



Roj: **STS 2285/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2285**

Id Cendoj: **28079130032018100258**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/06/2018**

Nº de Recurso: **60/2017**

Nº de Resolución: **1027/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.027/2018

Fecha de sentencia: 18/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 60/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

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

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

Transcrito por: MDC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 60/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1027/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech



D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 18 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 60/2017, interpuesto por Plataforma de Afectados del Banco de Valencia, representada por el procurador de los tribunales D. Ludovico Moreno Martín-Rico, con la asistencia letrada de D^a. Begoña Salcedo Alargada, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de junio de 2016, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 89/2013, a instancia de la anterior parte, contra resolución de 21 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo organismo de fecha 26 de diciembre de 2012, por la cual se acordó realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Plan de Resolución de la entidad Banco de Valencia, S.A.; ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado y la entidad Caixabank, S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Miguel Ángel Montero Reiter, con la asistencia letrada de D^a. María Rosa Sanz Cerezo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 89/2013 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 16 de junio de 2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a África Martín-Rico Sanz actuando en nombre y representación de la PLATAFORMA DE AFECTADOS DEL BANCO DE VALENCIA contra la resolución de 21 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo organismo de fecha 26 de diciembre de 2012, por la cual se acordó realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Plan de Resolución de la entidad Banco de Valencia, S.A., debemos declarar y declaramos que dicha resolución es ajustada a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- El procurador de los tribunales D. Ludovico Moreno Martín-Rico, en representación de la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia, presentó con fecha 8 de julio de 2016 escrito de preparación del recurso de casación.

La Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó por diligencia de ordenación fecha 16 de enero de 2017 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala.

TERCERO.- La parte recurrente, presentó con fecha 3 de marzo de 2017 escrito de formalización e interposición del recurso de casación -cuyos motivos se reseñarán más adelante-, en el que solicitó dicte en su día sentencia por la que, con estimación de este recurso y casación de la sentencia recurrida, estime las pretensiones interesadas en nuestro escrito de demanda.

CUARTO.- La Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado y el procurador de los tribunales D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de la entidad Caixabank, S.A., comparecieron y se personaron como partes recurridas.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 3 de mayo de 2017, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Tercera de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, al Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, parte recurrida, presentó en fecha 31 de mayo de 2017 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala tenga por formulada oposición frente al recurso para, continuar su tramitación y resolverlo mediante sentencia que lo desestime, con costas.



SÉPTIMO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación de Caixabank, S.A., parte recurrida, presentó en fecha 26 de junio de 2017 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando íntegramente y en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida.

OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 29 de mayo de 2018, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia y la cuestión litigiosa.

A) La resolución administrativa.

En la instancia la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia impugnó la resolución de 21 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo organismo de fecha 26 de diciembre de 2012 (BOE de 27 de diciembre de 2012), por la cual se acordó realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Plan de Resolución de la entidad Banco de Valencia, S.A., aprobada el 27 de noviembre de 2012.

B) La sentencia de instancia: aspectos esenciales.

La sentencia de fecha 16 de junio de 2016 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestima el recurso núm. 89/2013, interpuesto por la reseñada Plataforma de Afectados del Banco de Valencia contra aquella resolución, lo desestimó, con apoyo en la minuciosa fundamentación a la que haremos luego mención.

Debe advertirse que, en buena medida, se apoya en otra sentencia de la misma Sala y Sección de 21 de abril de 2016 -recurso núm. 318/2013- en la que se enjuició, a instancia de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE), la resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria de 7 de junio de 2013 por la que se acordaba implementar acciones de gestión de híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del plan de resolución de Catalunya Bank, S.A. y que es firme.

En síntesis, anticipamos ahora los aspectos más relevantes de la sentencia recurrida, sin perjuicio de recogerlos luego con más detalle.

1) Así, en cuanto a la falta de competencia del FROB para adoptar los acuerdos aprobados, la sentencia comparte la justificación de la resolución recurrida en cuanto a la utilización de las potestades que al FROB confieren los artículos 63.c) y 64 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

2) Sobre la decisión de aprobar el balance cerrado a 31 de octubre de 2012, se adoptó en ejercicio de las facultades mercantiles que al FROB reconoce el artículo 63 de la citada Ley 9/2012. Añade que la asunción por el FROB de las facultades que le atribuye la Ley encuentran justificación en la situación excepcional a la que atiende su intervención, lo que lleva a excluir la vulneración de los artículos 176 y 253 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 (LSC).

3) Por otra parte, la falta de informe de los administradores provisionales, no puede arrastrar la ineficacia de los acuerdos de reducción y ampliación de capital, que se han dictado en ejecución del plan de resolución de la entidad aprobado por el FROB, el Banco de España y la Comisión Europea en los términos exigidos por la Ley 9/2012; el certificado del Banco de España sobre valoración de las aportaciones no dinerarias no lo prevé norma alguna.

4) Es cierto que no existe resolución administrativa que califique al Banco de Valencia como banco puente, pero no es necesaria tal calificación a la vista del artículo 27 de la Ley 9/2012.

5) Finalmente, razona que lo que cualifica la situación en la que se adoptan las decisiones recurridas y la hace del todo distinta a la que se refiere la Directiva 2012/30/UE y la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 1996 es precisamente, la insolvencia o inviabilidad de la entidad bancaria, que obligan a colocarla bajo un régimen particular, que sustituye al concursal en cuanto requiere de la tutela administrativa a fin de garantizar no solo los intereses de los acreedores, sino también la estabilidad del sistema financiero.

C) Los antecedentes de la resolución.



Sobre los hechos que procedieron al acuerdo impugnado y de los que éste trae causa (BOE de 27 de diciembre de 2012):

«Primero. La Comisión Rectora del FROB, en sesión celebrada el día 27 de noviembre de 2012, aprobó el Plan de Resolución de la entidad Banco de Valencia, S. A., y su remisión al Banco de España, que procedió a su aprobación en idéntica fecha. La Comisión Europea aprobó el Plan el 28 de noviembre de 2012.

