



Roj: **SAP O 477/2020 - ECLI:ES:APO:2020:477**

Id Cendoj: **33044370062020100030**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **25/02/2020**

Nº de Recurso: **549/2019**

Nº de Resolución: **74/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA OVIEDO

SENTENCIA: 00074/2020

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono: 985968755 **Fax:** 985968757

Correo electrónico:

N.I.G. 33066 41 1 2018 0002097

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000549 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de SIERO

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000483 /2018

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A. BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: JUAN RAMON JUNQUERA QUINTANA

Abogado: GASTON DURAND BAQUERIZO

Recurrido: CONGELADOS BASILIO, S.A.

Procurador: ELENA MARQUES PRENDES Abogado: NATALIA FERNANDEZ RODRIGUEZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 549/19

En OVIEDO, a veinticinco de febrero de dos mil veinte. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María-Elena Rodríguez-Vígil Rubio, Presidente; D. Jaime Rianza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N°74/20

En el Rollo de apelación núm. 549/19, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario de contratación, que con el número 483/19 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Siero, siendo apelante **BANCO SANTANDER S.A** demandado en primera instancia, representado por el Procurador Sr. JUAN RAMON JUNQUERA QUINTANA y asistido por el Letrado Sr. GASTON DURAND BAQUERIZO; como parte apelada **CONGELADOS BASILIO S.A.**, demandante en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. ELENA MARQUES PRENDES y asistido por la Letrada Sra. NATALIA FERNANDEZ RODRIGUEZ; **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Rianza García.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Siero dictó Sentencia en fecha 30.11.18 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente :

"Que estimo íntegramente la representación procesal de CONGELADOS BASILIO S.A frente BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A (hoy BANCO SANTANDERS.A) y, en su virtud, declaro la nulidad de los contratos de 31 de mayo y 1 de junio de 2016; condenando a la demandada a la restitución del total del importe invertido en la adquisición de los títulos (202.162, 99 €) con intereses legales desde la fecha de la suscripción (artículo 1.100 , 1.101 y 1.018 del CC), y restitución por la demandante de los títulos, con los rendimientos obtenidos, y correspondiente interés legal; e imposición a la demandada de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 18.02.20.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 1266, y 1301 del Cc. razonando en síntesis que el folleto y nota resumen del aumento de capital redactados por el Banco Popular Español con motivo de la emisión de nuevas acciones realizada el 26 de mayo de 2016 no reflejaban la imagen fiel de la compañía y por ello llevaron al suscriptor a una representación equivocada sobre las probabilidades de éxito de dicha inversión viciando su consentimiento.

Interpone recurso el Banco reproduciendo la excepción de falta de legitimación pasiva en relación con la adquisición del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones del Banco Popular Español, y también en el segundo de dichos negocios; en lo demás invoca que la sentencia carece de motivación adecuada, altera las reglas sobre la carga de la prueba y hace uso indebido de la prueba de presunciones reiterando que la contabilidad de los ejercicios inmediatamente anteriores al aumento de capital había sido debidamente auditada por experto independiente, y lo propio ocurría con la del año 2016, incluso aun cuando el 3 de abril de 2017 los órganos gestores hubieran creído necesaria una reexpresión de las cuentas para realizar unos ajustes que carecían de "materialidad", esto es que por su moderada magnitud no llegaban a alterar la imagen fiel de la compañía, y que, a mayor abundamiento, habían sido propiciados por un cambio del marco regulatorio.

Siguiendo esa misma línea discursiva alega que el Folleto, la Nota Resumen y los estados financieros intermedios publicados a dicha fecha reflejaban la imagen fiel del negocio principal de la compañía y también de los accesorios, aun cuando los ratios de solvencia, eficiencia, liquidez estuvieran basados exclusivamente en el primero, al punto que la posterior resolución del Banco fue debida a una crisis extraordinaria e imprevisible de liquidez por la retirada masiva de fondos depositados por otras corporaciones, como así evidenciaba el informe Deloitte y la propia resolución de la JUR.

Por último niega que la inversión de siete mil millones de euros acometida por el Banco de Santander inmediatamente después de la adquisición del Banco Popular Español lleve a idéntica conclusión pues esa actuación se corresponde con una reevaluación del valor de este último bajo el criterio contable de empresa en liquidación.

