



Identificador publicado	: C-687/23
Número del documento	: 1
Número de registro	: 1274158
Fecha de presentación	: 15/11/2023
Fecha de inscripción en el registro	: 16/11/2023
Tipo de documento	: Petición de decisión prejudicial
Referencia de presentación efectuada a través de e-Curia	: Documento procesal : DC196961
Número de fichero	: 1
Autor de la presentación	: Ávila de Encío Juan Manuel (J362529)

TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL.
SECRETARIA TERCERA, SR. ÁVILA DE ENCÍO.
ASUNTO: CAS 3155/20119

*Juan M. Ávila de Encío, Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Primera de lo Civil, Secretaria Tercera, **DOY FE y TESTIMONIO**, que en los autos de recurso de casación, registrados con el número tres mil cincuenta y cinco del año dos mil diecinueve, y seguidos a instancia de DON EVM, representado por el procurador de los tribunales Doña PMA contra la entidad BANCO SANTANDER SA representado por el procurador de los tribunales Don ECF, se ha dictado resolución de fecha dos de noviembre de dos mil veintitrés, que es firme y que a continuación se transcribe:*

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 2 de noviembre de 2023.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Antecedentes de interés.*

1.- Banco Popular Español S.A (en adelante, Banco Popular) efectuó una emisión de «Bonos Popular I/2010 Capital Convertible 8%» (también denominada «Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, S.A. I/2009»).

El 3 de octubre de 2009, D.E., como administrador único de la sociedad Lera Blava, S.L.U., suscribió 15 de esos bonos convertibles, por un importe total de 15.000 euros.

En mayo de 2012, D.E., también en representación de Lera Blava, S.L.U., accedió al canje de esos Bonos Subordinados I/2009, que vencían en octubre de 2013, por otros bonos subordinados obligatoriamente convertibles (II/2012), con vencimiento en noviembre de 2015.

El 14 de enero de 2013, en pago de salarios pendientes, la sociedad adjudicó a D.E. la titularidad de estos bonos convertibles, y esta subrogación de D.E. en la titularidad de los bonos fue consentida por el banco el 22 de febrero de 2013.

Los bonos subordinados obligatoriamente convertibles (II/2012) fueron objeto de canje obligatorio por acciones del Banco Popular el 25 de noviembre de 2015.

2.- El 7 de junio de 2017, la Comisión Europea adoptó la Decisión (UE) 2017/1246, por la que se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español S.A. (DO 2017, L 178, p. 15); la Junta Única de Resolución (JUR) adoptó la Decisión SRB/EES/2017/08 que activó el dispositivo de resolución de Banco Popular.

El instrumento de resolución adoptado consistió en la venta del negocio, mediante la transmisión de las acciones a un comprador, el Banco Santander, que las adquirió por el valor de un euro.

La Decisión SRB/EES/2017/08 de la JUR fue ejecutada mediante la Resolución de 7 de junio de 2017 del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria - como Autoridad de Resolución Ejecutiva, conforme al art. 2.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio - (en lo sucesivo, FROB) (BOE n.º 155, de 30 de junio de 2017, p. 55470).

El FROB acordó reducir el capital social existente en ese momento de Banco Popular Español a cero euros (0 €) mediante la amortización de la totalidad de las acciones en circulación, con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible. En

ese momento D.E. dejó de ser titular de las acciones que había obtenido por el canje de los bonos suscritos, sin recibir contraprestación alguna.

3.- Como consecuencia de las medidas de resolución adoptadas por el FROB en ejecución de la decisión de la JUR, Banco Santander adquirió la totalidad de las acciones de nueva emisión de Banco Popular, cuya emisión se había producido por la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2 en acciones de nueva emisión acordada en dicha resolución. Posteriormente, en 2018, Banco Santander, mediante una fusión por absorción de Banco Popular, se convirtió en sucesor a título universal de Banco Popular, cuya personalidad jurídica se extinguió.

SEGUNDO.- *Litigio judicial que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial. Resolución en primera y segunda instancia.*

1.- En octubre de 2016, D.E. formuló una demanda contra Banco Popular en la que solicitaba que se declarara la nulidad de la adquisición de los bonos subordinados convertibles por error vicio del consentimiento y se ordenara la restitución de la cantidad inicialmente invertida (15.000 euros) más los intereses legales devengados desde la suscripción del producto. Subsidiariamente, pedía la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento por la demandada de las obligaciones legales de información en la suscripción de los bonos en 2009 y en su posterior canje en 2012. El demandante basa su pretensión en la defectuosa comercialización del producto a la vista de las exigencias de la normativa MiFID.