Segundo. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5 y 64.a) de la Ley 9/2012, de 15 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y siendo la entidad Banco de Valencia, S.A., receptora de un apoyo financiero público en los términos previstos en el referido Plan de Resolución, se procedió a la elaboración del Informe de Valoración Económica de la misma que fue aprobado por la Comisión Rectora del FROB en fecha 14 de diciembre de 2012.

Esta valoración económica se ha determinado a partir del proceso de due diligence y sobre la base de los informes de valoración emitidos por tres expertos independientes designados por el FROB, de acuerdo con los procedimientos y metodologías comúnmente aceptadas que la Comisión Rectora estableció en su reunión de 10 de octubre de 2012.

Del mencionado procedimiento, y de conformidad con la norma cuarta de los criterios y condiciones a los que debe ajustarse la actuación del FROB en los procesos de reforzamiento de los recursos propios de entidades de crédito aprobados por la Comisión Rectora en su reunión del 30 de julio de 2012, el resultado es un valor negativo de 2.244,5 millones de euros (-2.244.500.000 euros).

Paralelamente, y a efectos de lo dispuesto en el apartado 2.b) del artículo 44 de la Ley 9/2012, se estimó el valor liquidativo de la entidad, por los mismos tres valoradores, resultando un valor negativo de 6.340,5 millones de euros (-6.340.500.000 euros).

Tercero. De conformidad con el artículo 28.1 de la Ley 9/2012, se ha elaborado y elevado -con fecha 19 de diciembre de 2012- a los Ministerios de Economía y Competitividad y de Hacienda y Administraciones Públicas, la Memoria Económica sobre el impacto financiero de los apoyos financieros previstos en el Plan de Reestructuración sobre los fondos aportados al FROB con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, a los efectos de la posible oposición del último de los Departamentos Ministeriales citados en el plazo de 5 días hábiles. Este plazo vence en la fecha de adopción del presente acuerdo, quedando condicionada su ejecución a su no oposición.

Cuarto. Con fecha 26 de diciembre de 2012, la Intervención General de la Administración del Estado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley 9/2012, ha emitido informe relativo al cumplimiento de las reglas de procedimiento aplicables para la determinación del precio de las nuevas acciones que habrá de suscribirse y desembolsarse por el FROB para llevar a cabo la recapitalización de la entidad.

Quinto. El Plan de Resolución de Banco de Valencia, S. A., contempla, como mecanismo para su ejecución, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 9/2012, la transmisión de la totalidad de las acciones de Banco de Valencia, S. A., de titularidad del FROB a la entidad CaixaBank, S. A. (CaixaBank), previsto que se materializó en el contrato de compraventa suscrito en fecha 27 de noviembre de 2012, tras un proceso competitivo con participación de diferentes entidades en el que se valoraron las diferentes alternativas y costes de los escenarios derivados de las mismas.

El contrato de compraventa suscrito se encuentra sometido a diversas condiciones suspensivas, como son entre otras, la inyección de capital por 4.500 millones de euros, las acciones de gestión de híbridos, la aportación o traspaso de activos a la Sociedad de Gestión de Activos o la obtención de las autorizaciones y no oposiciones por parte de las autoridades competentes.

Como ya se ha indicado, tanto el contrato de compraventa como el Plan de Resolución prevén una inyección de capital por parte del FROB por importe de 4.500 millones de euros, a realizar mediante la aportación no dineraria de valores emitidos por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (European Stability Mechanism -ESM-) en base a la solicitud de fondos efectuada por el Reino de España en fecha 3 de diciembre de 2012 de acuerdo con las previsiones contempladas en el «Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera» (MoU), hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y publicado en el «BOE» de 10 de diciembre de 2012, en el contexto de la obtención por el Reino de España de una línea de crédito del Mecanismo Europeo de Estabilidad por un máximo de hasta 100.000 millones de euros destinada a las necesidades de recapitalización del sector financiero.

Este apoyo financiero tendrá lugar mediante la suscripción de acciones ordinarias de Banco de Valencia, S. A., lo que, en aplicación del artículo 31.1 de la Ley 9/2012, exige llevar a cabo las medidas necesarias



para que la participaci#n accionarial del FROB se ajuste al valor econo#mico de la entidad resultante del ya descrito proceso de valoracio#n.

Sexto. La aprobacio#n del Plan de Resolucio#n por el Banco de Espan~a, con la previsio#n de una recapitalizacio#n de Banco de Valencia previa a su venta, supone la consideracio#n de la Entidad como banco puente, siendo susceptible por ello de acuerdo con el arti#culo 27 de la Ley 9/2012 de recibir apoyos financieros, y exige la desinversio#n por medio de un procedimiento competitivo, transparente y no discriminatorio, tomando en consideracio#n, la eficacia en la aplicacio#n del instrumento de resolucio#n y con el objetivo de maximizar el precio de venta, evitando el deterioro de la entidad y minimizando el uso de recursos pu#blicos, siendo el procedimiento seguido y el contrato de venta de las acciones de la entidad titularidad del FROB a Caixabank, plenamente respetuoso con las exigencias que se recogen en el arti#culo 26.6 de la Ley 9/2012, en concordancia con los objetivos y fines de la resolucio#n explicitados en los arti#culos 3 y 4 del texto legal».

D) Los razonamientos fundamentales de la sentencia recurrida.

Y, a continuaci#n, se rese#an los fundamentos de derechos tercero y cuarto de la sentencia, que responden pormenorizadamente a los motivos de impugnaci#n de la recurrente.

«TERCERO.- En relaci#n a la falta de competencia del FROB para adoptar los acuerdos aprobados en la resoluci#n de 26 de diciembre de 2012, relativos a la aprobaci#n del balance cerrado a 31 de octubre de 2012, as# como la reducci#n y ampliaci#n de capital, competencia que la recurrente atribuye en exclusiva a la Junta General de Accionistas del Banco de Valencia por aplicaci#n lo establecido en el art#culo 160 de la 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, ha de decirse que la misma resoluci#n recurrida justifica de manera expresa la utilizaci#n de las potestades que al FROB confieren los art#culos 64 y 63.c) de la Ley 9/2012 .

