



Roj: **SAP S 90/2020 - ECLI:ES:APS:2020:90**

Id Cendoj: **39075370022020100090**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **26/02/2020**

Nº de Recurso: **829/2019**

Nº de Resolución: **140/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martin S/N Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Procedimiento Ordinario 0000281/2019 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 de Santander

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000829/2019**

NIG: 3907542120190004544

Resolución: Sentencia 000140/2020

Apelante BANCO SANTANDER, SA Procurador: ISIDRO MATEO PEREZ

Apelado Luis Miguel Procurador: DIEGO FRANCISCO DIEGO LAVID

S E N T E N C I A Nº 000140/2020

Don Miguel Fernández Díez.

Ilmos. Srs. Magistrados:

Don Javier de la Hoz de la Escalera.

Don Bruno Arias Berrioategortua.

=====

En la Ciudad de Santander, a veintiséis de febrero de dos mil veinte.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio Ordinario, núm. 281 de 2019, Rollo de Sala núm. 829 de 2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santander, seguidos a instancia de don Luis Miguel contra Banco Santander S.A..

En esta segunda instancia ha sido parte apelante Banco Santander S.A., representado por el Procurador Sr. Isidro Mateo Pérez y defendido por el Letrado Sr. Tadeo Martínez Melgarejo; y apelada don Luis Miguel, representado por el Procurador Sr. Diego Francisco Diego Lavid y defendido por el Letrado Sr. Jaime Navarro García.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don Javier de la Hoz de la Escalera.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 16 de julio de 2019 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente :

"FALLO: " *Estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Diego en representación de D. Luis Miguel contra la entidad Banco de Santander S.A. declaro la responsabilidad de la demandada por los daños y perjuicios ocasionados al actor por la compra de las acciones litigiosas y en consecuencia, se condena a la demandada a pagar al actor, en concepto de indemnización, la cantidad de 35.711,62 € de principal con más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda .*

Se imponen las costas de esta instancia a la parte demandada" .

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada, interpuso recurso de apelación; dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1.- La mercantil demandada apelante, BANCO SANTANDER S.A., ha solicitado en esta segunda instancia que, con revocación de la sentencia apelada, se desestime íntegramente la demanda interpuesta por DON Luis Miguel ; este había solicitado principalmente la anulación por error en el consentimiento de las compras de acciones del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. descritas en el escrito de demanda y la condena a la ahora apelante a devolver la cantidad total efectiva abonada por la compra (35.711,62 euros), mas el interés legal de dicha suma desde la compra hasta la fecha de la sentencia; y subsidiariamente, la condena a la demandada a indemnizar por responsabilidad contractual en la misma cantidad e intereses; en igual forma, la condena a indemnizar en esa misma cantidad e intereses por la pérdida del valor de la inversión por la información errónea suministrada en el folleto de la emisión; tambien subsidiariamente, se declare " *la nulidad absoluta por la pérdida del valor de las acciones o por la nulidad de cualquier tipo que pueda declararse judicialmente durante la sustanciación de esta causa, en cualquier jurisdicción, ya sea nacional o internacional, de la Resolución del Banco Popular y su compra a favor del Santander"*; y todo ello, en su caso, con restitución por la parte actora de las acciones y deducción de la rentabilidad bruta percibida. La parte demandante se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia.

