persigue una parte de los juristas en señalar que la sentencia del TJUE no se adecuaba con los principios constitucionales de nuestro estado lo que obligaría a plantear una nueva cuestión prejudicial ante TJUE conforme determinan la sentencia del TC n.º 232/2015 de 5 noviembre 2015. No se pretende una revisión de la sentencia, cuya función no tiene encomendada ni el

23 Publicada en BOE n.º 64 de 15 marzo 1991. Enlace: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1667>

TC ni del resto de órganos judiciales nacionales, ni tampoco plantear un conflicto de primacía de Derecho UE, sino de la contradicción existente entre los principios constitucionales de un estado miembro y los valores superiores del Derecho UE fundamentados en el principio de igualdad, protección a los consumidores – si el inversor reviste esta condición –, derecho a tutela judicial efectiva y derecho a la propiedad. Esta “contradicción” ya fue expuesta por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia de 5 mayo de 2020 (Sentencia Weiss) en un supuesto idéntico concluyendo el tribunal alemán la existencia de un error del TJUE en la sentencia que dictó por ser objetivamente arbitrario y ser incompatible su decisión con los propios valores de la constitución alemana. Misma apreciación estableció la el Tribunal Constitucional Checo en su sentencia de 31 enero 2012 (Sentencia Holubec). No se trata de cuestionar la primacía del derecho UE ni de la interpretación de éste por el TJUE pero si de plantear la confrontación que surge cuando lo resuelto es contrario a los principios constitucionales de un estado miembro.

Actualmente, no consta resuelta la aclaración pero, en mi opinión, no será favorable, pues la sentencia es clara y no adolece de dudas o conceptos oscuros, sin perjuicio de que se pueda estar o no de acuerdo con su contenido.

Ante esta situación, a mediados de julio 2022, un despacho de abogados de ámbito nacional ha presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) un recurso contra la sentencia del TJUE por vulneración del derecho de tutela judicial efectiva y del derecho de propiedad regulado en la Carta Europea de Derechos y de nuestra Constitución Española anteriormente citados. Entienden que se está negando al inversor poder acudir a los tribunales a reclamar frente a la entidad bancaria al concluir que éste tiene falta de acción y que el TJUE está interpretando el derecho nacional, función que no le corresponde. Además, consideran que el TJUE ha otorgado privilegios al Abogado General al preguntarle si se debe dar traslado y trámite a las partes del proceso para alegaciones adoleciendo este hecho de falta de imparcialidad en el proceso.²⁴ Actualmente, se encuentra en trámite este recurso, pues será interesante conocer la decisión final del TEDH y, en caso de estimarse, qué consecuencias tendrá para la entidad bancaria y los miles de inversores que no han podido resarcirse de la pérdida de capital.

ii) Actualmente, el Banco Santander – como sucesor de Banco Popular – y el consejo de administración de Banco Popular, está siendo investigado en el proceso penal que se encuentra en fase de instrucción a punto de terminar (Diligencias Previa Procedimiento Abreviado n.º 42/2017 seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 4 Madrid) por varios delitos, entre ellos, delito de estafa, falsedad

24 <https://theobjective.com/economia/2022-09-21/banco-popular-santander-sentencia/>

documental. Tras la sentencia del TJUE se pronuncia este juzgado instructor en su Auto de 26 julio 2022 concluyendo que no excluye al Banco Santander del proceso penal manteniendo su legitimación de una posible responsabilidad civil. Recordemos que los delitos penales tienen aparejada responsabilidad civil, por lo que de condenar en firme a la entidad bancaria o su consejo de administración por alguno de estos delitos puede que tenga que responder civilmente el Banco Santander. Muchos inversores se han personado en este proceso penal en calidad de perjudicado con el fin de que cuando haya una sentencia firme pueda, en su caso, lograr recuperar el dinero invertido en las acciones que emitió el Banco Popular. Todavía es pronto para concluir si esto es posible, pues ni siquiera ha terminado la instrucción y no se ha abierto fase de juicio oral, pero es una posible o remota posibilidad vigente que tiene el inversor.