En efecto, aborda esta cuesti#n en su fundamento de derecho tercero en el que advierte que las medidas de reducci#n y ampliaci#n de capital son adoptadas en ejercicio de sus facultades administrativas al amparo de lo prevenido en el art#culo 64.d) de la Ley 9/2012 ; y justifica el ejercicio de tales potestades precisamente en raz#n a la urgencia que deriva de la necesidad de que la entidad estuviera capitalizada a 31 de diciembre de 2012 como parte esencial de los compromisos asumidos por virtud del «Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Pol#tica Sectorial Financiera» (MoU), suscrito por el Reino de Espa#a con fecha 23 de julio de 2012, y del Acuerdo de asistencia financiera; as# como condici#n para la culminaci#n de la venta a Caixabank "... garantizando as# el cierre del proceso de resoluci#n aplicando el instrumento «lo m#s r#pido posible» como exige el art#culo 26.6.d) de la Ley 9/2012 " .

Compartimos plenamente esta justificaci#n, y basta la mera lectura de precepto invocado para constatar que, entre las facultades administrativas del FROB, se encuentra la de acordar la reducci#n y ampliaci#n de capital, lo que necesariamente excluye la intervenci#n de los #rganos sociales a quienes la Ley de Sociedades de Capital atribuyen en principio tal competencia -conforme al invocado art#culo 160 , la Junta General de Accionistas-

La asunci#n de esa competencia encuentra adem#s motivo suficiente en la indiscutible urgencia de la capitalizaci#n de la entidad y de la aplicaci#n misma del instrumento de resoluci#n, que hab#a de verificarse de la manera m#s r#pida posible como requiere el art#culo 26.6.2 de la Ley 9/2012 .

En cuanto a la decisi#n de aprobar el balance cerrado a 31 de octubre de 2012, y como resolvimos en auto de 19 de junio de 2015, confirmado por otro de 5 de noviembre siguiente, se adopt# en el ejercicio de las facultades mercantiles que al FROB reconoce el art#culo 63 de la Ley 9/2012 , y ha de quedar fuera del objeto de este litigio. T#ngase en cuenta, adem#s, que en el escrito de interposici#n del recurso contencioso-administrativo con el que se inici# el proceso el acto recurrido se identifica, literalmente, como "*la desestimaci#n por silencio administrativo del recurso de Reposici#n interpuesto en fecha 28/01/2013 contra la resoluci#n de 26 de diciembre de 2012 (...) de la Comisi#n rectora del Fondo de Reestructuraci#n Ordenada Bancaria por la que se acuerda realizar las operaciones de reducci#n y aumento de capital con exclusi#n del derecho de suscripci#n preferente en ejecuci#n del plan de Resoluci#n de la Entidad Banco de Valencia, SA aprobado el 27 de noviembre de 2012*", limitando de este modo la decisi#n susceptible de ser enjuiciada aqu# precisamente a esos acuerdos de reducci#n y ampliaci#n de capital.

La intervenci#n del FROB, y la asunci#n por este #rgano de las facultades que le atribuye la Ley, encuentran, en definitiva, justificaci#n en la situaci#n excepcional a la que atiende su intervenci#n, que necesariamente excepciona el r#gimen normal de actuaci#n de los #rganos societarios. Como se pone de manifiesto ya en la exposici#n de Motivos de la Ley 9/2012 al referirse al cap#tulo VIII, donde establece el r#gimen jur#dico del FROB, "*Este cap#tulo contiene igualmente una referencia a las facultades del FROB en los procesos de resoluci#n,*



que pueden tener carácter mercantil o administrativo; y se hace una referencia al carácter ejecutivo de las medidas de resolución, que no necesitarán el consentimiento de la junta o asamblea general, o de los accionistas, para su aplicación. El interés público presente en los procesos de reestructuración y resolución, que busca salvaguardar la estabilidad del sistema financiero, justifica la ejecutividad de estas medidas de resolución".

Estas razones han de llevar a excluir también la pretendida vulneración de los artículos 176 y 253 de la Ley de Sociedades de Capital, el primero sobre "Plazo previo de la convocatoria" de los accionistas, y el segundo sobre la obligación de los administradores de la sociedad de formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación o, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados.

Baste decir, por último, y en relación a las irregularidades que denuncia la entidad actora por no existir " *diligencia de apertura e inicio del expediente administrativo, ni acto de incoación del mismo o cualquier tipo de resolución motivada que diera motivo al inicio del expediente*", y faltar, se afirma, " *cualquier otro antecedente administrativo que justifique el por qué de la aprobación de la resolución recurrida*", que en la propia resolución se explicitan las razones determinantes de las medidas que adopta. Así, pone de manifiesto lo siguiente: " *De conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, de la Ley 9/2012, siendo Banco de Valencia, S. A., una entidad sometida a un proceso de reestructuración con intervención del FROB de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, la entrada en vigor de la Ley 9/2012 supuso la consideración de Banco de Valencia, S. A., como entidad sujeta a un proceso de resolución a los efectos de la aplicación de la nueva normativa. Dicha calificación resulta coherente con la situación de la entidad puesta de manifiesto tanto en el Plan de Resolución aprobado por el Banco de España y por las autoridades europeas en noviembre de 2012, como en el informe de valoración económica aprobado por la Comisión Rectora del FROB el día 14 de diciembre, pues ambos documentos revelan que concurren en la entidad los presupuestos fácticos que determinan su calificación como entidad inviable, en los términos de los artículos 19 y 20 de la Ley 9/2012. Asimismo, el Plan de Resolución de Banco de Valencia, S. A., y el Informe de Valoración que se incorpora a éste de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2.d) de la Ley 9/2012, justifican la necesidad de acometer la resolución de la entidad para garantizar los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 9/2012, por cuanto la disolución y liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal no permitirían razonablemente alcanzar dichos objetivos en la misma medida. A las consideraciones anteriores debe añadirse la relativa a la urgencia en acometer la adopción de las decisiones que implementen las medidas necesarias para llevar a cabo la resolución de la entidad, derivada de la exigencia de que las entidades del Grupo 1, entre las que se encuentra Banco de Valencia, S. A., se encuentren capitalizadas a 31 de diciembre de 2012, para dar cumplimiento a los términos del MoU*".