2.- El Juzgado de Primera Instancia al que correspondió el conocimiento del litigio estimó la demanda y acordó la nulidad de la suscripción de los bonos subordinados obligatoriamente convertibles.

3.- El banco demandado apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación porque apreció una excepción de falta de legitimación activa de D.E.

TERCERO.- *Recurso de casación pendiente ante este Tribunal Supremo, en cuyo marco se ha decidido plantear esta cuestión prejudicial.*

1.- El demandante ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El recurso centra su impugnación en la denegación de legitimación activa, al considerar que la cesión de la titularidad de los bonos de la sociedad a su administrador y socio único fue válida.

Caso de ser estimado este motivo, habría que entrar a juzgar sobre la nulidad de la adquisición de los Bonos Subordinados I/2009 y su posterior canje por otros bonos subordinados obligatoriamente convertibles (II/2012).

2.- En la deliberación del recurso, el tribunal acordó dar audiencia a las partes sobre la pertinencia de formular una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. Ambas partes se han mostrado contrarias al planteamiento de la cuestión prejudicial.

CUARTO.- *Identificación de las partes y los intervinientes*

1.- El demandante, que ostenta la posición de recurrente en el recurso de casación, es D.E., que está representado por la procuradora D.^a P. y asistido por el abogado D.R.

2.- La demandada, que ocupa la posición de recurrida en el recurso de casación, es Banco Santander S.A. que ha comparecido representada por el procurador D.E. y asistida por el abogado D.Á.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Derecho de la Unión Europea*

Esta cuestión prejudicial viene a ser un complemento de la que formulamos en nuestro auto 15 de diciembre de 2022. La normativa de Derecho de la Unión Europea afectada es la misma, que ahora nos limitamos a reseñar:

a) El artículo 34, apartado primero, letras a) y b), 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) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (en lo sucesivo, Directiva 2014/59/UE).

b) El artículo 53, apartados 1 y 3, de la Directiva 2014/59/UE.

c) Y el artículo 60, apartado segundo, letras a), b) y c), de la Directiva 2014/59/UE.

La Directiva 2014/59/UE fue traspuesta en España por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (en lo sucesivo, Ley 11/2015), varios de cuyos preceptos reproducen en términos idénticos o similares los preceptos de dicha Directiva que han sido transcritos en los párrafos anteriores.

La cuestión también se enmarca en la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351).

SEGUNDO.- *Justificación del planteamiento de la cuestión prejudicial. Dudas suscitadas con ocasión de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de mayo de 2022 (C-410/20)*

1.- Los tribunales españoles han hecho interpretaciones dispares de los diversos preceptos de la Directiva 2014/59/UE con relación a las medidas de resolución de Banco Popular, que han conducido a que las soluciones dadas a los litigios sean variadas. Ello ha provocado la existencia de un número considerable de recursos de casación sobre esta cuestión ante el Tribunal Supremo.

2.- La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351) declaró cuál debía ser la interpretación de 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, respecto de (i) las

acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de las acciones de nulidad del contrato de suscripción de acciones de Banco Popular, (ii) adquiridas en el marco de una oferta pública de suscripción, (iii) que fueron objeto de amortización en el procedimiento de resolución de este banco, (iv) ejercitadas por quienes fueron titulares de tales acciones de Banco Popular antes del inicio del procedimiento de resolución.

3.- En el procedimiento principal en el que formulamos esta petición de decisión prejudicial, los Bonos Subordinados obligatoriamente convertibles en acciones de Banco Popular I/2009 y su posterior canje por otros Bonos subordinados obligatoriamente convertibles (II/2012), no se corresponden con ninguno de los instrumentos de capital adicional amortizados o extinguidos por efecto del dispositivo de resolución del Banco Popular. Sin embargo, esos bonos fueron canjeados o convertidos en acciones del Banco Popular el 25 de noviembre de 2015, conforme a las condiciones de la emisión a la que pertenecían (serie II/2012). El demandante fue titular de esas acciones desde la fecha del canje hasta el 7 de junio de 2017, al resultar amortizadas, junto con el resto de las que formaban el capital social, por el dispositivo de resolución del Banco Popular.

