

Acciones de nulidad contra Banco Santander por la OPV de Banco Popular: están amortizadas por el instrumento de reestructuración de la JUR/FROB

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La lectura del enorme material normativo y administrativo sobre la reestructuración bancaria, y en especial la del Banco Popular no llevan a una conclusión evidente sobre la suerte de las acciones de nulidad por error de los inversores en BP. Pero es precio construir una solución racional

I. El supuesto

Voy a glosar, y luego comentar en mínima parte, la importantísima, y muy notable SAP Asturias (secc. 6ª) 44/2020, de 11 febrero, relativa a la medida de resolución del Banco Popular, su venta al Banco Santander, y la suerte de quienes acudieron a la OPV (2016) de acciones en aumento de capital de la primera entidad. Después de recibir decisión de la JUR (Junta Única de Resolución Europea, Reglamento UE 59/2014) de 7 junio 2017, por la que se adopta el dispositivo de resolución sobre el Banco Popular en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 29 del Reglamento UE 806/2014, el FROB (Resolución 7 junio 2017, BOE 30 junio) redujo a cero el capital social del Banco, amortizando con ello los instrumentos de capital conforme al art. 35 Ley 11/2015 y aprobando aumentos de capital sin participación de los antiguos accionistas. Las acciones de la entidad, resultantes de la recapitalización resuelta por el FROB, fueron vendidas a Banco Santander por 1 euro, que, según la resolución de la JUR, sería “*free and clear of any rights and liens of any third party*” (apartado 6.5). Finalmente, la entidad resuelta fue absorbida por el Banco adquirente.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

La acción de nulidad por error o dolo tiene un atractivo particular para los litigadores, porque no prescribirá hasta el 7 junio 2021, mientras que la acción de responsabilidad por deficiencias informativas del folleto (art. 38 y 124 LMV) ya se encuentra para todos los supuestos prescrita en este momento. Según la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda, “el folleto y nota resumen del aumento de capital redactados por el Banco Popular con motivo de la emisión de nuevas acciones realizadas el 26 marzo 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”. Después de larga y razonada argumentación, la Sala de apelación de Asturias estimará el recurso del Banco Santander, revocando la declaración de nulidad del contrato por causa de error, ejercitada por la persona física demandante.

II. La argumentación de la SAP

La sentencia es larga y densa. Intentaré compilar los argumentos de su decisión desestimatoria de la nulidad.

1. No pueden prevalecer principios de intangibilidad del capital social, ni de firmeza de las operaciones comerciales realizadas en mercados primarios o secundarios de valores, ni la prohibición de devolver aportaciones a los socios. A propósito de Bankia, la STS 27 junio 2019 aclaró que ninguno de estos principios está por encima del régimen contractual de los vicios de consentimiento y que el Derecho contractual es prevalente en este punto al Derecho de sociedades y de los mercados de valores.
2. El Pleno de esta Audiencia se pronunció anteriormente en el sentido de que las medidas de la Ley 11/2015 entraban en conflicto irresoluble con la acción de responsabilidad del emisor del folleto prevista en la LMV para las adquisiciones realizadas en el mercado secundario, de forma que el accionista que se considerase perjudicado tenía que remitirse a los recursos correspondientes contra la decisión de la JUR.
3. 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 de nulidad sería viable en el marco de un proceso de insolvencia ordinario en tanto no se hubiera cerrado definitivamente la lista de acreedores, de modo que surge 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.
4. La Audiencia entiende que 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.

5. 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.
6. El artículo 64 de la Directiva 59/2014 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 art. 1301 CC, que también es viable en el marco del procedimiento concursal ordinario en tanto no se cierre definitivamente la lista de acreedores.
7. Con todo, 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 59/2014, 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.
8. 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 *rebase 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.*

9. En la normativa española de implementación de la Directiva, el art. 37 de la Ley 11/2015 sanciona que frente al titular del pasivo afectado (que pueden ser instrumentos de capital o créditos de terceros no garantizados ni de otra forma excluibles de la resolución, art. 42 de la Ley) “no subsistirá obligación alguna respecto del importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de una obligación ya devengada o de una obligación resultantes de los daños y perjuicios surgidos como consecuencia de la sentencia” que resuelva el recurso (positivamente) contra el ejercicio administrativo de la medida de resolución. Finalmente, “no se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados”, con la excepción de lo dispuesto en el art. 39.3, que no viene al caso.
10. Según la sentencia, resulta de ello que no se pueden aplicar las reglas propias del proceso concursal ordinario, que permitirían el ejercicio de acciones de nulidad, siquiera durante un tiempo determinado. Y en tanto la jurisdicción contencioso administrativa no anule la medida de reestructuración, deben entenderse amortizadas definitivamente las acciones de capital ordinario del Banco Popular, *“antes de que el actor interpusiera la demanda que nos ocupa”*.
11. La jurisprudencia del TS ha resuelto repetidamente que el canje obligatorio de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas emitidas por entidad intervenida por el FROB, y su posterior venta al FGD, no priva al inversor de su condición de legitimado activo para las acciones de nulidad (sentencias del TS 448/2017, de 13 de julio (RJ 2017, 3961); 580/2017, de 25 de octubre (RJ 2017, 4684); 670/2017, de 14 de diciembre (RJ 2017, 5440); 51/2018, de 31 de enero; o 139/2018, de 7 de marzo). *No obstante, en el asunto que nos ocupa se presenta la doble particularidad de que los títulos han sido amortizados, de manera que la cosa debe entenderse definitivamente perdida mientras estaban en poder de los demandantes y que no existe equivalente que éstos puedan restituir al Banco, porque al tiempo de interposición de la demanda ya era el Banco Santander propietario de la totalidad del capital*. Sería de aplicación, por tanto, el art. 1308 CC [mejor, el art. 1314].
12. La posición del Banco Santander consecuencia de la “venta del negocio” de la entidad (resuelta), a que se refiere el art. 25.1 a) Ley 11/2015 no es la de un sucesor en el pasivo como sería el caso ordinario de fusión por absorción. La “venta” del Banco Popular 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 LCon, 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*. Lo mismo ocurre con la transmisión en liquidación de la empresa concursada, porque el efecto de “sucesión

de empresa” sólo se produce a efectos laborales y de Seguridad Social (art. 149.4 LCon). Hoy, arts. 221, 222 y 224 TR LCon.

13. Finalmente, respecto de la acción de responsabilidad por inexactitudes del folleto de emisión, 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; en consecuencia 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, máxime cuando esta última se enlaza con actos anteriores realizados por el Banco Popular y no con el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Banco de Santander tras la adquisición de dicha entidad.

III. Comentario

1. La SAP Asturias merecería un largo comentario que no puedo acometer en esta nota. En particular, no haré ninguna observación a las tesis relativas a la procedencia de la acción de nulidad en el concurso, a la traslación de la solución concursal de los arts (antiguos) 146 *bis* y 149.4 LCon a la reestructuración especial bancaria [aunque reconozco que éste es el *quid* de la cuestión], ni a la aplicación del art. 1314 CC para negar legitimación a efectos de la nulidad a los titulares de acciones amortizadas por la decisión JUR-FROB antes del ejercicio de la acción. Tampoco voy a referirme a ciertas extrañas interpretaciones que hace la sentencia de la Directiva 59/2014.
2. Solamente voy a reparar en un punto, que la sentencia elude. En rigor, los derechos que como *accionista* corresponden al actor han sido eliminados, y no pueden hacerse valer contra el FROB ni contra el Banco de Santander. Procede entonces recordar que los arts. 25.8 y 37.2 b) de la Ley expropian a los accionistas de cualquier pretensión de recobro o indemnización contra el banco adquirente, que no puede suceder universalmente en obligaciones que nacen de títulos que han sido amortizados para que sus titulares absorban las pérdidas de la compañía, que no podrán trasladar al Banco de Santander.
3. Pero el actor no reclama como titular de un instrumento de capital (amortizado o no) sino como comprador de acciones en la OPV del Banco Popular. La legitimación procede de la posición contractual antigua y de la tenencia en el presente de los correspondientes títulos, para poderlos devolver conforme al art. 1303. El actor de nuestro pleito es un *acreedor contingente de restitución*. Aunque la terminología de la JUR y del FROB es a veces confusa, un examen de conjunto pone en claro que los acreedores ordinarios no garantizados, que podrían también absorber pérdidas conforme el art. 4. b) de la Ley 11/2015, no han sido