Hay una explícita referencia a los antecedentes que avalan la decisión adoptada y que arrancan de la calificación de la entidad como inviable, lo que desencadenó, en estricta aplicación de las previsiones legales, que se adoptaran las medidas correspondientes contempladas en la Ley, entre ellas las de reducción y ampliación de capital que aquí se cuestionan.

Además, supone la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia que los acuerdos recurridos vulneran los artículos 33 y 38 de la Constitución al haberse producido una expropiación, sin indemnización, de los derechos de los accionistas. Y, en relación con todo ello, solicita de la Sala que plantee cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley 9/2012.

También debe ser rechazada esta alegación.

En primer lugar, ha de notarse la falta de toda concreción en cuanto a los preceptos de la Ley 9/2012 respecto de los cuales se hace el reproche de inconstitucionalidad que se dirige, *in genere*, frente a esta norma.

Por otra parte, resultan del todo trasladables aquí los razonamientos que refleja la sentencia de esta Sección de 21 de abril de 2016, recurso núm. 318/2013, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

"Denuncia la parte recurrente el carácter expropiatorio de la actuación administrativa impugnada. En particular, consideran que se les ha expropiado su producto bancario, por otro de valor inferior sin su consentimiento, sin declaración de utilidad pública ni abono de justiprecio.

No podemos aceptar éste planteamiento. La actuación administrativa se ha producido al amparo de la Ley 9/2012 y no existe analogía alguna entre una expropiación forzosa y las medidas aplicadas previstas en dicha Ley y en ejecución del Plan de resolución, aprobado por el Banco de España y la Comisión Europea.

Las medidas consistentes en la recompra por el FROB de los títulos correspondientes a las participaciones preferentes y deuda subordinada de Catalunya Bank con la obligación por parte de los inversores de asumir el precio fijado por terceros contratados por el FROB y la posterior obligación de reinvertir el precio obtenido por la compraventa en la adquisición de acciones de la entidad financiera no supone la expropiación de sus títulos.



Tales medidas son el resultado de los poderes exorbitantes, es evidente que lo son, que la Ley 9/2012 concede al FROB pero no constituyen una expropiación al no suponer la ablación de derecho alguno pues no se ha privado a los recurrentes de la propiedad de sus títulos o derechos de crédito. Debe recordarse que las SSTC 112/2006, de 5 de abril y 227/1988, de 29 de noviembre, se han pronunciado sobre las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo y modificativa de la situación normativa anterior, afirmando que resulta necesario "para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente".

En ningún modo el FROB ha expropiado derecho alguno limitándose a fijar el valor de la entidad y de los títulos de sus acreedores a efectos de su reestructuración ordenada, tras diversas inyecciones de capital público. Así, previamente a la aprobación del Plan de Resolución, el FROB ya había efectuado dos inyecciones de capital público y finalmente, el FROB, como accionista único de Caixabanc, absorbió pérdidas por la totalidad de su participación en el capital de CX, por un importe de mil doscientos cincuenta millones de euros (1.250.000.000 €).

La aportación de capital público y la valoración de la entidad, que, recordemos, no ha sido cuestionada por la parte demandante, da lugar a una modulación de los derechos de crédito de la recurrente en virtud del principio de que los acreedores deben soportar las pérdidas de la entidad, art. 4 de la Ley 9/2012, en la medida en que han sido cuantificadas en las valoraciones indicadas en la resolución.

No hay desplazamiento patrimonial de derechos o títulos a favor del FROB, característico en toda expropiación, sino una concreción de su valor actual, teniendo en cuenta la situación patrimonial de la entidad y la normativa comunitaria que regula las ayudas de Estado, valor que le es abonado a los titulares de aquellos y, posteriormente, como consecuencia de las obligaciones asumidas por España, transformado en acciones de la entidad de un importe equivalente al percibido.

No estamos, en definitiva, ante una expropiación forzosa sino ante una situación de insolvencia de una entidad de crédito a la que responde la Ley 9/2012 con una serie de poderes exorbitantes que atribuye al FROB a partir de los presupuestos que contempla la propia ley, en éste caso, en ejecución de un Plan de resolución de la entidad, aprobado por el Banco de España y la Unión Europea que se imponen coactivamente a los acreedores y accionistas porque estos deben responder de las pérdidas como lo harían en cualquier procedimiento concursal. Más allá del carácter coactivo de las medidas no hay analogía alguna con un procedimiento expropiatorio".

Las medidas entonces acordadas se referían a los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, pero el razonamiento es aplicable aquí y debe conducir a rechazar el pretendido alcance expropiatorio y, con ello, a excluir el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por este motivo.

Por lo demás, la mera cita del artículo 38 de la Constitución, sin otro razonamiento que enlace con los preceptos de la Ley 9/2012 que pudieran percutir en el derecho a la libertad de empresa que reconoce dicha norma, excluye también el planteamiento de cuestión alguna. Y otro tanto sucede con la referencia al artículo 24 de la Constitución, respecto del que se dice que su vulneración se produciría "por la imposibilidad del ciudadano de impugnar las disposiciones de una Ley y, por tanto, se estaría impidiendo en sede judicial de discutir la procedencia de la "expropiación" de estos derechos políticos". Imposibilidad que es en realidad consecuencia del diseño constitucional de los procedimientos de impugnación de normas con rango de Ley ante el Tribunal Constitucional, sin que tampoco en este caso se especifique qué precepto de la Ley 9/2012 pudiera resultar contrario a la tutela judicial efectiva o al derecho a la defensa que garantiza el invocado artículo 24.

Todo lo cual lleva a la Sala a excluir el planteamiento de la pretendida cuestión de inconstitucionalidad.

CUARTO.- La actora agrupa los tres motivos siguientes como "Otros motivos de ilegalidad del acuerdo", y se refiere en concreto a que no existe informe de los administradores provisionales de Banco de Valencia en cumplimiento de los artículos 286 y 300 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con las modificaciones estatutarias que se acuerdan y sobre el contravalor de las aportaciones no dinerarias en la ampliación de capital que ha de suscribir el FROB; no existe certificado emitido por el Banco de España acreditando el valor de las aportaciones no dinerarias que dieron lugar a la ampliación de capital, por lo que los acuerdos recurridos no cuentan con el necesario certificado del Banco de España; y a que no existe una resolución administrativa

que califique al Banco de Valencia como banco puente siendo, no obstante, el fundamento de las medidas de apoyo financiero adoptadas respecto de dicho Banco.

En rigor, ninguno de tales pretendidos defectos puede arrastrar la ineficacia de los acuerdos de reducción y ampliación de capital.

En efecto, con independencia de si se ha incorporado al expediente el informe de los administradores provisionales a que se refieren los artículos 286 y 300 de la Ley de Sociedades de Capital, ello no afecta a la validez de las decisiones ahora controvertidas, que se han dictado en ejecución del plan de resolución de la entidad aprobado por el FROB, el Banco de España y la Comisión Europea en los términos exigidos por la Ley 9/2012. Nuevamente debe insistirse en el carácter excepcional y urgente de este proceso de resolución que justifica el estricto cumplimiento de las normas que lo regulan pero que excluye también la aplicación de las que rigen las sociedades de capital no sometidas al mismo.

Otro tanto puede decirse del hecho de que no conste certificado del Banco de España sobre valoración de las aportaciones no dinerarias, cuya ausencia no puede determinar, por no preverlo así norma alguna, la invalidez de los acuerdos de reducción y ampliación de capital.

Y, en cuanto a que no existe una resolución administrativa que califique al Banco de Valencia como banco puente, es lo cierto que no es necesaria tal calificación a la vista del artículo 27 de la Ley 9/2012, que solo establece que "1. El FROB podrá acordar y ejecutar la transmisión a un banco puente de todo o parte de los activos y pasivos de la entidad. 2. A efectos de lo dispuesto en este artículo se considerará banco puente a una entidad de crédito, incluida en su caso la propia entidad en resolución, participada por el FROB, cuyo objeto sea el desarrollo de todas o parte de las actividades de la entidad en resolución y la gestión de todo o parte de sus activos y pasivos. El banco puente deberá cumplir con las normas de ordenación y disciplina aplicables a las entidades de crédito y estará sometido al mismo régimen de supervisión y sanción...".

Pero en modo alguno requiere de ese acto administrativo de calificación cuya ausencia denuncia la Plataforma actora.

La misma resolución de 26 de diciembre de 2012 pone de manifiesto, en el apartado sexto del relato de hechos, que "La aprobación del Plan de Resolución por el Banco de España, con la previsión de una recapitalización de Banco de Valencia previa a su venta, supone la consideración de la Entidad como banco puente", evidenciando que lo que determina dicha calificación no es un acto formal, sino la situación en que se sitúa la entidad tras la aprobación del plan de resolución».

SEGUNDO.- Los motivos del recurso de casación.

La Plataforma de Afectados del Banco de Valencia, al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA, denuncia en un primer motivo, por un lado, incongruencia *extra petita* al alterar la sentencia los motivos de los demandados para defender la resolución administrativa con infracción de los artículos 33 y 67 LJCA y, por otro lado, por incongruencia omisiva, al no tenerse en cuenta algunos de los argumentos utilizados en la demanda, con infracción de los mismos preceptos.

Y, un segundo motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de la jurisprudencia, infringiendo la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 1996, supuesto idéntico, dice, del que trae causa la presente casación.

TERCERO.- Sobre la incongruencia *extra petita* y omisiva de la sentencia.

A) Sobre el vicio de incongruencia en la doctrina de la Sala.

En reciente sentencia de 23 de noviembre de 2017 -recurso de casación núm. 1814/2015 - recordábamos, sobre el vicio de incongruencia:

<<<En el primer motivo del recurso, la recurrente sostiene que la sentencia incurre en incongruencia omisiva porque deja sin contestar la pretensión de nulidad de la resolución que enjuiciaba, que se había planteado en la demanda por contradecir el criterio seguido por la propia Administración y por vulnerar los principios generales del Derecho que deben regir en toda actuación administrativa, así menciona los principios de enriquecimiento injusto de la Administración, equidad, buena fe y seguridad jurídica.

Como hemos dicho, entre otras en sentencia de 27 de junio de 2016 -recurso de casación núm. 2833/2014 - al examinar el principio de congruencia:

«Como recuerda esta Sala en sentencias de 30 de octubre de 2014 -recurso de casación núm. 421/2014 - y 21 de octubre de 2015 -recurso de casación núm. 268/2014 -, para resolver estos motivos resulta oportuno subrayar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta



a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es precisa una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio). Si se desatiende un aspecto con posible incidencia en el fallo puede darse lugar a una denegación de justicia (STC 24/2010, de 27 de abril , FJ 4).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

A la vista de cuanto queda expuesto, lo cierto es que la sentencia impugnada no ha dejado de abordar las cuestiones suscitadas, por lo que no hay incongruencia».

A la vista de esta jurisprudencia, no es cierto que la sentencia deje imprejujada una pretensión de necesario pronunciamiento autónomo. (...) La sentencia sí se pronuncia sobre su pretensión de declaración de nulidad de la decisión administrativa que se revisaba. Lo que ocurre -apunta el Abogado del Estado- es que lo hace en sentido desestimatorio y contrario a la solicitud del recurrente, que desestima al considerar correcto el criterio administrativo, sin que por otra parte estuviera obligada a "contestar" los argumentos, alegatos y razonamientos que la actora consideró oportuno utilizar en su escrito.

Así, conforme a las sentencias que acabamos de reseñar, no es imprescindible una respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos de la demanda ni a cada una de las cuestiones planteadas.

La razón de decidir de la sentencia recurrida es clara (...).

Por otro lado, también cabe apreciar una respuesta tácita o implícita a las pretensiones y argumentos de la recurrente del conjunto de razonamientos de la sentencia.

Así carece de relevancia la genérica invocación de los principios generales antes mencionados, a la vista de los razonamientos anteriores, a lo que se añade la expresa remisión que hace la sentencia a las relaciones "ad intra" entre las dos Fundaciones participantes en el proyecto.