SEGUNDO.- Ciertamente "el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas). Asimismo, hemos dicho que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4).

También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto,



FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)".

Ahora bien, conviene recordar también que el art. 24.1 CE no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2005, de 4 de abril que cita la 119/2003, de 16 de junio, y las demás a que esta última se remite).

Es decir no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea la brevedad y concisión de la respuesta judicial, incluso en supuestos de motivación por remisión, siempre y cuando el Tribunal haya exteriorizado las reflexiones racionales que han conducido al fallo (SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo).

Es así que desde esta perspectiva nada puede reprocharse a la sentencia de instancia por usar en determinados momentos la muy habitual técnica de motivación por remisión haciendo suyo el razonamiento de aquellas resoluciones que transcribe en tanto que aquellas versaban sobre una situación fáctica y jurídica análoga a la enjuiciada. En lo demás, la resolución expresa con meridiana claridad las razones de hecho y de derecho que sustentan el fallo por lo que se desestima este primer motivo del recurso.

TERCERO.- Examinaremos seguidamente la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida para oponerse a la acción de anulabilidad del contrato de adquisición del derecho de suscripción preferente recordando que todo aumento de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, dará derecho a cada socio a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea, pues así resulta del artículo 304 del R.D. Leg. 1/2010 por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ese derecho es transmisible a tercero en las mismas condiciones que las acciones, pero es obvio que quien vende es el socio, no la sociedad, y por tanto debe convenirse con el recurrente que el Banco no está legitimado pasivamente para soportar la acción de nulidad de la compra de ese derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones emitidas con motivo de la ampliación del capital del Banco Popular Español.

Así resulta de la sentencia del Pleno del TS de 27 de junio de 2019 en la que se acabó concluyendo que la legitimación pasiva solo corresponde al vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno.

Esa misma sentencia admite que el Tribunal Supremo ha flexibilizado este requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015 ; 625/2016, de 24 de octubre ; 71 8/2016, de 1 de diciembre ; 477/2017, de 20 de julio ; y 10/2019, de 11 de enero), pero puntualiza que dicha jurisprudencia solo se ha aplicado a productos financieros complejos, entre los que no se encuentra la compraventa de acciones que cotizan en bolsa, y explica que la razón por la ha reconocido en esos casos legitimación pasiva al banco intermediario "ha sido que el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite -como sí sucede en la compraventa bursátil de acciones cotizadas-, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente."

Así pues, esa sería razón bastante para aceptar el primer motivo del recurso y, a la inversa, ratificaría a priori la legitimación pasiva del Banco emisor para soportar la acción de anulabilidad de los contratos de suscripción de nuevas acciones, que sí se concertó directamente entre el particular y el Banco; ello no obstante dedicaremos



el ordinal siguiente a este particular en razón al hecho diferencial de que el demandado en aquel pleito no había sido sometido a las medidas previstas en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

CUARTO.- Conviene anticipar desde este momento que la precitada sentencia del Pleno del TS de 27 de junio de 2019 contemplaba una acción similar pero en relación a una entidad bancaria que no había sido objeto de ninguna de las medidas previstas en la Ley 11/2015, de manera que el Tribunal no pudo plantearse las consecuencias que los instrumentos de resolución aplicados al Banco Popular Español S.A. podrían desplegar sobre la acción que se ejercita con carácter principal en este litigio.

En este cometido será bueno tener presente que la primera medida aplicada por el FROB en cumplimiento de la orden recibida de la JUR el 6 de junio de 2017 fue "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 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 acciones (4.196.858.092) 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 millones trescientos cuarenta y seis mil quinientos cuarenta y dos euros (1.346.542.000 €), dividido en acciones de 1 euro 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 1 euro de valor nominal y modificación de los estatutos sociales, de conformidad con el artículo 64.1.e) y 64.2 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.