2.- La sentencia de instancia desestimó la pretensión de anulación del contrato de adquisición de las acciones por falta de legitimación pasiva, en aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de junio de 2019, dado que en este caso la compra de las acciones tuvo lugar en el mercado secundario en el mes de septiembre de 2016, pronunciamiento desestimatorio que ha sido consentido por el demandante y es firme en esta alzada; pero estimó la pretensión relativa a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la defectuosa información del folleto de la emisión pública de acciones realizada por la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. en el año 2016 y por las informaciones posteriores, condenando a la apelante al pago de la suma reclamada más sus intereses desde la fecha de interposición de la demanda. La sentencia apelada funda la responsabilidad de la apelante en el art. 1.101 CC. -relativo a la responsabilidad contractual-, y en los arts. 26, 27, 28, 38, 79, 124, 209 y concordantes de la Ley de Mercado de Valores sobre el deber de información y responsabilidad por incumplimiento del mismo, invocados por el demandante como vulnerados por la entidad emisora de las acciones en la redacción del folleto y la posterior información facilitada hasta la resolución de la entidad por la Junta Única de Resolución, considerando que efectivamente hubo una información incorrecta y que las cuentas sociales que sirvieron de base a la emisión no reflejaban la imagen fiel de la entidad, provocando un error en el adquirente de las acciones que, al margen de que pudiera ser causa o no de anulación del contrato, fue causa del daño sufrido con la amortización de las acciones por la JUR. El recurso, no obstante remitirse a todas las alegaciones realizadas en la contestación a la demanda, se centró en combatir las afirmaciones de hecho de la sentencia sobre la base de la responsabilidad declarada, esto es, la infracción del deber de información; pero en criterio de este tribunal, con carácter previo a tal cuestión ha de afrontarse otra de carácter estrictamente jurídico que aparece ya mencionada en la contestación la demanda, aunque no haya recibido ni en la sentencia ni en los escritos de recurso y oposición el debido tratamiento, como es la posibilidad misma de una indemnización por el daño sufrido como consecuencia de la resolución de la entidad bancaria.



SEGUNDO: En efecto, el 7 de junio de 2017 la JUNTA UNICA DE RESOLUCION acordó en su decisión SRB/EES/2917/08 la resolución de aquella entidad, el mecanismo de resolución y las medidas a adoptar, y en la misma fecha el FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (FROB), siguiendo las instrucciones de la JUR, ejecutó tales medidas dentro del marco normativo español, constituido por la Ley 11/2015 de 18 de junio de recepción y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que realizó la trasposición de la Directiva 2014/59/UE de 15 de Mayo de 2014 conforme al Reglamento UE 806/2014 sobre normas uniformes para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución. En ejercicio de sus competencias el FROB acordó la reducción de todo el capital social de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. existente a 7 de junio de 2017 a cero euros mediante la amortización de la totalidad de las acciones en circulación 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; con carácter simultáneo, dispuso 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, dividido en acciones de un euro de valor nominal así como efectuar la correspondiente modificación de los estatutos sociales; y reducir nuevamente el 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 acordada, 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; y, en fin, transmitir la totalidad de las nuevas acciones de Banco Popular Español, S.A. emitidas como consecuencia de la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2 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. En definitiva, con dicha Resolución se extinguieron por amortización todas las acciones emitidas por el banco hasta aquel 7 de junio de 2017, y entre ellas obviamente las adquiridas por el aquí demandante; por consiguiente, fue esa acción la directamente causante del daño, y este no es otro que la pérdida total de lo invertido por la pérdida del valor de las acciones. Siendo esto así, aparece de inmediato como cuestión primera y decisiva la de si ese daño, producido por tan especial y singular circunstancia como es la resolución de la entidad bancaria emisora de las acciones, es indemnizable por la propia entidad, actualmente por la demandada.

TERCERO: 1.- La Ley 11/2015 antes citada regula en el derecho español, como se ha dicho, la resolución de entidades financieras; y ya en su propia exposición de motivos se destaca como uno de sus principios el de no socialización de las pérdidas de estas: *" Finalmente, y como cuarto principio que sustenta la ley, se afronta la necesidad de que todo el esquema de resolución de entidades descansa de manera creíble en una asunción de costes que no sobrepase los límites de la propia industria financiera. Es decir, los recursos públicos y de los ciudadanos no pueden verse afectados durante el proceso de resolución de una entidad, sino que son los accionistas y acreedores, o en su caso la industria, quienes deben asumir las pérdidas. Para ello es imprescindible definir los recursos que se utilizarán para financiar los costes de un procedimiento de resolución, que en ocasiones son enormemente elevados. Esta Ley, en línea con lo establecido en los países de nuestro entorno, diseña tanto los mecanismos internos de absorción de pérdidas por los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, como, alternativamente, la constitución de un fondo de resolución financiado por la propia industria financiera. Merece una mención especial el 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. Por otro lado, se constituirá el Fondo de Resolución Nacional, llamado a integrarse en un futuro próximo en un fondo de escala europea y sufragado ex ante por las contribuciones de las propias entidades de crédito. Este fondo podrá complementar el efecto de la recapitalización interna y el resto de instrumentos de resolución que prevé la norma, y, en su caso, podrá ser utilizado para flexibilizar o completar la asunción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores. La existencia de estos instrumentos resuelve la cuestión de cómo deberá ser sufragada la resolución de una entidad de crédito y articula un procedimiento para la adecuada distribución de los costes; apuesta, además, por que dicha financiación se hará, en primer lugar, a cargo de la entidad afectada y, secundariamente, del resto de entidades, bajo el entendimiento de que estas también obtienen un beneficio si la resolución de otra entidad*



