



Roj: **ATS 13892/2018 - ECLI:ES:TS:2018:13892A**

Id Cendoj: **28079130032018200146**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **3062/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 2559/2016,**
STS 2572/2018,
ATS 13892/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

AUTO

Fecha del auto: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3062/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3062/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

AUTO

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 5 de julio de 2018 se ha dictado por esta Sala y Sección sentencia en el recurso de casación 3062/2016 cuya parte dispositiva dice:

"Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. Agapito , D. Socorro , D. Candido , D.^a Amalia , D. Eulalio y Benicull Solar, S.L. contra la sentencia de 23 de junio de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 261/2013.

2. Anular la sentencia objeto del recurso.

3. Desestimar el recurso citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D. Agapito , D. Socorro , D. Candido , D.^a Amalia , D. Eulalio y Benicull Solar, S.L. contra la resolución de 16 de abril de 2013 de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria por la que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo BFA-Bankia, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea.

4. Imponer las costas del recurso contencioso-administrativo a la parte actora y no hacer imposición de las causadas en el recurso de casación."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la recurrente ha presentado escrito promoviendo incidente de nulidad de la citada resolución, por entender que la misma vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la falta de pronunciamiento respecto a uno de los motivos deducidos en el recurso de casación. Solicita que se anule y deje sin efecto la sentencia dictada, reponiendo las actuaciones al estado en que se hallaban al momento anterior a dictarse la sentencia, a fin de que se dicte una nueva que, respetando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, subsane la indefensión de los recurrentes, pronunciándose respecto a todos los motivos esgrimidos en el recurso de casación, todo ello con imposición de costas a quien se opusiese al incidente con objeto de que se dicte otra que, con pleno respeto a los derechos fundamentales cuya violación se invoca, desestime el recurso o, en caso de que se considere por la Sala que existe.

TERCERO.- Del escrito instando la nulidad se ha acordado dar traslado a las partes por término de cinco días, habiendo presentado la representación procesal de Bankia, S.A. un escrito en el que suplica que se dicte auto desestimando el incidente de nulidad promovido, con costas.

CUARTO.- Habiéndose personado con posterioridad el Abogado del Estado en las presentes actuaciones, se le ha concedido igualmente plazo para formular alegaciones respecto al incidente de nulidad. Dentro del mismo ha presentado un escrito por el que solicita que dicho incidente sea inadmitido o desestimado, con costas; además, mediante otrosí promueve *ad cautelam* incidente de nulidad de actuaciones para el caso de que fuera estimado el instado por la parte recurrente, en base a la defectuosa tramitación del recurso por parte de la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En el asunto de referencia esta Sala dictó sentencia parcialmente estimatoria de 5 de julio de 2018 con el fallo que se recoge en los antecedentes. La parte recurrente ha formulado incidente de nulidad de actuaciones en el que denuncia una incongruencia omisiva en relación con su alegación de que los titulares de las emisiones preferentes ISIN ES0113251021 y ES0156844054 habrían sufrido menos pérdidas que las emisiones de obligaciones subordinadas ISIN ES0214977102 y XS0205497778, lo que evidenciaría, en su opinión, la infracción del principio de prelación de créditos y reparto proporcional por parte de la resolución impugnada.



El incidente debe ser desestimado, puesto que no se ha producido omisión alguna en la sentencia cuya nulidad se postula. La alegación relativa a la prelación de créditos se formula en el motivo cuarto de la demanda y respecto a la misma, la sentencia dictada por la Sala se pronuncia en los siguientes términos:

"[...]Por último, en el motivo cuarto del recurso de casación los recurrentes reiteraban la queja, también referida al orden de prelación, en relación con las quitas a aplicar a los titulares de los diversos tipos de instrumentos híbridos y deuda subordinada. Sostiene la parte recurrente en el motivo que como los titulares de obligaciones subordinadas ostentan un mejor rango que los titulares de participaciones preferentes, éstos debieron ser los segundos en soportar pérdidas después de los accionistas. Y añade que la Ley 9/2012 no habla de "factores de descuento" sino del principio de prelación de créditos y el tratamiento igual a los valores del mismo rango.