El Pleno de los Magistrados de esta Audiencia Provincial de Asturias consideró recientemente que las medidas de la Ley 11/2015 aplicadas en este caso entraban en conflicto irresoluble con la acción de responsabilidad del emisor prevista en el artículo 124 de la Ley del Mercado de Valores para las adquisiciones realizadas en el mercado secundario, de manera que en tanto que ley especial y posterior, debía entenderse que remitía al accionista o tenedor de capital que se reputara perjudicado por la decisión de la Junta Única de Resolución al procedimiento contencioso administrativo correspondiente, en el que podría estudiarse si los accionistas y acreedores de la entidad conservaban derecho a indemnización en tanto que la tasación definitiva de aquella hubiera modificado la evaluación inicial y las acciones o instrumentos de capital amortizados tuvieran un valor residual mayor del atribuido al tiempo de la resolución.

Sin embargo aquel Pleno no se pronunció respecto al efecto que los instrumentos de recapitalización interna y venta de la entidad aplicados por el FROB para la resolución del Banco Popular Español S.A. podría tener sobre la acción de anulabilidad que ahora nos ocupa porque el artículo 34.1.g.) de la Directiva y el artículo 4.d.) de la Ley 11/2015 sancionan el principio de igualdad de trato final para los accionistas y tenedores de instrumentos de capital adicional, al margen de la peculiaridad del procedimiento de resolución cuando advierten que "ningún accionista ni acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada



en el marco de un procedimiento concursal"; sin embargo la acción controvertida sería viable en el marco de un proceso de insolvencia ordinario en tanto no se hubiera cerrado definitivamente la lista de acreedores, pues así resulta de la interpretación conjunta de los artículos 21, 95 y 97 de la Ley 22/2003, de 22 de julio, Concursal, e incluso después en los excepcionales supuestos contemplados en los artículos 152 y 176 de ese mismo texto legal, de modo que surgía la duda de si sería igualmente viable en el marco del proceso extraordinario de insolvencia regulado por la Ley 11/2015 en el que se habían aplicado los instrumentos de resolución de recapitalización interna y ulterior venta de la entidad a tercero.

La materia fue objeto de estudio y reevaluación hasta llegar al acuerdo de unificación de criterios de 6 de febrero del año en curso, conforme al cual la acción de nulidad de las acciones adquiridas en el mercado primario tampoco es compatible con los instrumentos de recapitalización interna y venta de la entidad aplicados por el FROB como órgano de ejecución de la decisión de la JUR de resolución del Banco Popular.

En ese cometido deviene imprescindible examinar en primer lugar la Directiva 59/2014 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° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y la norma interna de transposición que representa la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

La Exposición de Motivos de esta última hace mención especial del instrumento de recapitalización interna, traducción legal del término inglés "bail in", que dibuja el esquema de absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad. Su finalidad última es internalizar el coste de la resolución en la propia entidad financiera, de modo que, con la máxima seguridad jurídica, sus acreedores conozcan el impacto que sobre ellos tendría la inviabilidad de la entidad. Se persigue, en definitiva, resolver el viejo problema de las garantías públicas implícitas que protegerían a los acreedores de aquellas entidades que, por su relevancia en el sistema financiero, no serían en ningún caso liquidadas. Para ello se utiliza un medio que es a la vez un fin en sí mismo y uno de los principios rectores de esta Ley: la especial protección de los depósitos bancarios. En caso de recapitalización interna de la entidad, estos serán los últimos créditos que puedan verse afectados, quedando además cubiertos en una importante medida por el Fondo de Garantía de Depósitos, de tal forma que la inmensa mayoría de los depositantes quede indemne en caso de resolución de una entidad de crédito.

En segundo lugar destaca que la absorción de pérdidas que en la antigua ley 9/2012 alcanzaba únicamente hasta la denominada deuda subordinada, a través de los instrumentos de gestión de híbridos, afectará con la nueva ley a todo tipo de acreedores, articulando al efecto un nuevo régimen de máxima protección a los depositantes. Y, por último, se constituye un fondo específico de resolución que estará financiado por medio de contribuciones del sector privado.

Se puede señalar, en suma, que en aquellos aspectos en los que esta Ley diverge de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, lo hace para garantizar una mayor absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad, y otorgar una mayor protección a los depositantes y a los recursos públicos.

Entrando en el análisis del articulado de ambos textos constatamos que el artículo 64 de la Directiva regula las competencias auxiliares de las autoridades de resolución precisando en su apartado cuarto que las facultades del apartado 1.d) y 3.b) (que en síntesis prevén la subrogación del adquirente en la posición jurídica de la entidad objeto de resolución), no afectarán "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."

Podría parecer por tanto que la Directiva avala la posibilidad del ejercicio de la anulabilidad por vicio de consentimiento prevista en el artículo 1301 del Código Civil, que, reiteramos, también es viable en el marco del procedimiento concursal ordinario en tanto no se cierre definitivamente la lista de acreedores.

Ello no obstante, debe destacarse prontamente que el apartado que acabamos de reseñar advierte también que esas acciones quedan sometidas a las condiciones previstas en los artículos 69, 70 y 71 de la Directiva, de manera que habrá de dilucidarse si estos son igualmente tolerantes con una intervención que rompe con el principio de absorción de pérdidas por los accionistas que lo fueran al tiempo de la resolución.

Interesa en particular el artículo 71, que regula la competencia para suspender provisionalmente los derechos de rescisión, y, dentro de este, debe prestarse especial atención al apartado 5, conforme al cual "Cuando una autoridad de resolución utilice la competencia contemplada en el apartado 1 o 2 del presente artículo de suspender los derechos de rescisión y no haya efectuado la notificación contemplada en el apartado 4 del



presente artículo, tales derechos podrán ejercerse una vez expire el período de suspensión, de conformidad con el art. 68, en las condiciones que se exponen a continuación:

a) si los derechos y pasivos cubiertos por un contrato han sido transmitidos a otra entidad, una contraparte podrá ejercer los derechos de rescisión que le reconozca dicho contrato únicamente en caso de que se produzca un supuesto de ejecución por parte de la entidad receptora de manera continuada o posteriormente;

b) si los derechos y pasivos cubiertos por el contrato permanecen en la entidad objeto de resolución, y la autoridad de resolución no ha aplicado el instrumento de recapitalización interna de conformidad con el art. 43, apartado 2, letra a), a dicho contrato, una contraparte podrá ejercer los derechos de rescisión que le reconozca el contrato una vez expire el período de suspensión contemplado en el apartado 1. "

Es así que el último apartado transcrito rebasa el ámbito temporal que a priori podría esperarse del encabezamiento del artículo y, en nuestra opinión, veda el posterior ejercicio de la acción de nulidad cuando la autoridad de resolución ha aplicado el instrumento de recapitalización interna amortizando el título valor correspondiente, como fue el caso, según expondremos más tarde.

La Directiva en cuestión fue incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, cuyo artículo 37 señala lo que sigue:

1. En caso de que se amortice el importe principal de un instrumento de capital pertinente, se producirán los efectos siguientes:

a) La reducción del importe principal será permanente, sin perjuicio del mecanismo de compensación que, en su caso, pueda aplicarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.5.

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 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.

c) No se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados, excepto si se ajusta a lo dispuesto en el artículo 39.3.

3. El FROB estará facultado para llevar a cabo o exigir que se lleven a cabo los trámites para hacer efectivo el ejercicio de dichas competencias.

4. Cuando el FROB reduzca a cero el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, éste o cualesquiera obligaciones o derechos derivados del mismo que no hayan vencido en el momento de la reducción, se considerarán extinguidas a todos los efectos y no podrán computarse en una eventual liquidación posterior de la entidad o de otra sociedad que la suceda.

Es decir, la interpretación sistemática o de conjunto de los preceptos de la Ley 11/2015 que acabamos de reseñar nos lleva a concluir que el postulado de que "ningún accionista ni acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal" solo es predicable del resultado final de la liquidación de las acciones y demás instrumentos de capital adicional, sin que por el contrario permita utilizar los demás instrumentos jurídicos contemplados en el proceso concursal ordinario; corrobora además esa conclusión que el procedimiento especial excluya la fase de insinuación y reconocimiento de créditos y principie por la declaración de insolvencia definitiva para aplicar los instrumentos de recapitalización interna y venta de la entidad.

El artículo 37.4 de la Ley 11/2015 es por demás perfectamente congruente con los artículos 317 y 321 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, conforme a los cuales "la reducción del capital podrá realizarse mediante la disminución del valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones, su amortización o su agrupación" y, cuando la reducción tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, "en ningún caso podrá dar lugar a reembolsos a los socios o, en las sociedades anónimas, a la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes".

Ello no obstante el recurso prescinde lisa y llanamente de la amortización de las acciones de capital ordinario cuando, conforme se razona el fundamento jurídico de dicha resolución antes transcrita, "el acuerdo de reducción a cero del capital social adoptado por el FROB en ejecución del dispositivo de resolución tiene carácter de acto administrativo según establecen los artículos 35.1 y 64.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio.



Así, y según el art. 65.1 de la Ley, el acuerdo reducción a cero euros es un acuerdo inmediatamente eficaz desde su adopción sin necesidad de dar cumplimiento a ningún trámite ni requisito establecidos, normativa o contractualmente, más allá de los propiamente exigidos en la propia Ley 11/2015 y de las obligaciones formales de constancia, inscripción o publicidad exigidas por la normativa vigente. Es de añadir que, de acuerdo con el art. 65.2 de la Ley, para que el FROB pueda alcanzar los objetivos y los principios de la resolución establecidos en los arts. 3 y 4 de la misma, en el ejercicio de las facultades administrativas generales recogidas en la norma, no resultan de aplicación las limitaciones y demás requisitos exigidos en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en relación con las operaciones de aumento y reducción de capital, de conversión de instrumentos de capital o de recapitalización interna, sin que tampoco será necesaria la elaboración de los informes preceptivos que las referidas normas puedan prever."

Por consiguiente, de conformidad con el apartado cuarto del artículo 37 de la Ley 11/2015, y en tanto la jurisdicción contencioso administrativa no anule el acto que acabamos de reproducir, las acciones de capital ordinario del Banco Popular Español deben entenderse amortizadas definitivamente, esto es extinguidas, antes de que el actor interpusiera la demanda que nos ocupa y esa premisa nos lleva a dilucidar si, pese a ello, el actor seguía estando legitimado activamente para el ejercicio de la acción de nulidad basada en un título extinguido.

Es cierto que las sentencias del TS 448/2017, de 13 de julio; 580/2017, de 25 de octubre; 670/2017, de 14 de diciembre; 51/2018, de 31 de enero; o 139/2018, de 7 de marzo, y también en la de 5 de abril de 2018 abordan el problema de la legitimación activa tras el canje obligatorio de las participaciones preferentes y/u obligaciones subordinadas y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) y concluyen que no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC, que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones.

Ello no obstante, el asunto que nos ocupa presenta la doble peculiaridad de que los títulos del actor han sido amortizados, de manera que la cosa debe entenderse definitivamente perdida mientras estaba en poder de los demandantes, y en segundo lugar que no existe equivalente que estos puedan restituir al Banco porque al tiempo de interposición de la demanda el Banco de Santander ya era propietario de la totalidad del capital del Banco Popular.

En esa tesitura entendemos que sería de aplicación el artículo 1308 del Código, conforme al cual, "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" y, dado que esa era situación consolidada al tiempo de la interposición, los recurrentes tampoco podrían ejercitar la acción controvertida.

En todo caso, no será ese el único reparo que nos merezca la cuestión controvertida por lo que continuaremos con el examen de la legitimación pasiva del Banco de Santander S.A.

QUINTO.- La demanda y el recurso consideran que el Banco de Santander es el sucesor universal del Banco Popular Español y por tanto asume la posición de este último en cuantos negocios jurídicos hubiere sido parte.

El artículo 31 de la Directiva reseña expresamente que "los objetivos de la resolución a que se refiere el apartado 1 son los siguientes: a) mantener la continuidad de las funciones esenciales; b) evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, especialmente previniendo el contagio, incluidas las infraestructuras de mercado, y manteniendo la disciplina de mercado;

c) proteger los fondos públicos minimizando la dependencia de ayudas financieras públicas extraordinarias; d) proteger a los depositantes cubiertos por la Directiva 2014/49/UE y a los inversores cubiertos por la Directiva 97/9/CE; e) proteger los fondos y los activos de los clientes.

Al perseguir los objetivos arriba mencionados, la autoridad de resolución procurará minimizar el coste de la resolución y evitar toda destrucción de riqueza, a menos que no sea necesaria para la consecución de los objetivos de la resolución."

En consecuencia, es obvio que ese fenómeno de la sucesión universal se produce respecto de las relaciones del Banco Popular Español con su clientela, porque ese era el objetivo prioritario de las medidas a adoptar, pero no puede decirse lo propio en relación con los tenedores de instrumentos de capital pues estos sí resultan afectados por el proceso de insolvencia abierto por la JUR.

Llegados este punto debe ponderarse que la tercera operación de aumento de capital para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital adicional de nivel dos en acciones de nueva emisión de Banco Popular



y la ulterior venta de estas últimas al Banco de Santander tienen lugar como último trámite del proceso de insolvencia extraordinario reglado por la Ley 11/2015.

Pues bien, contrariamente a lo que sucedería en un escenario ordinario de fusión por absorción en el que el absorbente es sucesor universal del absorbido, dicha venta se produce sin asunción de cargas frente a los accionistas y acreedores de capital, porque así resulta de los preceptos antes comentados de ese texto legal, y porque, a mayor abundamiento, esa sería también la solución apuntada en un proceso de insolvencia ordinario regido por la Ley Concursal, tanto para el supuesto de enajenación de una unidad productiva de entre las varias que constituyeran el giro de la empresa, como para el de la venta del negocio en su totalidad; ello es así porque, con arreglo al artículo 146 bis de la Ley Concursal, "la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4.

Y lo propio sucede en el supuesto de que el plan de liquidación contemple la venta de la empresa porque el artículo 149 de la LC señala que "cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

5. En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen.

Es decir, de haberse seguido un proceso de insolvencia ordinario, la apertura de la fase de liquidación habría producido la disolución de pleno derecho de la sociedad, pues así resulta del artículo 361.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y en segundo lugar la ulterior venta de la empresa extinguida al Banco de Santander habría culminado ese trámite, pero no atribuiría a este responsabilidad alguna por los créditos, fueran estos concursales o contra la masa, pues la sucesión de empresa solo sería operativa a efectos laborales y de Seguridad Social.

Así pues, los limitados efectos jurídicos de la fusión por absorción verificada en función de la venta forzosa de las últimas acciones emitidas por el Banco Popular nos llevarían igualmente a desestimar la primera de las acciones ejercitadas en la demanda.

SEXTO.- La sentencia de instancia no se pronunció sobre la acción ejercitada subsidiariamente, pero ello no nos eximirá de hacerlo a nosotros, por más que el demandante no haya aprovechado el trámite de oposición a la apelación para impugnar aquella resolución; ello es así en razón a la doctrina establecida en por el Pleno del TS en la suya de 19 de septiembre de 2.013, reiterada por la de 19 de mayo de 2016, que entendemos perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa.

Ello no obstante cabe destacar en primer término que la acción prevista en el artículo 38 de la LMV no se dirige contra el emisor, esto es no se dirige contra el autor responsable del folleto, sino contra quien reputa sucesor universal de este último, cuando acabamos de decir que la transmisión de la entidad realizada como último trámite de un proceso de insolvencia extraordinario desarrollado conforme a los preceptos de la Ley 11/2015 exonera al adquirente de la misma de cualesquiera responsabilidades que incumbieran a la sociedad absorbida frente a los tenedores de instrumentos de capital; por consiguiente reiteramos que el Banco de Santander no está legitimado para soportar la acción prevista en el artículo 38 de la Ley del Mercado de Valores contra el emisor, y tampoco la de responsabilidad contractual basada en el artículo 1.101 del CC.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso debería comportar que, de conformidad con el artículo 394 de la L.E.C., se impusieran las costas de la primera instancia a la parte actora; ello no obstante el Tribunal considera oportuno separarse del principio del vencimiento a la vista de lo complejo y novedoso de las normas jurídicas conforme a las cuales se ha resuelto la controversia.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO



Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el **BANCO DE SANTANDER S.A.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero en los autos de que este rollo dimana desestimamos la demanda interpuesta por **CONGELADOS BASILIO S.A.** sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