



Identificador publicado	: C-775/22
Número del documento	: 1
Número de registro	: 1243445
Fecha de presentación	: 20/12/2022
Fecha de inscripción en el registro	: 21/12/2022
Tipo de documento	: Petición de decisión prejudicial
Referencia de presentación efectuada a través de e-Curia	: Documento procesal : DC179592
Número de fichero	: 1
Autor de la presentación	: María Teresa Rodríguez Valls (J356509)

CASACIÓN núm.: 2929/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez
Valls

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Antecedentes de interés*

1.- El 29 de julio de 2011, el Banco Popular Español S.A. (en adelante, Banco Popular) efectuó una emisión de obligaciones subordinadas, en concreto, «Obligaciones Subordinadas Banco Popular VT.07-21», que vencían en julio de 2021. D. I.G.C. y D.^a M.S.G. suscribieron en ese momento 105 de estas obligaciones subordinadas, por un importe total de 105.000,00 euros.

2.- En su Decisión SRB/EES/2017/08, de 7 de junio de 2017, la Junta Única de Resolución (en lo sucesivo, JUR) adoptó el régimen de resolución de Banco Popular, aprobado por la Comisión en su Decisión (UE) 2017/1246.

3.- 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 (en lo sucesivo, FROB) (BOE n.º 155, de 30 de junio de 2017, p. 55470), que acordó las siguientes medidas:

«Primero. Reducir el capital social actual de Banco Popular Español, S.A. desde dos mil noventa y ocho millones cuatrocientos veintinueve mil cuarenta y seis euros (2.098.429.046,00 €) a cero euros (0 €) mediante la amortización de la totalidad de las acciones actualmente en circulación que ascienden cuatro mil ciento noventa y seis millones ochocientos cincuenta y ocho mil noventa y dos (4.196.858.092) acciones con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible, de conformidad con el artículo 35.1 y 64.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

» Segundo. Con carácter simultáneo ejecutar un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital adicional de nivel 1, por importe de mil trescientos cuarenta y seis millones quinientos cuarenta y dos mil euros (1.346.542.000 €), dividido en acciones de un euro (1 €) de valor nominal así como efectuar la correspondiente modificación de los estatutos sociales, de conformidad con el artículo 64.1.e) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

» Tercero. Reducción del capital social a cero euros (0 €) mediante la amortización de las acciones resultantes de la conversión de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 acordadas en el apartado anterior con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible de conformidad con los artículos 64.1.d) y 35.1 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

» Cuarto. Con carácter simultáneo acordar un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital de nivel 2 en acciones de nueva emisión de Banco Popular, por importe de seiscientos ochenta y cuatro millones veinticuatro mil euros (684.024.000 €), de un euro (1 €) de valor

nominal y modificación de los estatutos sociales, de conformidad con el artículo 64.1.e) y 4.2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

» Quinto. Designar a Banco Popular Español, S.A., como Banco Agente para la realización de todas las operaciones necesarias para la conversión y amortización de los instrumentos de capital descritos en los apartados anteriores.

» Sexto. Transmitir la totalidad de las acciones de Banco Popular Español, S.A. emitidas como consecuencia de la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2 referenciados en el fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución a la entidad Banco Santander, S.A. en virtud del artículo 26 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión».

4.- En esa resolución, el FROB acordó realizar la transmisión a Banco Santander S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander) de las nuevas acciones emitidas como consecuencia de la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2, en representación y por cuenta de los accionistas (anteriores titulares de los instrumentos de capital de nivel 2 objeto de conversión), sin necesidad de obtener su consentimiento, y que Banco Santander pagaría por esa transmisión un euro. Por tal razón, D. I.G.C. y D.^a M.S.G. dejaron de ser titulares de las obligaciones subordinadas convertidas en acciones y transmitidas a Banco Santander sin recibir contraprestación alguna. Hasta ese momento habían percibido 48.328,82 euros como rendimientos de las obligaciones subordinadas.

5.- 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.