se realiza de manera ordenada; y, en definitiva, de una manera que minimiza el riesgo moral en que incurren las entidades si presumen que serán rescatadas por medio de recursos del contribuyente, otorga credibilidad al principio de que los costes de la resolución de una entidad no pueden recaer sobre el presupuesto público."

2.- A fin de lograr esa finalidad, La ley sienta en su art. 4 como principio que " a) Los accionistas o socios, según corresponda, de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas.", si bien " ningún accionista ni acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal"; y en coherencia con ello dispone que los accionistas y acreedores no tendrán derecho alguno sobre los activos y pasivos que hayan sido transferidos en el proceso de resolución, (art. 25, 8); que 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 recursos contra el ejercicio de la competencia e amortización y conversión de los instrumentos de capital o de la recapitalización interna (art. 37,2,b); que cuando el FROB reduzca a cero el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, este o cualesquiera obligaciones o derechos derivados del mismo que no hayan vencido en el momento de la reducción, se consideraran extinguidas a osos los efectos " y no podrán computarse en una eventual liquidación posterior de la entidad o de otra sociedad que la suceda"; y que " no se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados", excepto si se ajusta a lo dispuesto en el art. 39, 3 (art. 37,2,c), que no es del caso. De tal normativa se desprende que, como se anuncia en el preámbulo de la Ley, son los accionistas los que deben soportar en primer lugar las pérdidas de la entidad, sin tener por ello derecho alguno a ser indemnizados por razón de la pérdida causada por la propia resolución, sin perjuicio de lo que pueda resultar de una hipotética sentencia resolutoria de la impugnación en vía contencioso- administrativa de la propia resolución.

CUARTO: 1.- Junto a la regulación expuesta, ha de considerarse que concurren también en el caso las normas sobre responsabilidad de la entidad por infracción de los deberes de información que le incumbían con ocasión de la oferta pública de adquisición de acciones realizada en el año 2016, sobre cuyo concreto desarrollo se extiende la sentencia de instancia; las normas antes citadas, declaran la responsabilidad entre otros sujetos de las entidades emisoras por el incumplimiento de los deberes de información que la ley impone como necesaria en el folleto de una emisión de acciones (art. 37 TRLMV); y de similar manera concurren también las normas sobre responsabilidad por la incorrecta formulación de las cuentas anuales y los informes trimestrales (art. 124 TRLMV). Por ello se plantea la cuestión de la posible prevalencia de estas normas sobre las reguladoras de la resolución de las entidades de crédito, la que debe ser resuelta en sentido negativo, afirmando la aplicación prioritaria de estas últimas como ley especial, pues sin duda lo son en la medida en que la ley 11/2015 regula de manera específica las situaciones patológicas de las sociedades de crédito e inversión, cuya complejidad y trascendencia exigen de un tratamiento específico y diferente incluso al tratamiento general de las situaciones de crisis contenida en la Ley Concursal. Como explica también la Exposición de Motivos de dicha Ley, " resulta necesario articular un procedimiento especial, riguroso y flexible al tiempo que permita a las autoridades públicas dotarse de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores"; y la propia finalidad de la Ley, la ya anunciada de lograr que sean los accionistas y no el Estado y por ende el resto de los ciudadanos los que soporten las pérdidas, impone precisamente dar preeminencia a sus normas sobre cualquiera otras reguladoras de la responsabilidad de la propia entidad, pues de otra manera es claro que ese principio rector y esencial quedaría defraudado y los mecanismos de resolución vaciados de contenido; razones que imponen también descartar el tratamiento del accionista como tercero inversor como, para un caso distinto del presente, consideró el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de febrero de 2016. Este criterio ha sido el adoptado por la Audiencia Provincial de Oviedo en sentencias de 21 de Octubre de 2010 y 11 de febrero de 2020, y es compartido por esta Audiencia de Cantabria cuyos magistrados adoptaron el pasado 21 de los corrientes el siguiente acuerdo de unificación de criterios: " A) Como consecuencia de la decisión de la Junta Única de Resolución de 7 de junio de 2017 y la resolución del FROB de la misma fecha amparada en la Directiva 2014/59/UE, en el Reglamento (UE) N° 806/2014 y en la Ley 11/2015, de 18 de junio, no reconocemos un deber de resarcir a cargo del Banco Santander, S.A. a quienes adquirieron acciones del Banco Popular Español, S.A., tanto en el mercado primario como en el secundario, derivado de una eventual responsabilidad civil por daños (sea por responsabilidad por folleto del art. 38, por responsabilidad por omisión o información incorrecta del art. 124, ambos del RDL 4/2015 , o por cualquier otra causa genérica de responsabilidad civil) fundada en el incumplimiento de los deberes de información. B) Carecen de acción de nulidad (art. 1301 CC) frente a Banco Santander, S.A., por pérdida de interés en su ejercicio, quienes en adquirieron acciones de Banco Popular Español, S.A., en el mercado primario, pues el posible deber de restitución a cargo de la entidad bancaria deja de existir tras el instrumento de resolución aplicado por el FROB en su resolución de 7 de junio de 2017."

2.- De lo anterior se sigue la necesaria desestimación de la demanda en cuanto pretende una indemnización por el daño derivado de la amortización de las acciones adquiridas en el mercado secundario, tanto con base en la normativa propia de la responsabilidad por folleto como por responsabilidad contractual (art. 1.101 CC)



-necesariamente excluida además en este caso dado que las acciones fueron adquiridas, como se dijo, en el mercado secundario-, como extracontractual (art. 1.902 CC); porque el demandante, en tanto accionista de la entidad y frente a esta, ha de soportar el daño que supuso la amortización de todas las acciones de la entidad, sin que pueda por razón de tal actuación obtener ninguna indemnización de la entidad o su sucesora, sin perjuicio de lo que pudiera resultar de una eventual impugnación ante la jurisdicción competente del acto administrativo de resolución adoptado por el FROB. En la resolución del FROB de 7 de mayo expresamente se dice que la amortización de las acciones tiene carácter permanente, en cumplimiento de lo previsto en el art. 39.2 de la Ley 11/2015 de 18 de junio, " *sin que se pague indemnización alguna a sus titulares*", ni siquiera por compensación ya que se considera que los accionistas y acreedores afectados no incurrir en más pérdidas, por razón del mecanismo de resolución, que las que hubieran sufrido en un proceso concursal, dada la valoración del experto independiente.

3.- Por la misma razón expuesta no cabe acoger ninguna de las pretensiones indemnizatorias que subsidiariamente, tras la pretensión de indemnización por responsabilidad contractual, extracontractual y por folleto, se deducen en la demanda, pues no cabe una declaración de nulidad de la adquisición de las acciones en el mercado secundario, como parece pedirse, por el hecho de la pérdida de valor de las acciones meses después, acción que, al margen de su falta de fundamento, está afectada por el mismo defecto de falta de legitimación pasiva de la entidad demandada para soportar acciones contractuales derivadas de la adquisición que ya fue declarada en la instancia. Y, en fin, no cabe declarar la nulidad de la adquisición de las acciones por razón de la nulidad del acto administrativo de resolución, que no consta declarada por la jurisdicción competente.

QUINTO: En aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC, y habida cuenta de las serias dudas de derecho que plantea el litigio en la aplicación e interpretación de las normas citadas, procede no hacer especial imposición de las costas de la instancia y de esta alzada.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER S.A. contra la ya citada sentencia del juzgado, que revocamos íntegramente.

2º.- Desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por DON Luis Miguel contra la ya citada apelante, a quien absolvemos de todas sus pretensiones.

3º.- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe interponer los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal para ante el Tribunal Supremo, ante este mismo tribunal y en plazo de veinte días.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe