



Roj: **STS 249/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:249**

Id Cendoj: **28079130052018100022**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/01/2018**

Nº de Recurso: **2313/2016**

Nº de Resolución: **119/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 119/2018**

Fecha de sentencia: 29/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2313/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: EAL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2313/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 119/2018**

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 29 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación que con el número 2313/16 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador don Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de don Adriano , don Aurelio , doña Salome , doña Marí Luz , doña Angelina , don Daniel , doña Concepción , don Evelio , don Guillermo , don Jesús , don Matías , don Pio , doña Gloria , don Torcuato , doña Sacramento , don Pelayo , Fridesa, S.A., Fridur, S.L., Hierros Añón, S.A., Grupo Paramus, S.L., Inverpuente, S.L., Rodonita, S.L., Devon Holding, S.L., don Jose Carlos , don Jesús Ángel , Activest, S.A., don Alexis , don Benjamín , don Ezequiel , don Herminio , don Justo , don Nazario , don Sabino , Espromanza, S.L., Espronceda 34, S.L., que han sido defendidos por el letrado don Óscar Álvarez Mediavilla, contra sentencia de fecha 25 de mayo de 2016, dictada en el recurso contencioso administrativo número 89/2015, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta , sobre responsabilidad patrimonial, siendo parte recurrida la Administración General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<Que desestimando el recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador D. Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de D. Adriano , D. Aurelio , D<sup>a</sup>. Salome , D<sup>a</sup>. Marí Luz , D<sup>a</sup>. Angelina , D. Daniel , D<sup>a</sup>. Concepción , D. Evelio , D. Guillermo , D. Jesús , D. Matías , D. Pio , D<sup>a</sup>. Gloria . D. Torcuato , D<sup>a</sup> Sacramento , D. Pelayo , Fridesa, S.A., Fridur, S.L, Hierros Añón, S.A., Grupo Paramus, S.L., Belsu, S.L., Inverpuente, S.L., Rodonita, S.L., Devon Holding, S.L., D. Jesús Ángel , D. Jose Carlos , Activest, S.a., Fundación José Antonio de Castro, D. Alexis , D. Benjamín , D. Ezequiel , D. Herminio , D. Nazario , D. Sabino , Espromanza, S.L., Espronceda 34, S.L., debemos declarar y declaramos que dicha resolución es conforme a Derecho; con imposición de las costas a los recurrentes>>.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Adriano y otros presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación contra la referida sentencia y que previos los trámites legales la Sala << [...] estime el presente recurso, y en consecuencia, revoque y case la citada Sentencia, dictando otra más ajustada a derecho en conformidad con lo motivos alegados >>.

**CUARTO.-** Teniendo esta Sala por interpuesto y por admitido parcialmente el recurso de casación mediante auto de 18 de enero de 2017 , se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma el Abogado del Estado, en el nombre y representación que ostenta, impugnando los motivos de recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte sentencia <<[...] por la que se inadmitan y en su defecto se rechacen los motivos y el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con costas>>.

**QUINTO.-** Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 24 de enero del presente, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 25 de mayo de 2016, en el recurso contencioso administrativo número 89/2015 , interpuesto por don Adriano y las demás personas físicas y jurídicas relacionadas en el encabezamiento de esta nuestra sentencia, contra la resolución del Fondo de Reestructuración Bancaria (en adelante FROB), de 27 de enero de 2015, por la que se desestima la solicitud indemnizatoria formulada por el concepto de responsabilidad patrimonial, con apoyo en el anormal funcionamiento del FROB en las actuaciones que finalizaron con la disolución del Banco Gallego, S.A.



La sentencia recurrida desestima en su integridad el recurso contencioso administrativo en el entendimiento de que no ha existido un funcionamiento anormal del FROB en el proceso de mención y, en consecuencia, la producción de un daño antijurídico.

A modo de conclusión de lo razonado en los fundamentos de derecho precedentes, dice así el fundamento de derecho octavo de la sentencia recurrida:

<<De todo lo expuesto, podemos concluir que, no ha existido un funcionamiento anormal en la actuación del FROB en el proceso de reestructuración de Banco Gallego, al haberse sujetado a las normas reguladoras de los mecanismos paliativos de insolvencia previstos en las normas citadas. Incluso, como hemos expuesto con anterioridad, con fecha 25 de julio de 2013, la Comisión Europea aprobó la versión modificada del Plan de Resolución (Brussels, 25.7.2013 C(2013) 4838 final, State Aid n. SA.36500 (2013/n) Spain, Recapitalisation and Restructuration of Banco Gallego, S.A.), en adelante, el «Plan de Resolución de Banco Gallego», en el que se incluye como anexo los términos y condiciones de la gestión de instrumentos híbridos y obligaciones subordinadas de Banco Gallego, esto es el Term Sheet [Term-Sheet of the Spanish Authorities' Commitments for the approval of the Restructuring Plan Banco Gallego, S.A. by the European Commission Case SA.36500 (2013/N)], en adelante el «Term Sheet».

No apreciándose funcionamiento anormal en la actuación del FROB en el referido proceso, no puede predicarse de dicho actuar la existencia de un daño antijurídico, debiéndose traer a colación, el art. 4, de rúbrica "Principios de la reestructuración y resolución", de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que dispone:

*"1. Los procesos de reestructuración y resolución estarán basados, en la medida necesaria para asegurar el cumplimiento de los objetivos recogidos en el artículo anterior, en los siguientes principios:*

*a) Los accionistas, cuotapartícipes o socios, según corresponda, de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas."*

Así las cosas, procede la desestimación del recurso en todos sus motivos>>.

Disconformes los demandantes en la instancia con la sentencia referenciada, interponen el recurso de casación con apoyo en cuatro motivos, y por auto de la Sección Primera de esta Sala, de 18 de enero de 2017, se inadmite, por razón de falta de cuantía, el formulado por don Adriano, doña Salome, doña Marí Luz, doña Angelina, don Daniel, doña Concepción, don Guillermo, don Torcuato, doña Sacramento, don Pelayo, Fridur, S.L., Devon Holding, S.L., don Jesús Ángel, don Alexis, don Benjamín, don Ezequiel, don Herminio, don Nazario, don Sabino y Espronceda 34, S.L., admitiéndose parcialmente el formulado por los restantes recurrentes al no admitirse, por falta de fundamento, el motivo casacional cuarto.

**SEGUNDO.**- Limitado, de conformidad con lo precedentemente expuesto, nuestro ámbito de enjuiciamiento, e iniciando nuestro examen por el motivo primero, por el que, por la vía del artículo 88.1.c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, se aduce la infracción de los artículos 60.3 de dicho Texto Legal, 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución, podemos ya adelantar nuestra absoluta discrepancia con la argumentación que preside el motivo, relativa a lo que se califica como indebida denegación de la prueba interesada por medio de otrosí en el escrito de demanda en los apartados 2 y 5, consistente en más documental y testifical.

Para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba es exigible, de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, además de que la prueba se haya instado de los órganos judiciales en tiempo y forma, esto es, respetando las previsiones legales al efecto: ( 1 ) que su rechazo se realice sin motivación alguna o con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, o que habiéndose admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas ajenas al proponente e imputables al propio órgano judicial; ( 2 ) que se demuestre que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en la resolución del pleito, o lo que es lo mismo, que se acredite que su admisión y práctica era susceptible de alterar el fallo en favor del proponente; ( 3 ) que se hubieran agotados los recursos contra la denegación ( sentencias del Tribunal Constitucional 43/2003, de 3 de marzo, 147/2002, de 15 de junio, 173/2000, de 26 de junio, 147/2002, de 15 de junio, 109/2002, de 6 de mayo, y 70/2002, de 3 de abril ).

Pues bien, aplicando la doctrina expresada al supuesto de autos, ninguno de los dos argumentos que esgrimen las recurrentes para sostener el motivo pueden compartirse.

Ni el auto inicial denegatorio de prueba, de 20 de octubre de 2015, ni el posterior resolutorio del recurso de reposición deducido contra la denegación inicial, de 21 de enero de 2016, adolecen de falta de motivación, en cuanto uno y otro hacen mención a la innecesariedad de la prueba documental y testifical propuesta, ni

la prueba propuesta tiene el carácter de decisiva en el sentido expuesto de que su práctica podría alterar el fallo de la sentencia dictada.

No reparan los recurrentes al articular el motivo en que en el auto resolutorio del recurso de reposición se expresa como razón para la desestimación de la prueba que el objeto del recurso <<[...] es la resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el FROB>>; que <<La ausencia de esa reclamación radica en la acreditación del funcionamiento anormal de dicho organismo en su actuación en relación con el Banco Gallego>> y que <<[...] por ello la Sala entiende que no se trata de impugnar los actos concretos que abocaron a la decisión final de la elaboración y ejecución del Plan de resolución del Banco Gallego, con la pretensión de revisar, por medio de la acción de responsabilidad, el conjunto de los actos del FROB en dicho procedimiento>>.

Y no reparan tampoco en que al expresarse en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida que <<[...] las decisiones y los actos administrativos del FROB, sean los dictados en cualquiera de las tres fases, a las que nos referimos anteriormente, como aquellos actos de gestión de instrumentos híbridos y de deuda subordinada de entidades intervenidas, son directamente recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sin excluirse la facultad de la interposición previa del recurso de reposición)>>, y en el quinto que <<[...] lo que no puede admitirse es que, por vía de la responsabilidad patrimonial, se pretenda revisar todo el procedimiento que abocó a la declaración de la resolución>> y que <<[...] precisamente, [...] las resoluciones judiciales antes expuestas, revelan todo lo contrario a lo manifestado por los reclamantes, cuando iniciaron actuaciones judiciales contra las diversas actuaciones de estos organismos>>, ya el Tribunal *a quo* implícitamente está dando razones para justificar, con total suficiencia, la ausencia de relevancia de la prueba propuesta.

Por lo demás, sentado como punto de partida que el ámbito de conocimiento del recurso es el que expresa la sentencia recurrida, la innecesariedad de la prueba no debe ofrecer duda alguna.

**TERCERO.** - Con el motivo segundo, al igual que el primero, por la vía del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, sostienen los recurrentes la infracción de los artículos 120.3 de la Constitución, 218 e la Ley de Enjuiciamiento Civil y 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el argumento de que la sentencia incurre en incongruencia omisiva en cuanto <<[...] no analiza ni resuelve sobre la ilegalidad, regularidad, arbitrariedad, proporcionalidad, etc, de buena parte de las actuaciones y omisiones del FROB que se denunciaban [...] como constitutivos de un funcionamiento anormal>> en el escrito de demanda.

Sostienen que la sentencia recurrida rechaza la existencia de un funcionamiento anormal del FROB con base en el contenido de la sentencia dictada el 27 de mayo de 2015 por la Audiencia Nacional en el recurso número 472/2013, pero que en ella nada se dice sobre la mayor parte de las actuaciones, decisiones y omisiones del FROB alegadas en los autos como constitutivas de un funcionamiento anormal del organismo público y que concreta, seguido de un etcétera, en las siguientes: a) impedir la venta del Banco, b) anticipar la aplicación de la normativa <<Guindos>>, c) impedir la ejecución del plan de viabilidad, y d) impedir el reconocimiento y articulación de plusvalías existentes en el patrimonio de la sociedad.

Pues bien, caracterizada la incongruencia omisiva, única a la que se refieren los recurrentes en el motivo, en la falta de examen o resolución de alguna pretensión o en la pretensión de alguno de los motivos en que aquélla se fundamenta, mal puede sostenerse la concurrencia en el caso de autos del indicado vicio procesal cuando de la sentencia resulta que el Tribunal de instancia sí da respuesta a la pretensión de los recurrentes y a los motivos en que se apoya.

La transcripción parcial que de los fundamentos de derecho cuarto y quinto hacíamos precedentemente para resolver el motivo primero nos pone de manifiesto que la sentencia recurrida sí da respuesta a la cuestión relativa a las actuaciones del FROB denunciadas como irregulares por los recurrentes, por lo que, con independencia de su signo contrario a las pretensiones ejercitadas, debe rechazarse el motivo segundo fundado en la incongruencia como vicio procesal.

Sosteniéndose en la fundamentación de la sentencia que los actos y decisiones del FROB son susceptibles de recurso, que las que recurrieron los recurrentes fueron desestimadas y que la demanda de responsabilidad patrimonial no puede sustituir a los recursos procedentes contra las distintas decisiones y actos del FROB, ni ser un instrumento para revisar el procedimiento, se podrá o no estar de acuerdo con tal consideración y con las consecuencias que supone, pero lo que no puede aceptarse es la alegación de que la sentencia no resuelve la cuestión o cuestiones planteadas en la demanda e incurre así en incongruencia omisiva.

**CUARTO.** - Con el motivo tercero, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, aducen los recurrentes la infracción del artículo 23 de la ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades Crédito, concretamente, sus apartados 2.a, 2.b, 2.c, 2.d, y 2.f, con el argumento de que el plan de



resolución seguido no cumple el contenido mínimo exigido por la normativa de mención, impidiendo así a los accionistas <<[...] poder conocer sobre qué bases, criterios, presupuestos legales, etc. se adoptó la decisión de someter al entidad en la que habían invertido su dinero al proceso resolutorio>>.

Al igual que sucede con los motivos anteriores, no reparan los recurrentes en el desarrollo argumental de este motivo tercero que examinamos en que la *ratio decidendi* de la sentencia no es otra que la relativa a que la vía de responsabilidad patrimonial no es viable para revisar el procedimiento que abocó a la declaración de la resolución del Banco, condenado así el motivo al fracaso, máxime cuando por sentencia firme de 27 de mayo de 2015 ya se ha declarado que sí existe un plan de resolución y que en el procedimiento no se ha producido irregularidad que pudiera provocar la anulación del acuerdo resolutorio.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente ( artículo 139.2 LRJCA ), si bien, en atención a la complejidad del tema de debate, y haciendo uso de la facultad que al Tribunal confiere el apartado 3 del indicado artículo, se fija como cuantía máxima a reclamar por la parte recurrida, por todos los conceptos, la cantidad de 4.000 euros más IVA.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Adriano , don Aurelio , doña Salome , doña Marí Luz , doña Angelina , don Daniel , doña Concepción , don Evelio , don Guillermo , don Jesús , don Matías , don Pio , doña Gloria , don Torcuato , doña Sacramento , don Pelayo , Fridesa, S.A., Fridur, S.L., Hierros Añón, S.A., Grupo Paramus, S.L., Inverpuente, S.L., Rodonita, S.L., Devon Holding, S.L., don Jose Carlos , don Jesús Ángel , Activest, S.A., don Alexis , don Benjamín , don Ezequiel , don Herminio , don Justo , don Nazario , don Sabino , Espromanza, S.L., Espronceda 34, S.L., contra sentencia de fecha 25 de mayo de 2016, dictada en el recurso contencioso administrativo número 89/2015, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta ; con imposición de las costas a la parte recurrente en los términos prevenidos en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy Cesar Tolosa Tribiño

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.