finalmente destinatarios de la decisión de resolución. La cuestión tiene otras derivadas, como cuando la JUR repite, en su documento final del 18 marzo 2020, que finalmente los acreedores (como los accionistas) no han sido tratados peor en esta reestructuración de autoridad que el trato que hubieran merecido (cfr. art. 4.1 a) y d) Ley 11/2015). ¿Cómo lo podemos saber respecto de los acreedores ordinarios, si ellos *no han sido tratados de ninguna manera por la decisión de resolución del Banco Popular*? Pero vamos a dejar también fuera este extremo, porque, o poco sé yo de esa compleja ciencia, o las decisiones JUR/FROB sufren de carencias graves de derecho.

4. Tanto el Reglamento 806/2014 UE como la Ley 11/2015 merecen en este particular un análisis más detallado de lo que ahora expongo, que se remite a ser una afirmación extraída del estudio de la normativa correspondiente. Sostengo que no existe ninguna previsión ni siquiera aproximativa sobre la posición de los titulares de créditos de restitución contingentes como consecuencia de acciones de nulidad. El art. 66 de la Ley 11/2015 no se refiere a ellos. Y, a pesar de la Audiencia, los arts. 64, 69, 70 y 71 de la Directiva 59/2014 no tienen conexión con el presente problema. Más aún, estos créditos contingentes restitutorios no han sido incluidos en la valoración a que se refiere el art. 20 del Reglamento. No están en *lista de acreedores*. De haber estado en la lista, quizá el FROB hubiera extendido también a éstos la absorción de pérdidas. De haber estado en la lista, el Banco de Santander hubiera tenido que recalcular el aumento de capital posterior a la adquisición.
5. En mi opinión, y con ello concluyo la presente nota, dejando otras muchas cosas en el tintero, las acciones anulatorias/restitutorias, que invisten a los compradores de la condición de acreedores contingentes de restitución, es una posición no tutelada por el mecanismo de resolución, como se demuestra en la comparación con los créditos eventuales nacidos de una resolución. En otras palabras, no existe una condición de acreedor contingente de restitución por nulidad en el rango de los sujetos afectados por la resolución. Su legitimación procede de la tenencia dominical del título accionario. Incluso su legitimación para la nulidad procede del nicho de su condición de titular de instrumento de capital. Tiene razón la AP Asturias: esta posición no sirve para conceder legitimación activa cuando el sustento de la misma había sido amortizado en la reestructuración. Y aquí viene la reflexión oportuna sobre las condiciones de restitución. El art. 1314 CC (no el art. 1308, como señala la Audiencia) exige que el actor de nulidad *conserv*e la posición de *accionista en el momento de la acción*. Si esta posibilidad ha sido eliminada por la actuación JUR/FROB, concluiremos razonablemente si defendemos que su legitimación para la nulidad es derivada de su condición de accionista, no (sólo) de comprador.
6. Hay en este punto una diferencia esencial entre nulidad y resolución. La resolución la ejerce el acreedor como acreedor, quizá con la pretensión de dejar de serlo. En el momento de la acción, acaso es afectado por la paralización de remedios que impone el art. 66 de la Ley española, pero no se encuentra en el perímetro de la absorción de pérdidas, porque entonces, simplemente, su crédito habría sido amortizado. El actor de nulidad quiere

G A _ P

abandonar la condición de accionista afectado por la absorción para devenir un acreedor no subordinado con derecho a subrogar al Banco de Santander en el pasivo. Y eso es lo que no puede hacer. Bajo la apariencia de instar la nulidad como acreedor, lo hace como accionista, para escapar de la absorción de pérdidas y subrogar en la deuda al Banco adquirente. Y si lo hiciera como comprador, este crédito contingente de restitución no puede haberse incluido en la condición de pasivo, porque no habrá podido ser valorado, lo que hace que, también por esto, el crédito esté fuera de la resolución y fuera de la subrogación del adquirente.