Sobre esta alegación la sentencia de instancia se pronuncia en los siguientes términos:

" **OCTAVO.-** Las obligaciones suscritas por los recurrentes eran sin vencimiento por lo que el respeto al cumplimiento de sus compromisos por la entidad quedaba supeditado a que estuviera en condiciones económicas de satisfacerlos. Los recurrentes suscribieron en su día obligaciones subordinadas ISIN XS0205497778 y ES0214977102 sin vencimiento emitidos por Bancaja Emisiones, S.A. en las que el cobro de intereses y su liquidez quedaba supeditado a determinadas condiciones relacionadas con la solvencia de la entidad emisora. Se trata de títulos valores de renta fija que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda a cambio de perder capacidad de cobro en caso de extinción y posterior liquidación de la entidad financiera, quiebra o bancarrota ya que en esos supuestos está subordinado el pago en orden de prelación respecto de los acreedores ordinarios. Estos títulos cotizan en un mercado secundario por lo que al margen de una situación de insolvencia si el titular quiere deshacer la inversión corre el riesgo de no recuperar la totalidad de lo invertido. Bancaja se integró posteriormente en el grupo BFA-BANKIA que, como se ha relatado, quedó sujeta al Plan de reestructuración aprobado por el Banco de España y la Unión Europea que, de conformidad con lo dispuesto en los arts 16, 43 y 44 Ley 9/2012, supuso la amortización anticipada de los títulos adquiridos por los recurrentes y el canje obligatorio por acciones.

Las acciones de gestión de esas obligaciones subordinadas supuso un precio de la recompra del 66,60% de lo inicialmente invertido, con la obligación de reinvertirlo en acciones de Bankia, fijándose el valor de la reinmersión en el 49,20%, valor este que es el resultado de tomar en consideración el recorte del precio de recompra mas el valor económico negativo que absorben los titulares junto con el FROB a través de la suscripción de las acciones de Bankia con prima en el Aumento de Capital para el Canje.

No es cierto que los titulares de participaciones preferentes hayan sufrido una carga inferior en proporción a la de los titulares de obligaciones subordinadas. Así queda demostrado dado que la medida se ha realizado aplicando unos factores de descuento en función del tipo de instrumento, de modo que se descontó un 20% para las participaciones preferentes, un 15% para la deuda subordinada sin vencimiento y un 10% para la deuda subordinada con vencimiento.

Las razones por las que, en el caso de los recurrentes era obligatorio el canje es que como titulares de obligaciones subordinadas sin vencimiento se les impone un recorte del 100% del valor nominal lo que de facto implica una pérdida de la facultad de optar al no percibir efectivo alguno para la reinmersión y por ello en este caso el importe efectivo a reinvertir debe ser necesariamente en nuevas acciones de Bankia. Por encima de la autonomía de la voluntad y en una situación de insolvencia de la entidad financiera se impone la Ley 9/2012 que exige a los accionistas y acreedores la obligación de sufragar los gastos de la reestructuración o resolución, antes que los contribuyentes, en virtud de un principio evidente de responsabilidad y de asunción de riesgos, art. 4.1.a) de la Ley." (fundamento de derecho octavo)

De nuevo hay que confirmar el criterio de la Sala de instancia. La parte recurrente parece entender que los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada a los que se refiere el artículo 44.1 de la Ley deben asumir pérdidas según su orden de prelación de forma completa, esto es, hasta el total de su valor. Sin embargo, no es eso lo que establece el precepto, el cual prescribe que los que mejor rango deberán asumir un porcentaje de pérdidas menor que los de peor rango, lo que fue respetado en la decisión impugnada según se señala en el fundamento reproducido. La expresión utilizada por el legislador ("no se podrán imputar proporcionalmente más pérdidas a los titulares de valores que tengan mejor rango que otros") excluye la interpretación propuesta de que no se puedan imputar pérdidas a los de mejor rango mientras haya valores de peor condición sin agotar, como sostienen los recurrentes, sino que todos ellos pueden sufrir quitas, aunque siempre en una proporción decreciente según el mejor rango de los mismos." (fundamento de derecho tercero)

Como puede comprobarse, la sentencia da una respuesta expresa a la alegación relativa a la ordenación o prelación de los distintos créditos, que es rechazada con el razonamiento de que la regulación legal no exige agotar los créditos anteriores antes de pasar a los siguientes, sino que todos ellos pueden sufrir quitas de forma proporcionada. La respuesta ofrecida, ratificando el criterio que ya había sostenido la sentencia de



instancia, ya de por sí supone que no ha existido la incongruencia omisiva que denuncia la parte. La razón denegatoria podrá parecer a la parte insatisfactoria o, incluso errónea, pero da cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva que, según reiterada jurisprudencia constitucional y de este Tribunal, se satisface con una respuesta motivada y fundada en derecho que no sea irrazonable o arbitraria. No procede por tanto declarar la nulidad de actuaciones solicitada.

Se imponen las costas a la parte promotora del incidente, hasta un máximo de 600 euros por todos los conceptos legales por cada una de las partes que se han opuesto al mismo, más el IVA que corresponda en cada caso.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el incidente de nulidad de la sentencia de 5 de julio de 2018 dictada en el recurso de casación 3062/2016 promovido por D. Agapito, D. Socorro, D. Candido, D.ª Amalia, D. Eulalio y Benicull Solar, S.L. Se imponen las costas del incidente a la promotora del mismo conforme a lo expresado en el razonamiento jurídico único *in fine*.

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