6.- El 5 de julio de 2019, D.^a M.S.G., y D.^a N.G.S. y D. Á.G.S., como herederos de D. I.G.C., formularon una demanda contra Banco Santander. Alegaron que Banco Popular no les había facilitado la información adecuada sobre la naturaleza y riesgos de las obligaciones subordinadas que adquirieron. En la demanda, como petición principal, solicitaron que se declarara la nulidad del

contrato de suscripción de las obligaciones subordinadas emitidas por Banco Popular y que Banco Santander, como sucesor de Banco Popular, les restituyese los 105.000 euros que pagaron por la adquisición de las obligaciones subordinadas, con sus intereses, y ellos restituirían a Banco Santander los 48.328,82 euros que habían percibido hasta ese momento como rendimientos de las obligaciones subordinadas, con sus intereses. Como petición subsidiaria, los demandantes solicitaron que se condenara a Banco Santander a indemnizarles por los daños y perjuicios causados por la defectuosa información sobre las obligaciones subordinadas ofertadas por Banco Popular, en la cantidad de 56.671,18 euros, que era la diferencia entre el precio pagado por las obligaciones subordinadas y los rendimientos que habían obtenido de tales obligaciones subordinadas.

7.- El Juzgado de Primera Instancia al que correspondió el conocimiento del litigio dictó una sentencia en la que estimó la petición principal de la demanda, declaró la nulidad del contrato de suscripción de obligaciones subordinadas celebrado entre el Banco Popular y los demandantes, y condenó a Banco Santander a restituirles la cantidad que resultara de compensar el precio pagado por las obligaciones subordinadas (105.000 euros) más los intereses legales desde la fecha de su suscripción, con los rendimientos percibidos por los demandantes (48.328,82 euros) más sus intereses desde la fecha de cada pago de rendimientos.

8.- Banco Santander apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Aunque consideró probado que Banco Popular no había facilitado a los demandantes una información adecuada a la naturaleza de producto complejo y de riesgo de las obligaciones subordinadas que les ofertó, y que ese déficit de información provocó un error sustancial y excusable que vició el consentimiento contractual de los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó la demanda porque consideró que, como consecuencia de la resolución de Banco Popular acordada por la JUR y ejecutada por el FROB se había producido:

- la pérdida de las obligaciones subordinadas de las que eran titulares los demandantes, derivada de su conversión en acciones y posterior transmisión

de estas a Banco Santander, acordadas en las medidas de resolución, sin canje por otros productos ni derecho a indemnización;

- la inexistencia de obligación alguna respecto del importe del instrumento de capital;

- y la falta de reconocimiento a los titulares de las obligaciones subordinadas de derecho alguno sobre los activos y pasivos transferidos a Banco Santander.

9.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. En el recurso ciñen su impugnación a la desestimación de la petición principal de su demanda, relativa a la acción de nulidad del contrato de suscripción de las obligaciones subordinadas. No han impugnado la desestimación de la petición subsidiaria de su demanda, relativa a la acción de exigencia de indemnización de los daños y perjuicios causados por la defectuosa información de los productos financieros ofertados. Banco Santander se ha opuesto a la estimación del recurso.

10.- En la deliberación del recurso por el Pleno de este tribunal se acordó dar audiencia a las partes sobre la pertinencia de formular una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia. Las partes han presentado sendos escritos de alegaciones.

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

1.- Los demandantes, que ostentan la posición de recurrentes en el recurso de casación, son D.^a M.S.G., D.^a N.G.S. y D. Á.G.S., que están representados por la procuradora D.^a Virginia Montes Guerra y asistidos por el abogado D. Juan Madrazo Leal.

2.- La demandada, que ocupa la posición de recurrida en el recurso de casación, es Banco Santander S.A. que ha comparecido representada por la procuradora D.^a Cristina Deza García y asistida por la abogada D.^a Laura Téllez Astorgano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Derecho de la Unión Europea*

1.- 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), establece:

«Artículo 34

» Principios generales que rigen la resolución

» 1. Los Estados miembros se asegurarán de que, al aplicar los instrumentos y ejercer las competencias de resolución, las autoridades de resolución tomen todas las medidas oportunas para garantizar que la medida de resolución se ajuste a los principios siguientes:

» a) que los accionistas de la entidad objeto de resolución asuman las primeras pérdidas;

» b) que los acreedores de la entidad objeto de resolución asuman pérdidas después de los accionistas de acuerdo con el orden de prelación de sus créditos en virtud de los procedimientos de insolvencia ordinarios, salvo que la presente Directiva establezca expresamente otra cosa [...].».

2.- El artículo 53, apartados 1 y 3, de la Directiva 2014/59/UE, establece:

«Artículo 53

» Efecto de la recapitalización interna

» 1. Los Estados miembros velarán por que, cuando una autoridad de resolución ejerza una competencia contemplada en el artículo 59, apartado 2, letras e) a i), y en el artículo 63, apartado 1, la reducción del importe principal o pendiente adeudado, la conversión o la cancelación, surta efecto y sea vinculante de forma inmediata para la entidad objeto de resolución y para los acreedores y accionistas afectados.

[...]

» 3. Cuando una autoridad de resolución reduzca a cero, en virtud de las competencias mencionadas en el artículo 63, apartado 1, letra e), el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, este o cualesquiera obligaciones o reclamaciones derivadas del mismo que no hayan vencido en el momento en que se ejercen dichas competencias se considerarán liberados

a todos los efectos, y no podrán computarse en posibles procedimientos ulteriores de la entidad objeto de resolución o de otra sociedad que la suceda en una eventual liquidación posterior».

3.- El artículo 60, apartado segundo, letras a), b) y c), de la Directiva 2014/59/UE, establece:

«Artículo 60

» Disposiciones para la amortización o conversión de los instrumentos de capital

[...]

» 2. En caso de que el importe principal de un instrumento de capital pertinente se amortice:

» a) la reducción del importe principal será permanente, sujeta a toda reevaluación de conformidad con el mecanismo de reembolso del artículo 46, apartado 3;

» 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;

» c) que no se pague indemnización alguna al titular de los instrumentos de capital pertinentes, excepto si se ajusta a lo dispuesto en el apartado 3».

4.- El artículo 64, apartado cuarto, letra b), de la Directiva 2014/59/UE, establece:

«Artículo 64

» Competencias auxiliares [...]

» 4. Las competencias recogidas en el apartado 1, letra d), y en el apartado 3, letra b), no afectarán:

[...]

b) de conformidad con los artículos 69, 70 y 71, a la facultad de la parte de un contrato de ejercitar sus derechos con arreglo al mismo, incluido el derecho a rescisión, cuando las condiciones del contrato lo permitan a causa de un acto u omisión imputables a la entidad objeto de resolución con anterioridad a la transmisión en cuestión, o al adquirente después de la misma.

5.- La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351), dispuso en su fallo:

«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».

SEGUNDO.- *Derecho nacional de España*

1.- 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.

2.- El Código Civil contiene estas normas que regulan la restitución de las prestaciones en caso de nulidad del contrato:

«Artículo 1303.

» Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

» Artículo 1307.

» Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

» Artículo 1308.

» Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba».

3.- La litigiosidad existente en España sobre los diversos instrumentos de capital de Banco Popular (acciones, participaciones preferentes, bonos subordinados, obligaciones subordinadas, etc.) es muy alta. Por lo general, los adquirentes de tales productos financieros han ejercitado acciones de nulidad de los contratos de adquisición de tales productos en las que se pide la restitución de lo pagado por tal adquisición o acciones de exigencia de responsabilidad en las que se solicita una indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas por tal adquisición, bien sea una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE, bien sea una acción de responsabilidad basada en las normas generales que regulan los contratos. La base de tales acciones es la defectuosa información facilitada por Banco Popular en la comercialización de tales productos financieros. Tras la resolución de Banco Popular y su posterior absorción por Banco Santander, estas acciones se han dirigido contra Banco Santander.

TERCERO.- *Justificación del planteamiento de la cuestión prejudicial*

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, que se cifran en este momento en más de mil.

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 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 que fueron objeto de amortización en el procedimiento de resolución de este banco, ejercitadas por quienes fueron titulares de tales acciones de Banco Popular.

3.- En el procedimiento principal en el que se formula esta petición de decisión prejudicial, frente a la tesis de la Audiencia Provincial, en el sentido de que el tratamiento de las obligaciones subordinadas (instrumentos de capital de nivel 2, objeto de conversión en nuevas acciones y sucesiva transmisión a Banco Santander sin una contraprestación efectiva) debía ser el mismo que el previsto en el procedimiento de resolución de Banco Popular para las acciones que fueron amortizadas, los recurrentes en el presente litigio argumentan que el tratamiento debe ser completamente distinto, por lo que no existiría impedimento al ejercicio de acciones, concretamente de la acción de nulidad del contrato de suscripción, respecto de tales instrumentos de capital de nivel 2 que no estaban vencidos cuando se acordó la resolución de Banco Popular. Como consecuencia de lo anterior, los recurrentes consideran que la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351) no es de aplicación en el caso objeto de este recurso.

4.- La parte recurrente concreta el problema jurídico planteado en su recurso en los siguientes términos: decidir si la conversión de las obligaciones subordinadas en acciones de nueva creación y la posterior transmisión de estas acciones a Banco Santander, sin contraprestación efectiva, acordada en las medidas de resolución de Banco Popular, priva a los adquirentes de esas obligaciones subordinadas de la acción de nulidad, basada en el error vicio del consentimiento, del contrato de suscripción de dichas obligaciones subordinadas.

5.- Las principales razones alegadas por los recurrentes para sostener que las medidas de resolución de Banco Popular no les impedirían ejercitar contra Banco Santander, como sucesor de Banco Popular, la acción de nulidad del contrato de suscripción de las obligaciones subordinadas, y que no es aplicable a los adquirentes de estas obligaciones subordinadas la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351), pueden sintetizarse así:

i) Hay que diferenciar entre la medida de amortización (que en el procedimiento de resolución de Banco Popular afectó a las acciones y a los instrumentos de capital adicional de nivel 1 tras su conversión en acciones) y la

medida de conversión y transmisión forzosa (que en el procedimiento de resolución de Banco Popular afectó a los instrumentos de capital de nivel 2, que es el caso de las obligaciones subordinadas suscritas por los demandantes). Una y otra medida tienen finalidades distintas (la amortización, absorber las pérdidas; la conversión, garantizar la continuidad de la entidad en sus funciones financieras y económicas esenciales) y, consecuentemente, regímenes jurídicos diferentes. Alegan que las previsiones de la Directiva 2014/59/UE sobre extinción de responsabilidades, obligaciones o reclamaciones (por ejemplo, las de los artículos 53.3 y 60.2 de la Directiva 2014/59/UE) estarían previstas para la medida de amortización, pero no para las medidas de conversión con posterior transmisión.

ii) La legitimación de los adquirentes de obligaciones subordinadas para ejercitar la acción de nulidad es conforme con el principio expresado en los considerandos 87 y 94 de la Directiva 2014/59/UE y el régimen del derecho de rescisión contractual que la misma contiene (artículos 64, apartado cuarto, letra b y 68, apartados tercero y cuarto, y 71). En caso de conversión, ninguna norma excluye o limita el ejercicio de acciones para solicitarla.

iii) La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351), equipara la acción de indemnización y la acción de nulidad, en el sentido de privar de tales acciones a los inversores. Pero lo hace solo respecto de los instrumentos de capital amortizados, no respecto de los que han sido objeto de conversión en el procedimiento de resolución de Banco Popular. Los recurrentes deducen, *sensu contrario*, que es posible ejercitar esa acción de nulidad respecto del contrato de adquisición de instrumentos de capital a los que se aplicaron las medidas de conversión y posterior transmisión.

iv) En el considerando 120 de la Directiva 2014/59 se declara que las excepciones incluidas en esa Directiva a las normas obligatorias para la protección de los accionistas y acreedores de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de las directivas de la Unión sobre Derecho de sociedades deben estar definidas de manera clara y precisa, a fin de garantizar la máxima seguridad jurídica para los interesados. Los recurrentes argumentan que las normas de la Directiva 2014/59, en la interpretación del Tribunal de Justicia, privan de acción de nulidad o indemnización a los titulares de instrumentos de

capital que han sido objeto de la medida de amortización pero no privan de esas acciones a los instrumentos de capital que han sido objeto de la medida de conversión; en consecuencia, no puede extenderse una medida restrictiva de derechos, como es la limitación de derechos y acciones prevista en la Directiva 2014/59 para los titulares de instrumentos de capital amortizados, a los titulares de instrumentos de capital objeto de la medida de conversión.

v) Las limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de propiedad de los titulares de instrumentos de capital de una sociedad objeto de resolución han de interpretarse restrictivamente.

vi) La restitución que solicitan los demandantes en la acción de nulidad no tiene como causa la pérdida de valor de las obligaciones subordinadas como consecuencia de su conversión en acciones y posterior transmisión forzosa, sin contraprestación, sino que viene referida al original negocio de suscripción de las obligaciones subordinadas, que es nulo, por lo que nunca debieron ostentar la posición de acreedores titulares de instrumentos de capital de nivel 2. Las consecuencias económicas de las medidas de resolución son, a estos efectos, irrelevantes y no permiten equiparar el régimen de la amortización con el de la conversión de instrumentos de capital.

vii) Una valoración prudente y razonable de los activos y pasivos de Banco Popular en el procedimiento de resolución hubo de tomar en consideración la considerable litigiosidad existente respecto de la comercialización de estos productos financieros. En consecuencia, si la existencia de esta litigiosidad redujo el valor de Banco Popular para fijar el precio de la transmisión del negocio a Banco Santander, no puede privarse a los adquirentes de estos productos del ejercicio de las acciones de nulidad de los contratos de suscripción de tales productos financieros frente a Banco Santander pues supondría un injustificado enriquecimiento de esta entidad, que habría pagado un precio irrisorio por el negocio, entre otras razones por la elevada litigiosidad que afectaba a tal negocio, pero que posteriormente se vería liberada de los efectos negativos de tal litigiosidad, al privarse de acción a los titulares de las obligaciones subordinadas emitidas por Banco Popular.

viii) Los demandantes alegan que si se les privara de la acción de nulidad del contrato de suscripción de las obligaciones subordinadas se infringiría el principio de prohibición de peor trato, consagrado en los artículos 34.1-g) y 73.b) de la Directiva 2014/59/UE, pues en un concurso de acreedores tramitado conforme a la normativa nacional habrían sido reconocidos como titulares de un crédito ordinario frente a Banco Popular.

6.- Banco Santander alega que la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351) es aplicable a cualesquiera instrumentos de capital amortizados o extinguidos como consecuencia de la resolución de Banco Popular. Y que el artículo 64, apartado cuarto, letra b de la Directiva 2014/59/UE no es aplicable a estas medidas de resolución de Banco Popular.

7.- La existencia de una gran litigiosidad en esta materia y el hecho de que las normas de la Directiva 2014/59/UE relativas a las medidas de conversión y su trascendencia sobre las acciones que pudieran corresponder a los titulares de los instrumentos de capital de nivel 2 no puedan considerarse propiamente como un «acto aclarado», pues la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20 (EU:C:2022:351), resolvió una petición de decisión prejudicial respecto de unos instrumentos de capital (acciones emitidas en una oferta pública de suscripción) que habían sido objeto de una medida de amortización, no respecto de instrumentos de capital que hubieran sido objeto de una medida de conversión, justifican el planteamiento de esta decisión prejudicial por razones de seguridad jurídica.

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), y con las del artículo 64, apartado cuarto, letra b), de la Directiva 2014/59/UE ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la conversión en acciones y sucesiva transmisión de estas, sin contraprestación efectiva, de las obligaciones subordinadas (instrumentos de capital de nivel 2) emitidas por una entidad de crédito objeto de un procedimiento de resolución y no vencidas cuando se adoptó el procedimiento de resolución, quienes hubieran adquirido esas obligaciones subordinadas antes del inicio de tal procedimiento de resolución ejerciten, contra esa entidad o contra la entidad que la suceda, una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas obligaciones subordinadas solicitando la restitución del precio pagado por la suscripción de las obligaciones subordinadas más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato?

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.