iii) Estudio de irretroactividad de ley 11/2015 sobre la compra de acciones anteriores a su entrada en vigor: otra de las opciones que se plantea una parte de los juristas es considerar que la referida norma no afecta a una parte de las inversiones al no estar ésta en vigor en el momento de la suscripción. La Directiva 2014/59 entró en vigor el 15 mayo 2014 – 20 días después de su publicación en el Diario Oficial UE – la cual fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 11/2015 ya citada cuya entrada en vigor fue el 1 enero 2016. El principio general de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorable o restrictivas de derechos individuales consagrados en el art. 9.3 de la Constitución Española impide la posibilidad de extender los efectos derivados de una ley a las relaciones jurídicas existentes antes de su entrada en vigor, salvo que sean favorables. En el ámbito civil, nuestro art.2.3 CC establece que “las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario”. Así las cosas, en la ley 11/2015 las disposiciones transitorias primera a séptima refieren la aplicación de la anterior ley 9/2012 en aquellos procesos ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley vigente 11/2015 y la disposición derogatoria única establece que la derogación de la ley anterior 9/2012, salvo sus disposiciones modificativas de otras normas y las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, sexta a decimotercera, decimoquinta, decimoséptima, decimooctava y vigésima primera que refieren a la constitución de instituciones, fondos y algunos mecanismos creados. En conclusión, podemos decir que no existe ninguna excepción concreta o expresa a supuestos como el presente, sin perjuicio de la referencia a la aplicación de la ley 9/2012 para aquellos procesos ya iniciados bajo su vigencia. Si bien es cierto, hay que tener en cuenta que la nueva ley 11/2015, no solo transpone la Directiva 2014/59 sino que modifica la ley anterior 9/2012 que ya regulaba los procesos de reestructuración o resolución de entidades bancarias; de hecho, como ya se ha expuesto con anterioridad, el legislador ya tuvo en cuenta los trabajos de redacción y regulación de la Directiva pues cuando se promulgó la ley 9/2012 el legislador europeo ya estaba trabajando en la referida directiva. Por tanto, en

mi opinión, es cuestionable que pudiera aplicarse en este caso la excepción de irretroactividad de la ley.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, aunque algunas suscripciones de acciones se hubieran realizados bajo la vigencia de la ley anterior 9/2012, cuando se produce la resolución de la entidad el 7 junio 2017, esta norma se encuentra derogada y los efectos o consecuencias de la resolución se producen con la vigencia de la actual ley 11/2015 y de la Directiva Europea 2014/59. Por tanto, en mi opinión, no es cuestionable la tesis de esta parte de juristas que consideran que la ley 11/2015 no es aplicable a las suscripciones de acciones anteriores a la entrada en vigor de la norma.

iv) También hay que tener en cuenta otras consideraciones que a raíz del dictado de la sentencia del TJUE han surgido. Nos referimos al producto bancario diseñado y comercializado por el Banco Popular denominado “Bonos u Obligaciones Subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones” (llamados, “cocos”). Este producto fue adquirido por muchos clientes de esta entidad entre el periodo 2009 a 2015 aproximadamente – a veces, derivado ya en si de otro producto previo como era las “Participaciones Preferentes” y, por tanto, cambiando de producto - en diferentes emisiones pero de características idénticas. Consistía en comprar unos títulos (bonos u obligaciones subordinadas) y obtener un rédito trimestral o semestral a un tipo de interés bastante atractivo – generalmente, superior a los depósitos a plazo fijo que por aquel entonces se ofertaban siendo bastante bajos a tenor del periodo de crisis financiera -. En un momento dado, estos títulos se canjeaban en acciones emitidas por la entidad bancaria que cotizaban en La Bolsa española. De esta forma, el inversor pasaba de tener en su cartera unos títulos de renta fija a acciones que cotizaban en bolsa convirtiéndose en accionista del banco con todos los riesgos inherentes que ello conlleva. Sin perjuicio de analizar cómo se comercializó este producto y la información deficiente o incompleta que muchos clientes denunciaron, lo cierto es que en un momento dado el inversor era accionista del banco. Todos los canjes se produjeron con anterioridad a la resolución del banco de 7 junio 2017. Por tanto, en aquel momento, todos eran accionistas de la entidad, pero no por haber adquirido las acciones en una ampliación de capital del banco (OPS) o por haberlas comprado directamente en el mercado por iniciativa propia, sino como derivación de un producto financiero.

Así las cosas, siendo éstos accionistas, hay que preguntarse si el contenido de la sentencia TJUE les afecta o no. En un primer momento, el Tribunal Supremo dictó un Auto de 15 junio 2022 (Rec. 1905/2020) inadmitiendo el recurso del Banco Santander en un procedimiento sobre este producto concluyendo que “Simplemente añadir que la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022 invocada por la parte recurrente no resulta aplicable al presente caso. La

citada sentencia viene referida a la responsabilidad por folleto de Banco Popular en la adquisición de acciones, supuesto claramente diverso al presente en donde el objeto son unas obligaciones subordinadas en las que se pretende su anulación por error en el consentimiento como consecuencia de la falta de información de la entidad bancaria sobre el producto y sus riesgos.” No obstante, recientemente el Alto Tribunal reunido en Pleno el 26 octubre 2022 ha decidido suspender la resolución de un recurso sobre este materia para oír a las partes del proceso sobre la posible incidencia que la sentencia TJUE pueda afectar al mismo. El TS se está planteando presentar ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art.53.3 de la Directiva 2014/59 relativa a la liberación de los pasivos no vencidos así como la incidencia de la resolución europea en cuanto los inversores eran titulares previamente de un producto distinto que se canjeó por acciones, ejercitando éstos una acción de nulidad o de responsabilidad no frente a las acciones sino con el producto inicial (bonos u obligaciones subordinadas). En consecuencia, la acción ejercitada es frente a otro producto aunque éste se canjeara antes de la resolución del banco en acciones²⁵.