En definitiva, la sentencia recurrida expone sus razonamientos no sólo para estimar parcialmente el recurso (fundamento de derecho segundo sobre el acto inicial y la inadecuada inadmisión del recurso de reposición) que ahora no interesa, sino sobre la esencial cuestión de fondo planteada, el carácter de responsable solidario del recurrente y la naturaleza de la figura del Coordinador del proyecto de cooperación (fundamentos de derecho quinto y sexto), sin perjuicio de que no responda puntual e individualizada a todos y cada uno de los argumentos de la demandante>>.

B) Sobre la alegación de incongruencia *extra petita*.

Alega la recurrente que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita* con cita de los artículos 33 y 67 de la LJCA , por las siguientes razones: a) respecto de la inexistencia de expediente administrativo, indica que lo que dice la sentencia nada tiene que ver con dicha alegación, ni tampoco se recoge en la contestación de los recurridos; b) en cuanto al reproche de inconstitucionalidad, tras cuestionar la sentencia, señala que los motivos no habían sido alegados por los demandados, y precisan que lo que dijo no era que la Ley 9/2012 fuese inconstitucional, sino que, si se llegase a entender que permite la adopción de determinadas decisiones, infringiría el artículo 33 de la Constitución ; c) sobre la alegación de vulneración del artículo 24 de la Constitución , de nuevo apela a que los argumentos de la sentencia no fueron alegados por los demandados; d) respecto de la ausencia de otros documentos e informes, reitera que los argumentos de la sentencia no fueron alegados de contrario.

En resumen, los recurrentes discrepan de la sentencia por: a) inexistencia de expediente administrativo; b) infracción del artículo 33 de la Constitución ; c) vulneración del artículo 24 de la Constitución ; d) ausencia de documentos e informes. Dicen que se resuelven sin atender a los argumentos esgrimidos por los recurridos.

Lo cierto, sin embargo, es que la sentencia se ha pronunciado sobre los distintos motivos, dando respuesta a los mismos tal como exige el artículo 33.1 y se han resuelto las distintas cuestiones tal como exige el artículo



67.1 de la LJCA . Antes hemos recogido los relevantes fundamentos de derecho tercero y cuarto (más adelante veremos el quinto sobre la invocada jurisprudencia de TJUE). Baste destacar ahora, respecto a los cuatro aspectos mencionados, las siguientes consideraciones:

a) Sobre el expediente, examina la sentencia la cuestión en su fundamento de derecho tercero, señalando que en la propia resolución administrativa constan las razones determinantes de la misma que se transcriben en lo esencial, destacando la situación de hecho del Banco de Valencia, entidad inviable. La sentencia rechaza que sea necesaria la existencia de una diligencia de apertura e inicio del expediente, y por otra parte, en línea con lo alegado por los mismos que se habían referido también a "*...cualquier tipo de resolución motivada que diera motivo al inicio del expediente*", señalando ese hito y sus razones en la resolución impugnada cuyos hechos da la sentencia por probados.

b) Sobre la infracción del artículo 33 de la Constitución , también se resuelve en el fundamento de derecho tercero, donde se cita la reseñada sentencia de 21 de abril de 2016 -recurso núm. 318/2013 - que es firme. Las decisiones de la resolución impugnada no expropián derecho alguno de los recurrentes, porque se trata de una situación de insolvencia de una entidad de crédito a la que responde la Ley 9/2012 con una serie de poderes exorbitantes que atribuye al FROB. Existe por tanto una respuesta negativa a la cuestión planteada por los recurrentes que, como recuerda la sentencia "*...a falta de toda concreción en cuanto a los preceptos de la Ley 9/2012 respecto de los cuales se hace el reproche de inconstitucionalidad que se dirige, in genere, frente a esta norma*".

c) Sobre la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, también se examina en el fundamento de derecho tercero, donde se alude expresamente a este motivo transcribiendo la alegación en que se basa el recurrente que, en esencia, supone la imposibilidad de un ciudadano para controlar la ley, resolviendo la cuestión recordando el diseño constitucional del control de las leyes que no es contrario al derecho de tutela judicial efectiva.

d) Finalmente, la cuestión atinente a otros documentos e informes, se aborda en el fundamento de derecho cuarto, examinando la trascendencia de su ausencia, y señala que no son exigibles por ser de aplicación el régimen especial de la Ley 9/2012, o considera que se trata de una resolución que ejecuta el Plan de Resolución de la entidad aprobado por el FROB, el Banco de España y la Comisión Europea. Sin duda se ha dado una respuesta a dicho "motivo".

Por lo demás, resulta un tanto excesivo achacar incongruencia *extra petita* al hecho de que la sentencia, a juicio de los recurrentes, haya alterado los motivos de los demandados para defender la resolución administrativa.

En definitiva, atendida la doctrina que ha quedado expuesta sobre el vicio de incongruencia, vistos los razonamientos de la Sala *a quo* y conforme expone con acierto el Abogado del Estado, la sentencia resuelve los motivos alegados por la parte recurrente y rechaza que concurra infracción jurídica respecto de los mismos. No se vulneran, pues, los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA sin que exista incongruencia *extra petita*.

C) Sobre la alegación de incongruencia omisiva.

Alegan los recurrentes incongruencia por omisión, basada en que no se han tenido en cuenta sus argumentos respecto de: a) la denuncia sobre la defectuosa formación del expediente; b) la denuncia por usurpación de facultades de la Junta General para decidir sobre las operaciones societarias; c) la denuncia sobre la "casual" coincidencia de los acuerdos adoptados con la exigencia de las ofertas de CaixaBank; d) las alegaciones sobre el balance cerrado a 31 de octubre de 2012; e) la infracción de los artículos 176 y 253 LSC; f) la ilegalidad de la resolución de 26 de diciembre de 2012; g) la falta de resolución declarando al Banco de Valencia como banco puente; h) las Directivas europeas alegando que en conclusiones se indicó que el precepto de la Directiva derogada coincidía con el artículo 25 de la vigente.

La parte ciñe la incongruencia por omisión a que la respuesta dada no le satisface reiterando lo que alegó en la demanda y, en último término, en conclusiones. Lo cierto es que la sentencia ha respondido a todos los motivos planteados, lo que sucede es que no los ha respondido acogiendo exclusivamente las alegaciones hechas por las partes para basar su presunta ilegalidad. Así, como apunta la Abogacía del Estado:

a) Respecto de la formación del expediente la respuesta se encuentra en el fundamento de derecho tercero de la sentencia.

b) Sobre la denuncia por usurpación de facultades de la Junta en el fundamento de derecho tercero se recuerdan las facultades atribuidas legalmente al FROB que excluyen la intervención de los órganos sociales a quienes la LSC atribuye en principio dicha competencia.



- c) Respecto de la denuncia sobre la coincidencia de la oferta de Caixabank, se trata de una valoración de parte sin relevancia jurídica respecto del control de legalidad de la resolución impugnada, fijándose los hechos probados del debate en la sentencia a los que ha de estarse ahora.
- d) Sobre el balance la cuestión se aborda en el mencionado fundamento de derecho tercero, con remisión al auto de 19 de noviembre de 2015 confirmado por el auto de 5 de noviembre siguiente, y cita del artículo 63 de la Ley 9/2012, señalando que queda fuera del objeto de este proceso.
- e) En cuanto a la presunta infracción de los artículos 176 y 253 de la LSC también se descarta en el fundamento de derecho tercero de la sentencia.
- f) Lo mismo sucede con la alegación de ilegalidad de la resolución de 26 de diciembre de 2012.
- g) Sobre la falta de resolución declarando al Banco de Valencia como banco puente, señala la sentencia que no es necesario acto administrativo que otorgue dicha calificación (fundamento de derecho cuarto).
- h) Respecto de las Directivas, la sentencia no solo corrige la cita de la Directiva, sino que aborda la cuestión y rechaza su vulneración como resulta del fundamento de derecho quinto de la sentencia donde examina también la sentencia del TJUE, de 12 de marzo de 1996.

Por lo tanto, de nuevo, examinada la sentencia y conforme detalla la Abogacía del Estado, desde la perspectiva de la reseñada doctrina sobre la congruencia que antes anticipamos, conforme a la cual no es precisa una respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos de la demanda ni a cada una de las cuestiones planteadas, que cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita a las pretensiones y argumentos de la parte recurrente obtenida del conjunto de razonamientos de la sentencia, y no siendo necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia, debemos concluir que se han resuelto las cuestiones planteadas y aparece clara la *ratio decidendi* de la sentencia.

En definitiva, lo cierto es que la sentencia impugnada no ha dejado de abordar las cuestiones suscitadas, por lo que no hay incongruencia. La discrepancia de la parte sobre dicha resolución no constituye vicio de incongruencia por omisión, por lo que este motivo también se desestima.

CUARTO.- Sobre la infracción de la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 1996 (asunto C-441/93, Panagis Pafitis y otros).

Dice la sentencia recurrida sobre esta cuestión:

«QUINTO.- Aduce además la recurrente que, aun en el supuesto de que la Ley 9/2012 avalara la adopción del acuerdo relativo a la modificación de capital a través de un acto administrativo y al margen de la decisión de la Junta General, ello resulta contrario a lo establecido en el artículo 25 de la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros en lo relativo a la constitución de una sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. E igualmente ignora la interpretación que de ese precepto ha hecho el TJUE en sentencia de 12 de marzo de 1996, en la que se concluye que la Directiva citada se opone a una normativa nacional que permita que el aumento de capital de una sociedad anónima bancaria que, debido a su endeudamiento, se encuentre en una situación excepcional, se decida mediante un acto administrativo y sin deliberación de la Junta General. Por ello, se dice en la demanda, "se procede en este momento a plantear por mi representada esta cuestión como cuestión prejudicial para que se tramite como tal por parte de esta Sala en el momento procesal oportuno...". Petición que igualmente recoge en el suplico de la demanda (otrosí quinto).

Frente a esta alegación ha de decirse, en primer lugar, que la Directiva invocada ha sido derogada por la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital; Directiva cuyo artículo 48 dispone que *"Queda derogada la Directiva 77/91/CEE, modificada por los actos indicados en el anexo II, parte A, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional y de aplicación de las Directivas, que figuran en el anexo II, parte B"*.

En segundo término, coincidimos con los argumentos expuestos sobre esta alegación en la resolución de la Comisión Rectora del FROB de 21 de febrero de 2013, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de 26 de diciembre de 2012, recurso en el que se formulaba idéntica alegación.



En particular, considera la Sala que lo que cualifica la situación en la que se adoptan las decisiones recurridas y la hace del todo distinta a la que se refiere la Directiva invocada y la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 1996 es precisamente la insolvencia o inviabilidad de la entidad bancaria, que obligan a colocarla bajo un régimen particular, que sustituye al concursal en cuanto requiere de la tutela administrativa a fin de garantizar no solo los intereses de los acreedores, sino también la estabilidad del sistema financiero y el mínimo coste para los recursos públicos.

Se trata de una posición de partida del todo diferente, que requiere apartarse del ámbito de protección del accionista propio de la LSC para situarse en el de la resolución bancaria que, como dice la resolución de 21 de febrero de 2013, conlleva *"un bloque normativo completo que desplaza por razones de interés público la protección individual a favor de la protección del sistema y de la estabilidad financiera, no olvidando, eso sí, una serie de garantías para accionistas o acreedores a través de Planes de reestructuración y Resolución aprobados, valoraciones económicas, protección o tutela ex post..., que sustituyen a las propias de una entidad mercantil en condiciones de normalidad"*.

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, se ubica en este contexto y alude en su exposición de motivos a las exigencias que han llevado a adoptar un sistema regulatorio especial. Y así declara que *"Todo lo dicho anteriormente se ha manifestado con particular intensidad en la actual crisis financiera, que ha afectado de manera tan relevante a las entidades de crédito, y ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con un marco robusto y eficaz de gestión de crisis bancarias, de manera que los poderes públicos dispongan de los instrumentos adecuados para realizar la reestructuración y la resolución ordenada, en su caso, de las entidades de crédito que atraviesan dificultades. Son numerosas las iniciativas y las actuaciones que en muchos ámbitos se han llevado a cabo en los últimos años, encaminadas precisamente a promover una adaptación de los mecanismos de reestructuración y resolución a las nuevas necesidades detectadas a raíz de la crisis económica. En noviembre de 2011, en el marco del G-20, la Junta de Estabilidad Financiera aprobó el documento «Elementos fundamentales para el Régimen de Resolución Efectivo de Instituciones Financieras», en el cual se delimitan los aspectos esenciales para el establecimiento de un adecuado régimen de resolución de entidades. Este documento tiene como objetivo promover un marco legal y operativo que facilite a las autoridades la reestructuración o resolución de entidades financieras de una manera ordenada sin exponer al contribuyente a la asunción de pérdidas derivadas de las medidas de apoyo, y asegurando la continuidad de los elementos vitales de la entidad. En él se contemplan, además, una serie de instrumentos de resolución que, según acordó la Junta, es conveniente que estén a disposición de las autoridades de resolución de los Estados. En una línea similar, los informes del Fondo Monetario Internacional sobre el sistema financiero español, publicados a lo largo de este año en el contexto del Programa de Evaluación del Sistema Financiero, al tiempo que valoran de manera positiva el funcionamiento de la arquitectura institucional española de reestructuración, detectan la posibilidad de mejoras y sugieren que se ponga a disposición de las autoridades públicas un conjunto de instrumentos de reestructuración y resolución que les permita afrontar potenciales situaciones de crisis bancaria. Ya en el ámbito de la Unión Europea, se han dado pasos decididos para establecer un marco común de resolución de entidades financieras que amplíe los instrumentos de resolución que tengan las autoridades competentes, y que establezca mecanismos de coordinación entre las autoridades de los Estados Miembros. El carácter global del sistema financiero y, en particular, de la actividad de crédito, así lo justifica. Con fecha de 6 de junio de 2012, la Comisión Europea lanzó una propuesta de directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que contiene un amplio catálogo de medidas a adoptar, en una primera instancia, para evitar que una entidad de crédito llegue a una situación de inviabilidad que ponga en riesgo la estabilidad del sistema financiero, y, en una segunda instancia, para proceder a la resolución ordenada de las entidades no viables. Todo ello con el objetivo de minimizar el riesgo para la estabilidad financiera, y bajo el principio de que son los accionistas y los acreedores los que, en primer lugar, deben asumir los costes de la resolución. A la hora de elaborar la presente Ley se han tenido en cuenta, como no podía ser de otra manera, todas estas iniciativas, de forma que su contenido acoge gran parte de las recomendaciones en ellas incluidas, e implica una sustancial reforma del esquema español de reestructuración y resolución de entidades de crédito existente hasta la fecha" »*.

El motivo se basa en que no se atiende lo dicho en conclusiones por la parte recurrente al hilo de la invocada STJUE de 12 de marzo de 1996, sobre los bancos griegos. Concluye la representación de la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia que allí se denegó al Estado griego la posibilidad de excepcionar la competencia exclusiva de la Junta General. Sin embargo, como señala el Abogado del Estado, la recurrente omite señalar los hitos que harían comparables los supuestos de hecho y su marco normativo para poder extrapolar la doctrina contenida en la sentencia, algo que incumbe a quien plantea el motivo y que no hizo en la instancia, ni hace ahora en casación.

En todo caso, procede rechazar el motivo que pretende basar la competencia de los órganos societarios en la doctrina de la sentencia mencionada. En el fundamento de derecho tercero de la sentencia se resuelve que la



pérdida de facultades de los órganos societarios trae causa de la aplicación de la Ley 9/2012, concretamente de su artículo 26 que atribuye al FROB competencias para acordar la reducción y ampliación de capital, lo que necesariamente excluye el derecho de suscripción preferente y la aplicación de las previsiones de la LSC. La resolución confirmada por la sentencia recurrida ejecuta el plan de resolución del Banco de Valencia aprobado por el FROB, el Banco de España y la Comisión Europea en los términos exigidos por la Ley 9/2012.

Además, como señala el fundamento de derecho quinto que se acaba de transcribir, omite el motivo la situación del Banco de Valencia, de insolvencia o inviabilidad bancaria que *"... obligan a colocarla bajo un régimen particular que sustituye al concursal en cuanto requiere de la tutela administrativa a fin de garantizar no solo los intereses de los acreedores, sino también la estabilidad del sistema financiero y el mínimo coste para los recursos públicos"*, contexto y situación de hecho que delimitan la Ley 9/2012 y enmarcan su aplicación en el caso de la resolución confirmada por la sentencia recurrida.

La Directiva 77/91/CEE que interpreta la sentencia, ha sido derogada por el artículo 48 de la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

Por último, como recuerda la también recurrida Caixabank, ha sido aprobada la Directiva 2014/59/UE por la que se establece un marco para la reestructuración y 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) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo que regulaban este aspecto.

En definitiva, la Ley 9/2012, aquí aplicable, ha sido dictada en consonancia con lo establecido por la Directiva en vigor, en virtud de la cual, desplazando el derecho mercantil por el régimen especial aplicable a entidades de crédito, conforme a la normativa comunitaria vigente y siguiendo los principios y garantías que inspiran dicha normativa, entre ellos, la prevalencia del interés general frente al particular y la estabilidad del sistema financiero, la evitación del contagio a otras entidades y la minimización de coste al contribuyente, principios que no son propios de la legislación ordinaria mercantil, y que en este caso se aplican derivados de esta especial situación crisis de entidades financieras que requiere de dicha legislación específica. De esta forma se establece en el espíritu de la Ley, el cual queda claramente reflejado en la Exposición de Motivos, que en buena medida transcribe la sentencia recurrida.

En conclusión, no se ha vulnerado la jurisprudencia comunitaria citada en este motivo de casación, que se desestima.

QUINTO.- Sobre las costas.

Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros -2.000 por cada una de las partes que han formalizado su oposición- más el IVA que corresponda.

FALLO

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

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de junio de 2016, dictada en el recurso 89/2013, sobre la resolución de 21 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo organismo de fecha 26 de diciembre de 2012, por la cual se acordó realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Plan de Resolución de la entidad Banco de Valencia, S.A.

Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.



D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