Al haber sido canjeados esos bonos por acciones del Banco Popular el 25 de noviembre de 2015, antes de la decisión de resolución del banco (7 de junio de 2017), parece evidente que la eficacia del dispositivo de resolución afecta también a las acciones adquiridas en ese canje por el demandante y que conservaba en la fecha de la resolución, con la consiguiente amortización, pues la primera de las medidas de la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 7 de junio de 2017 consistió en «Reducir el capital social actual del Banco Popular Español, S.A. desde los dos mil noventa y ocho millones cuatrocientos veintinueve mil cuarenta y seis euros (2.098.429.046,00 €) a 0 € mediante la amortización de la totalidad de las acciones actualmente en circulación [...]», con independencia del título de adquisición de las acciones.

En este pleito nos surge una duda, en parte común a la que fue objeto de la cuestión prejudicial planteada en el auto 15 de diciembre de 2022. Surge la duda sobre el alcance del efecto de liberación de toda obligación o responsabilidad por parte del Banco Santander, como sucesora universal de Banco Popular, en particular respecto del crédito o derecho que surgiría de una sentencia judicial que estimara la nulidad de la suscripción de los Bonos subordinados obligatoriamente convertibles I/2009 y los posteriormente adquiridos por canje II/2012, y ordenara la restitución de las cantidades inicialmente entregadas para la adquisición de esos bonos (15.000 euros), teniendo en cuenta que esos bonos subordinados convertibles en acciones no forman parte de los instrumentos de capital adicional a que se refieren las medidas de resolución del Banco Popular, pero que acabaron convirtiéndose en acciones del mismo banco, conforme a lo previsto en su emisión, antes de que se adoptaran las citadas medidas de resolución.

En este caso, la variante que justifica la ampliación de la cuestión prejudicial anteriormente planteada consiste en que la demanda de nulidad fue presentada antes de concluido el procedimiento de resolución del banco. De tal forma que la duda, en este caso, radica en si ese crédito o derecho sería un pasivo afectado por la previsión del art. 53.3 de la Directiva, al haber sido interpuesta la demanda antes de haber concluido el procedimiento de resolución del banco, a la vista de la excepción que establece este precepto respecto de los «pasivos no devengados».

La cuestión surge porque, como subraya la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, el artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59/CE, establece que «cuando una autoridad de resolución reduzca a cero el principal o el importe pendiente de un pasivo, cualesquiera **obligaciones o reclamaciones derivadas del mismo que no hayan vencido** en el momento de la resolución se considerarán liberadas a todos los efectos y no podrán oponerse a la entidad de crédito o a la empresa de servicios de inversión objeto de una medida de resolución o a otra sociedad que la suceda, en una eventual

liquidación posterior» [énfasis en negrita añadido]. Del mismo modo, la misma sentencia del Tribunal de Justicia destaca también que el art. 60.2 de la misma Directiva, en relación con las disposiciones para la amortización o conversión de los instrumentos de capital, prevé que «en caso de que el importe principal de un instrumento de capital pertinente se amortice: [...] b) por lo que se refiere al titular del instrumento de capital pertinente, **no subsistirá responsabilidad alguna** en relación con el importe del instrumento que haya sido amortizado, **excepto cuando se trate de pasivos ya devengados** o de pasivos resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización» [énfasis en negrita añadido].

4.- En el caso del litigio principal a que se refiere esta petición de decisión prejudicial, los bonos convertibles vencieron y fueron convertidos en acciones antes del inicio del procedimiento de resolución del Banco Popular, y la demanda de nulidad también es anterior al inicio de este procedimiento de resolución.

5.- Como hemos señalado, la sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, aunque se refiera a «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», realiza algunas consideraciones de interés para un caso como el nuestro.

Por una parte, recuerda que, conforme al artículo 34, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2014/59, «son los accionistas, seguidos por los acreedores, de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto del procedimiento de resolución quienes deben soportar prioritariamente las pérdidas sufridas como consecuencia de la aplicación de dicho procedimiento». Y, en concreto, conforme al art. 53.3 de la Directiva 2014/59/UE, «cuando una autoridad de resolución reduzca a cero el principal o el importe pendiente de un pasivo, cualesquiera **obligaciones o reclamaciones derivadas del mismo que no hayan vencido** en el momento de la resolución se considerarán liberadas a todos los efectos y no podrán oponerse a la entidad de crédito o a la

empresa de servicios de inversión objeto de una medida de resolución o a otra sociedad que la suceda, en una eventual liquidación posterior» (apartado 33).