IX. CONCLUSIONES.

Aunque pueda ser una paradoja, lo cierto es que la entidad bancaria no tiene responsabilidad contractual frente a los accionistas que invirtieron su capital en las acciones cotizadas en La Bolsa. Como ciudadano, me planteo cómo es posible que una empresa – en este caso, una entidad bancaria – no tenga responsabilidad sobre sus actos y sus decisiones sin que tenga que indemnizar a aquellos que han visto perder el capital invertido por una engañosa o deficiente información en el folleto de emisión de las acciones. Hay que señalar que la sentencia del TJUE y, también, el informe del Abogado General UE no tratan ni resuelven hechos, es decir, no entran a valorar el fondo del asunto para concluir si la información financiera y económica que el Banco Popular proporcionó a sus inversores en el folleto de emisión era correcta, adecuada o no, sino que dejando al margen los hechos acaecidos concluye que jurídicamente el inversor no tiene acción frente a la entidad.

Por tanto, la responsabilidad contractual en el sistema financiero se encuentra limitada. Recordemos que la Directiva europea 2014/59 fue aprobada durante los peores años de la crisis financiera mundial que provocó la caída de muchos bancos en Europa y el “rescate bancario” por parte de los estados inyectando dinero público que ha sido vuelto a las arcas estatales adoptando medidas muy contundentes tanto por los estados como por la propia Unión Europea. La finalidad de esta directiva no es otra que evitar que esto vuelva a pasar pues

25 <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/el-supremo-escuchara-a-las-partes-antes-de-elevar-tres-cuestiones-al-tjue-sobre-instrumentos-del-popular/>

afecta directamente al sistema financiero de la UE y, en consecuencia, a todos sus ciudadanos en una economía totalmente globalizada y relacionada entre sí dentro de la UE y de ésta hacia el exterior en el mundo. Los considerandos de la directiva y del preámbulo de la ley 11/2015 que transpuso la misma a nuestro ordenamiento jurídico expone claramente que prima la protección del sistema financiero por encima de intereses particulares debiendo garantizarse una estabilidad económica en la Unión Europea con los riesgos morales o éticos que ello pudiera conllevar. En definitiva, es la eterna dicotomía entre el individuo frente a la Sociedad.

Así las cosas, la directiva diseñó un sistema en el que se pudiera resolver o reestructurar una entidad financiera con intermediación de las autoridades europeas creadas a tal efecto y sin intervención de terceros. Así, ocurrió con el Banco Popular en el que tras concluir su inviabilidad en el sistema las autoridades europeas (JUR) y españolas (FROB) decidieron resolver la entidad bancaria y buscar aquella que pudiera adquirirla, e este caso, otra entidad española: el Banco Santander SA.

Lo preocupante es que el legislador – en este caso, europeo pero también nacional al transponer la directiva a nuestro ordenamiento jurídico – ha permitido que la posible responsabilidad contractual de una entidad bancaria se diluya sin que ésta tenga que asumir las pérdidas que ha provocado. Sin embargo, debemos preguntarnos si fuera el responsable el ciudadano habría esta exoneración de responsabilidad frente a la entidad bancaria. Obviamente, no. Por tanto, no podemos concluir que el ciudadano esté al mismo nivel que la entidad bancaria ni se garantice de igual forma los derechos de ambas partes en la relación contractual, pudiendo vulnerar derechos esenciales y fundamentales como destaca una parte de los juristas (igualdad, protección al consumidor, propiedad, etc).

BIBLIOGRAFIA

Base de datos

<https://www.poderjudicial.es/> (CENDOJ)

<https://curia.europa.eu/juris> (TJUE)

Legislación nacional

Boletín Oficial Estado (BOE)

Diario Oficial UE (DOEU)

Código Civil (CC)

Código de Comercio (C.Co)

Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, se aprueba texto refundido de la Ley Mercado de Valores (LMV)

Ley 9/2012, de 14 noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito

Ley 11/2015, de 18 junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 julio, por el que se aprueba la ley Sociedades de Capital

Ley orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial (LOPJ)

Legislación europea

Directiva europea 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.