Y luego añade que «el artículo 60 de la Directiva 2014/59/UE, relativo a la amortización o conversión de instrumentos de capital, precisa, en su apartado 2, párrafo primero, letra b), que por lo que se refiere al titular de los instrumentos de capital amortizados, en virtud de la decisión de resolución, no subsistirá responsabilidad alguna, **excepto cuando se trate de pasivos ya devengados** o de pasivos resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso en el que se impugne la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización».

En derecho español por «devengo» se entiende el momento en que nace el derecho a reclamar el cumplimiento de una obligación. Y por «vencimiento» la conclusión del plazo fijado para el cumplimiento de una obligación, a partir del cual ésta es exigible.

Por otra parte, en el presente caso, la eventual condena a restituir la cantidad inicialmente entregada para la adquisición de los bonos convertibles como consecuencia de la declaración de nulidad de su suscripción y posterior canje no responde a ningún pasivo o responsabilidad resultante «del ejercicio de la competencia de amortización», sino de la comercialización de los productos financieros en que consistió la inversión inicialmente. Es decir, no tiene su causa en la pérdida del valor de la inversión como consecuencia de la amortización de las acciones, sino que tiene su origen en las responsabilidades derivadas del inicial negocio de suscripción de los bonos, posteriormente convertidas en acciones.

En este sentido, el hecho de que el posible crédito restitutorio haya nacido extrajudicialmente (y, por tanto, deba considerarse como devengado) y esté vencido (por la falta de sometimiento a plazo), no es incompatible con su calificación como «crédito contingente» hasta su definitiva declaración (o exclusión) judicial, y como tal parecería razonable que los créditos que estén en esa situación (litigiosidad actual o potencial) puedan tomarse en cuenta en una valoración prudente de los

pasivos de la entidad a la que se reclaman indemnizaciones o restituciones por razón de la comercialización de esos mismos productos financieros.

6.- En el caso en que entendiéramos que esos pasivos que pudieran derivar de la eventual responsabilidad en la comercialización de los bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones en ningún caso formaran parte de esos «pasivos ya devengados», a los que se refiere la exclusión de los efectos liberatorios de la amortización contenida en el art. 60.2.b) Directiva 2014/59, ni de las obligaciones o reclamaciones ya vencidas en el momento de la resolución de Banco Popular, a que se refiere el art. 53.3 de la Directiva, D.E. carecería de legitimación para ejercitar la acción que ha ejercitado frente a Banco Santander, cuya estimación está pendiente del recurso de casación que este Tribunal tiene que resolver.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: En virtud de lo expuesto, Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de España acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión prejudicial:

Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE, ¿deben interpretarse en el sentido de que el eventual crédito o derecho que surgiría de la condena a indemnizar impuesta a la entidad que ha sucedido a Banco Popular como consecuencia de una acción de responsabilidad derivada por la comercialización de un producto financiero (bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones del mismo banco), no incluido entre los instrumentos de capital adicional a que se refieren las medidas de resolución del Banco Popular, que acabaron convirtiéndose en acciones del banco antes de que se hubieran adoptado las medidas de resolución de banco (7 de junio de 2017),

podría considerarse un pasivo afectado por la previsión de amortización o extinción del art. 53.3 de la Directiva 2014/59/UE, en tanto que obligación o reclamación «no vencida», de forma que quedaría liberado y no sería oponible a Banco Santander como sucesora de Banco Popular, cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto **antes de haber concluido** el procedimiento de resolución del banco?

¿O por el contrario, dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que el citado crédito o derecho constituiría una obligación o reclamación «vencida» - art. 53.3 de la Directiva – o «pasivo ya devengado» en el momento de la resolución del banco – art. 60.2.b -, y como tal excluido de los efectos de la liberación o cancelación de esas obligaciones o reclamaciones y, en consecuencia, sería exigible a Banco Santander como sucesor de Banco Popular, cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto **antes de haber concluido** el procedimiento de resolución del banco?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con una versión anonimizada de la misma y copia de los autos, en la forma prevista en los apartados 23 y 24 de las «Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales», a través de la aplicación e-Curia.

Remítase copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (REDUE, Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Lo anteriormente inserto, concuerda bien y fielmente con su original al que me remito. Y para que surta los efectos oportunos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

a los efectos legales oportunos, expido y firmo el presente testimonio, formado por doce folios en papel de oficio con el reverso en blanco.

En Madrid, a 14 de noviembre de 2023.

Firmado por C. LETRADOS
DE LA ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA - JU:ES-
LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA