



Roj: **AAN 8490/2022 - ECLI:ES:AN:2022:8490A**

Id Cendoj: **28079220042022200558**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/10/2022**

Nº de Recurso: **509/2022**

Nº de Resolución: **559/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Auto**

Ponente: **FERMIN JAVIER ECHARRI CASI**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 4

MADRID

ROLLO DE SALA 509/2019

DILIGENCIAS PREVIAS 42/2017

Juzgado Central de Instrucción nº 4

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Doña Carmen Paloma González Pastor

D. Juan Francisco Martel Rivero

D. Fermín Javier Echarri Casi

AUTO: 00559/2022

En la Villa de Madrid a cinco de octubre de dos mil veintidós

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, dictó auto de fecha 26 de julio de 2022, en las diligencias al margen reseñadas, por el que acordaba: No excluir al Banco Santander del presente procedimiento, manteniendo su legitimación de posible responsable civil.

SEGUNDO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de la entidad bancaria "Banco Santander, S.A." mediante escrito de 26 de julio de 2022, formuló recurso de apelación directo, por entender dicha resolución no ajustada a derecho y perjudicial para sus intereses, interesando su estimación y la revocación de la resolución recurrida, y acuerde la exclusión de la posible responsabilidad civil de "Banco Santander, S.A.", en este procedimiento.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 2022, interesó su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida por ser ajustada a derecho.

CUARTO.- Las representaciones procesales de las entidades "Vall Banc S.A.U" y otros (escrito de 21 septiembre de 2022); la de la mercantil "Frumesa, S.L." (escrito de 15 de septiembre de 2022); "Cerquia Gestión, S.L.U" y D. Pedro Enrique (escrito de 19 de septiembre de 2019); la de "Algebris (UK) Limited" y otros (escrito de 21 septiembre de 2022); la de la entidad "Aeris Invest, S.A.R.L." (escrito de 20 de septiembre de 2022); impugnaron el recurso formulado por la defensa del Banco Santander, S.A.

La representación procesal de D. Alexis y otros (mediante escrito de 21 de septiembre de 2022) se adhirió al recurso de apelación formulado.



QUINTO.- Remitido el testimonio de particulares confeccionado al efecto, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, acordando mediante Diligencia de Ordenación la formación del presente Rollo de Apelación al margen reseñado, designando como Magistrado-Ponente a D. Fermín Javier Echarri Casi, señalándose para la deliberación y fallo el día 5 de octubre de 2022, lo que tuvo lugar.

II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Motivos del recurso de apelación.

En **primer lugar**, alega la entidad recurrente que el auto de 26 de julio de 2022 infringe lo dispuesto en los artículos 53.1 y 53.3 y 60.2 de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que fueron transpuestos por los artículos 37.2 y 39.2 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. En **segundo lugar**, el Derecho de la Unión que resulta de aplicación ha sido interpretado con efectos *erga omnes* y *ex tunc* por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022 (asunto C-410/20), lo que prevalece por encima de cualquier otra fuente del derecho o interpretación al respecto. Todos los órganos judiciales han de estar a esta interpretación y aplicar el Derecho de la Unión en los términos sentados por el Tribunal de Justicia. En **tercer lugar**, la regla de decisión que deriva de la citada sentencia, reside en que todas las personas físicas o jurídicas que, en la fecha de la resolución, eran o constaban como titulares de instrumentos de capital de Banco Popular que fueron amortizados o quedaron finalmente extinguidos por efecto de su resolución, carecen, frente a Banco Santander, de cualquier remedio restitutorio indemnizatorio que tenga como finalidad la recuperación total o parcial del dinero invertido en la adquisición de los referidos instrumentos de capital. Y el régimen de resolución bancaria constituye ley especial en lo que respecta a los remedios que pueden ejercitar frente a Banco Santander quienes eran titulares de instrumentos afectados por la resolución de Banco Popular, desplazando a las demás normas, europeas y nacionales de aplicación general. En **cuarto lugar**, en aplicación de esa doctrina, la práctica judicial nacional en el orden civil ha desestimado automáticamente todos los remedios ejercitados con esa finalidad. En **quinto lugar**, puesto que las acciones civiles ejercitadas en este procedimiento tienen la misma finalidad que los remedios restitutorios e indemnizatorios que se están ejercitando en los procedimientos ante los tribunales civiles- la finalidad de que se restituyan o indemnicen total o parcialmente, a los titulares de los instrumentos de capital de Banco Popular afectados por la resolución, las cantidades que invirtieron en su adquisición-, debe declararse que aquellas acciones civiles no pueden dirigirse contra el Banco Santander, exonerado de todas las correspondientes responsabilidades en aplicación del Derecho de la Unión. Lo decisivo para el Derecho Europeo es que dicha sentencia garantiza ese resultado exoneratorio, cualquiera que sea el concreto remedio restitutorio o indemnizatorio con el que se pretenda recuperar cantidades invertidas en la adquisición de los instrumentos de capital de Banco Popular afectados por su resolución. En **sexto lugar**, la primacía del Derecho de la Unión y la posición de las sentencias del Tribunal de Justicia en el sistema de fuentes implican que todos los órganos judiciales nacionales de la Unión tienen que aplicar las disposiciones interpretadas por las sentencias prejudiciales de conformidad con el sentido o finalidad conferidos por el Tribunal de Justicia. En **séptimo lugar**, los términos en los que se plantea la sentencia de 5 de mayo de 2022, no resulta pertinente plantear una nueva cuestión prejudicial sobre lo que ya constituye un acto aclarado, no obstante lo que se interesara con carácter subsidiario. En **octavo lugar**, la falta de legitimación declarada por la sentencia de 5 de mayo de 2022 resulta apreciable en la fase de instrucción, al tratarse de una cuestión de orden público europeo. Hacer soportar a Banco Santander las consecuencias jurídicas asociadas a no excluir desde esta fase la responsabilidad civil que contemplan los artículos 109 y 110 del Código Penal, constituiría una manifiesta vulneración de las normas imperativas de orden público europeo que persiguen intereses generales superiores del Derecho de la Unión. Por último, con carácter **subsidiario**, para el caso de desestimación del recurso, la Sala deberá plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la correspondiente cuestión prejudicial.

SEGUNDO.- La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo de 2022 .

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), en el asunto C-410/2020, dictó resolución de 5 de mayo de 2022, resolviendo una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), mediante auto de 28 de julio de 2020, que tenía por objeto la interpretación de los artículos 34, apartado 1, letra a), 53, apartados 1 y 3, y 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y



los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2014, L 173; corrección de errores en DO 2018, L 323, y DO 2020, L 376).

Petición que se presentaba en el contexto de un litigio entre Banco Santander, S. A., en su condición de sucesor de Banco Popular Español, S. A. (en lo sucesivo, "Banco Popular"), y J. A. C. y M. C. P. R., dos inversores, en relación con la responsabilidad civil de Banco Santander por la información facilitada en el folleto emitido con arreglo a la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO 2003, L 345, p. 64), en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008 (DO 2008, L 76, p. 37) (en lo sucesivo, "Directiva 2003/71"), sobre cuya base estos inversores suscribieron acciones de Banco Popular.

Dicha sentencia, declaraba que: "Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letra a), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato".

El Tribunal de Justicia, entiende, por tanto, que se frustrarían el propio procedimiento de resolución y los objetivos perseguidos por la Directiva 2014/59, al considerar que la aplicación de los artículos. 34, ap. 1, letra a), 53, apartados. 1 y 3, y 60, apartado. 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59 excluye que se ejercite una acción de responsabilidad prevista en el artículo 6 de la Directiva 2003/71 o una acción de nulidad del contrato de suscripción de acciones, prevista en el Derecho nacional, contra la entidad de crédito o la empresa de servicios de inversión emisora del folleto o la entidad que la suceda, con posterioridad a la adopción de la decisión de resolución sobre la base de dichas disposiciones.

Incide el Tribunal de Justicia en que la Directiva 2014/59 también establece un mecanismo de salvaguardia para los accionistas y acreedores de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión objeto del procedimiento de resolución. A tenor del artículo 73, letra b), de dicha Directiva, al que remite el artículo 34, apartado 1, letra g), de esta, en dicho procedimiento se reconoce a los accionistas y a los acreedores el derecho a un reembolso o a una indemnización por sus créditos que no sea inferior a la estimación de lo que habrían recibido si la totalidad de la entidad o empresa de que se trate hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios. Así pues, el artículo 74 de la citada Directiva dispone que, a efectos de valorar si los accionistas y acreedores habrían recibido mejor trato en el supuesto de que a la entidad de crédito o a la empresa de servicios de inversión de que se trate se le hubieran aplicado procedimientos de insolvencia ordinarios, es preciso comparar *a posteriori* el trato que se ha dado a accionistas y acreedores y el trato que habrían recibido con arreglo a procedimientos de insolvencia ordinarios. A tal fin, los Estados miembros deben velar por que la valoración la realice lo antes posible una persona independiente una vez ejecutada la medida de resolución. Cabe la posibilidad de oponerse a tal comparación de forma independiente a la decisión de resolución.

Añade, además, que el artículo 75 de la Directiva 2014/59 precisa que, si se constata que, en el marco de un procedimiento de resolución, los accionistas y los acreedores recibieron, como pago o compensación de sus créditos, menos de lo que habrían recibido con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios, tendrán derecho al pago de la diferencia. Únicamente se garantiza el pago de la diferencia entre las pérdidas soportadas en el marco de la resolución y las que se habrían sufrido en el marco de un procedimiento de liquidación ordinario. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial suscitada que las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letra a), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59 deben interpretarse en



el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71, o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato.

TERCERO.- El contexto de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dicha decisión debe ser ubicada de una manera más correcta, a juicio de esta Sala, en el más amplio espectro del conjunto del Derecho de la Unión, al resolver una cuestión en la que se enfrentan dos intereses jurídicos dignos de protección en el mercado financiero: el interés público implícito en el rescate de las entidades financieras y el interés privado de sus accionistas y acreedores, dando primacía la Sentencia al principio público de asunción de costes por los propios accionistas y acreedores y no por los contribuyentes; todo ello sobre la base del principio informador del Mecanismo Único de Resolución (MUR) de las entidades financieras instaurado por el Reglamento (UE) y por la Directiva 2014/59. Dicha prevalencia se proyecta en la inviabilidad del interés privado de los accionistas en forma de las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones por vicio (error en el consentimiento).

El Tribunal de Justicia llega a esa conclusión, por diversas vías: Por un lado, la regla general de inviabilidad de las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones. Así, acción para exigir la responsabilidad por la información contenida en el folleto de venta de valores prevista en el artículo 6 de la Directiva 2003/71 y la acción de nulidad de un contrato de suscripción de acciones están comprendidas en la categoría de las obligaciones o créditos que se consideran liberados a todos los efectos, siempre que no hayan vencido en el momento de la resolución, y que, por consiguiente, no pueden oponerse a la entidad de crédito o a la empresa de servicios de inversión objeto de resolución, o a la entidad de crédito que la haya sucedido según resulta de los artículos 53.3º y 60.2.1º de la Directiva 2014/59. Y la inviabilidad de tales acciones viene exigida porque de lo contrario, su admisión cuestionaría toda la valoración en la que se basa la decisión de resolución, puesto que la composición del capital forma parte de los datos objetivos de dicha valoración que sirve de base para el ejercicio, por parte de una autoridad pública de resolución, de las competencias de amortización y de conversión de los pasivos de dicha entidad o de dicha empresa. Por ello, de la aplicación de los artículos 34.1.a), 53, apartados. 1 y 3, y 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59 excluye que se ejercite una acción de responsabilidad prevista en el artículo 6 de la Directiva 2003/71 o una acción de nulidad del contrato de suscripción de acciones, prevista en el Derecho nacional, contra la entidad de crédito o la empresa de servicios de inversión emisora del folleto o la entidad que la suceda, con posterioridad a la adopción de la decisión de resolución sobre la base de dichas disposiciones.

En definitiva, las consecuencias procesales de la declaración de Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene referida a los sujetos que son acreedores y deudores de las consecuencias de la regla general de inviabilidad de las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones, y no así de aquellos que pudieran resultar perjudicados por los avatares de las conductas delictivas cometidas por una persona jurídica posteriormente transformada, que ha dado lugar a un procedimiento penal que se encuentra en fase de instrucción. Así, los accionistas que hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión, antes del inicio de tal procedimiento de resolución carecerían de legitimación activa sustancial para ejercitar las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones. La entidad de crédito o la empresa de servicios de inversión sometida a un procedimiento de resolución mediante recapitalización interna o la entidad que las suceda, carecen de legitimación pasiva sustancial para soportar las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones.

La Sentencia de 5 de mayo de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ubica en el contexto del proceso de resolución de la crisis del Banco Popular, iniciado por Decisión de la JUR del 7 de junio de 2017, mediante el Mecanismo único de Resolución europeo (MUR), actuando a través de la propia JUR y del FROB; y se pronuncia, sobre litigios nacidos a resultas de los instrumentos de resolución utilizados sucesivamente en la crisis del Banco Popular, como la amortización y conversión de los instrumentos de capital para la absorción de pérdidas, y la venta del negocio de Banco Popular a Banco Santander. Subyace en la *ratio* de esta decisión, un interés general en la protección de la estabilidad del sistema financiero, frente a los particulares de pequeños y medianos inversores, cuya actuación es asimismo necesaria para la capitalización de las



entidades, penalizando con esta situación, precisamente, a aquellos que confiaron en el sistema y en los mecanismos de seguridad y protección de la existencia de una información veraz que reflejaría fielmente la situación de la entidad.

CUARTO.- La responsabilidad civil "ex delicto" en el proceso penal.

En la actualidad no cabe duda de que la denominada (o mal llamada según algún sector doctrinal) responsabilidad civil "ex delicto", tiene una evidente naturaleza civil de carácter resarcitorio del daño producido de manera ilícita y atribuible a un sujeto mediante el oportuno criterio de imputación (STS de 23 de marzo de 2003), que no difiere de la conocida como responsabilidad civil extracontractual ordinaria de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. De ahí la confluencia en aquella de los principios de justicia rogada y de congruencia (STS 607/2019, de 10 de diciembre). Su origen es el mismo, el daño ocasionado resarcible, pero que en el caso de la responsabilidad civil "ex delicto", además ese ilícito civil, puede ser constitutivo a su vez de un ilícito penal, lo que provoca que reciba un tratamiento procesal singular, en el seno del proceso penal, si el titular de la acción no decide renunciar o reservar la acción para ejercitarla ante la jurisdicción civil (ex artículos 109.2 CP y 106 y ss. LECrim). La existencia de dos regulaciones diversas (civil y penal) no debe llevarnos al engaño de pensar que nos encontramos ante dos acciones distintas, con distintas regulaciones, con algunas particularidades en el caso del proceso penal. No existe una pluralidad de pretensiones ejercitadas de forma acumulada, ya que nada se pide al órgano jurisdiccional distinto de la reparación, independientemente de que esta se solicite sobre la base de pretensiones civiles, o penales, es decir, sin variación alguna de la "causa petendi", hasta el punto de entender que nos encontramos ante dos pretensiones diversas (SSTC 222/1994, de 18 de julio; 88/1992, de 1 de julio).

Como dice la STS 414/2016, de 17 de mayo: "De igual modo, reitera el Tribunal Constitucional (STC 17/2008, de 31 de enero, con citas de la 367/1993, de 13 de diciembre; 135/2001, de 18 de junio; y 15/2002, de 28 de enero), que en nuestro ordenamiento jurídico el proceso penal no queda limitado al ejercicio y conocimiento de la acción penal; por el contrario, en el proceso penal puede ejercitarse y decidirse también la acción civil dirigida a satisfacer la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito que es constitutivo de delito o falta. Además, el legislador, por razones de economía o de oportunidad, considera que el ejercicio de la acción penal lleva aparejado el ejercicio de la acción civil, de forma que salvo que el perjudicado por el hecho delictivo haya renunciado a la acción civil o se haya reservado expresamente esta acción para ejercitarla después de terminado el proceso penal en el correspondiente juicio civil (art. 112 LECrim), la sentencia que ponga fin al proceso penal, en el caso de que sea condenatoria (y excepcionalmente, cuando sea absolutoria en los supuestos del art. 118 CP) deberá pronunciarse también sobre la responsabilidad civil "ex delicto". A este fin, el Ministerio Fiscal está obligado, haya o no acusador particular, a ejercer la acción civil, salvo que el perjudicado haya renunciado o se haya reservado las acciones civiles (art. 108 LECrim).

De este modo, el legislador ha querido que la sentencia penal decida definitivamente toda las consecuencias penales y civiles derivadas del hecho delictivo, salvo el supuesto de renuncia o de reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado, pues no existiendo esta renuncia o reserva de acciones el Ministerio Fiscal ostenta una legitimación extraordinaria o por sustitución para ejercer, en nombre de los perjudicados, las acciones civiles que puedan corresponderles, por lo que, ejercitadas estas acciones por el Fiscal, el perjudicado no podrá ya volver a ejercitarlas en un posterior proceso civil, salvo que se trate de cuestiones civiles no discutidas en la previa sentencia penal.

En definitiva, una vez ejercida la acción civil, ya sea por el Ministerio público, por la acusación particular, o por ambos, el Juez penal está obligado a resolver la responsabilidad civil en la sentencia penal: si ya se han debatido y han quedado fijados unos determinados hechos delictivos y si tales hechos han originado daños o perjuicios que han de repararse, nuestras leyes optan por que estas cuestiones civiles queden resueltas dentro del procedimiento penal (STS. 1333/2004, de 19 de noviembre)".

La STS 364/2021, de 29 de abril, Pleno, citada por alguna de las partes en su escrito de oposición al recurso, analiza las diferencias existentes entre las acciones civiles ejercitadas en el proceso penal y las pretendidas en el seno del proceso civil que le es propio, al hilo de la prescripción declarada de las pensiones alimenticias cuando su impago ha dado lugar a una condena por el delito del artículo. 227 CP.

Y así, indica que: "La decisión obliga a desentrañar si estamos ante responsabilidad civil dimanante de delito o se trata de una obligación de otra naturaleza, aunque exigible en el proceso penal (arts. 1089 y ss. CC) (...). Tras señalar que "prescripción civil y prescripción penal son instituciones distintas y disciplinadas por regímenes diferenciados (significativo es por ej., que la prescripción civil solo es apreciable a instancia de parte, y la penal puede y debe decretarse de oficio) aunque tengan en último término una raíz común (...).



Ahora bien, ni toda la responsabilidad civil nacida de un delito se ejercita en el proceso penal (responsabilidad contable, supuestos de rebeldía o de reserva por el perjudicado, denegación de un suplicatorio, o fallecimiento del acusado); ni -y esto es lo relevante en este caso- todas las acciones civiles que pueden ejercitarse en el proceso penal constituyen responsabilidad civil *ex delicto* (art. 1093 CC). El dato del marco procesal en que se ejercitan unas y otras no varía ni su naturaleza ni su régimen sustantivo, aunque pueda incidir indirectamente en algunas cuestiones.

La responsabilidad civil nacida de delito, aunque se ejercite en un proceso civil (v. gr., porque el perjudicado se la reservó), no pierde su específico régimen, lo que significa, entre otras cosas, que su plazo de prescripción no será de un año, sino de cinco (según la reforma de 2015). En principio, las acciones son lo que son, con independencia del escenario procesal en el que se hagan valer.

En el plano sustantivo la responsabilidad civil "*ex delicto*", pese a la identidad de naturaleza con la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) o, en su caso, incluso contractual (delitos de apropiación indebida, v.gr.), mantiene en nuestro ordenamiento una especificidad de régimen en algunas singulares cuestiones que persiste por más que haya sido objeto de aceras críticas doctrinales. Prescripción y régimen de solidaridad o subsidiariedad cuando concurren varios responsables son las más significativas.

En un plano procesal el ejercicio de la acción civil en el proceso penal repercute en aquella modulándola, aunque teóricamente la acción es la misma se ejercite en esta vía o se ejercite separadamente. La pretensión civil activada en el proceso penal sigue siendo una acción civil, que se rige por el principio dispositivo (solo es apreciable si es invocada, a diferencia de la prescripción penal decretable de oficio); y el de rogación (que no acusatorio: STS 341/2020, de 22 de junio); que cuenta con un régimen probatorio ordinario (el estándar de lo más probable y no la certeza más allá de toda duda razonable necesaria para la prosperabilidad de una acción penal: vid, entre muchas, SSTS 341/2020, de 22 de junio, 302/2017, de 27 de abril, 639/2017, de 28 de septiembre, 209/2020, de 21 de mayo, 675/2019, de 21 de enero de 2020, 334/2020, de 19 de junio o SSTEDH de 11 de febrero de 2003, asunto Y contra Noruega, y de 24 de septiembre de 2013, asunto Sardón Alvira contra España). Incluso en ese estricto ámbito civil es admisible un empeoramiento de la situación de la parte pasiva por razones fácticas a través de un recurso devolutivo (STS 726/2020, de 11 de marzo de 2021).

Al igual que cabe responsabilidad civil "*ex delicto*", con su régimen sustantivo específico (art. 1092 CC), ejercitada al margen del proceso penal, existen supuestos de obligaciones civiles (o de otros órdenes extrapenales, vgr., obligaciones tributarias) que, no constituyendo responsabilidad civil nacida de delito, pueden excepcionalmente ejercitarse en el proceso penal por expresa previsión legal basada en razones de política criminal (evitar el peregrinaje de jurisdicciones).

En principio solo son susceptibles de resolverse en el proceso penal aquellos efectos civiles que son consecuencia directa del delito, (no aquellos otros que, pudiendo estar vinculados a la infracción penal, no traen causa de ella); y que, además, pueden integrarse en alguno de los contenidos definidos en el artículo 110 CP. En el proceso penal no son ejercitables reclamaciones patrimoniales basadas en legislación extrapenal, salvo que exista una atribución específica. Así se infiere del artículo 615 LECrim., pieza legal clave para entender la posición jurisprudencial: en el proceso penal solo cabe decidir la responsabilidad civil de terceros cuando el título de reclamación tome como base la regulación del Código Penal: "Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal (...)". Por eso, v.gr., la responsabilidad patrimonial del Estado construida con arreglo a las normas administrativas no se puede reclamar en un proceso penal (SSTS de 12 de mayo de 1999 y 1164/2001, de 18 de junio). Ni tampoco, en rigor, los salarios derivados de un contrato de trabajo que pudiera revestir caracteres delictivos (STS 639/2017, de 28 de septiembre) (...).

La reciente STS 721/2022, de 14 de julio, tras excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, aboca a una responsabilidad civil sobre la base del artículo 122 CP, y por tanto, de carácter solidario con el responsable penal (STS de 18 de diciembre de 2019). Reseña que, aunque el motivo no lo plantea, la cuestión puede observarse desde dos planos diversos: desde el principio acusatorio, y desde el principio de rogación. Desde la primera perspectiva, conviene dejar sentado que no siendo la participación a título lucrativo una pena, ni una medida de seguridad, sino la condena a la devolución civil de una cantidad que se ha obtenido por un sujeto como injustamente beneficiado de la comisión de un delito, en el que no ha participado penalmente, no puede hablarse de violación del principio acusatorio (la responsabilidad derivada del artículo 122 del Código Penal, no es un delito ni una pena). Desde el plano del principio de rogación, lo cierto es que las cantidades que se han dispuesto en el fallo de la Sentencia de primera instancia, confirmada en este aspecto por la de apelación, fueron interesadas tanto por la representación del Ministerio Fiscal, como por la acusación particular (...). Con la absolución de "Garacot", desapareció el delito, pero hizo acto de presencia la posible repercusión civil, que se traduce en devolver lo indebidamente percibido, no ya a título de responsabilidad civil "*ex delicto*", sino como partícipe a título lucrativo, que es un recurso civil proclamado en el artículo 122 del Código Penal , que puede



ser declarado por el Tribunal sentenciador siempre que existan todos los elementos concurrentes para su condena civil, y que el asunto haya sido naturalmente debatido, desde su vertiente material y no estrictamente formal. Sin duda fueron debatidas las cantidades que formaron parte del fallo de instancia (...).

Finalmente diremos que esta Sala Casacional en STS 1119/2002, de 11 de junio, ha declarado que el ensamblaje o resolución conjunta entre acción penal y acción civil, no confiere especiales connotaciones jurídicas a la segunda pretensión, que conserva su naturaleza civil. Su tratamiento unitario sólo obedece a razones de economía procesal, que pueden decaer tan pronto como el interesado decida reclamar por cauces diferentes una y otra responsabilidad.

Tales principios de congruencia y rogación, en lo que ahora nos interesa, se clarifican en el artículo 218.1º.2 de la LEC de 7 de enero de 2000: "El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes". No puede olvidarse que la de Enjuiciamiento Civil es subsidiaria del proceso penal (art. 4 LEC)".

QUINTO.- Responsabilidad civil y aplicación de la Sentencia de 5 de mayo de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , al caso de autos.

En la presente causa, esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse en su auto nº 246/2019, de 30 de abril, acerca de la responsabilidad civil del Banco Santander, y al respecto señalábamos: "En algunos escritos de oposición al recurso, se alude a la contradicción que supone que por parte de la recurrente se acepte heredar la responsabilidad civil, pero no la penal , ya que no olvidemos, la sucesión universal llevada a cabo por el Banco Santander, S.A., implica que aquél deba hacerse cargo de todos los conceptos derivados de la responsabilidad civil *ex delicto* generada por la entidad absorbida Banco Popular Español, S.A. que figura como investigada en la presente causa. Incluso, la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP exige la concurrencia de determinados requisitos tales como: a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito y el principal, ya sea persona física o jurídica, bajo cuya dependencia se encuentre (STS 260/2017, de 6 de abril, que opta por la teoría de la apariencia); b) el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación. Ninguna contradicción existe al respecto, ya que, en el caso de autos, el Banco de Santander, S.A., figurará en todo caso como responsable civil *ex delicto*, por los cometidos por las personas físicas sujetas a la presente causa, consecuencia de la sucesión universal producida, como resultado de la operación societaria llevada a cabo. Así, el artículo 23 .2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, establece la sucesión universal en la fusión por absorción, lo cual implica la existencia de las responsabilidades civiles dimanantes de la presente causa, como el propio recurrente reconoce en el suplico de su escrito de recurso en el que interesa el mantenimiento de su condición de posible responsable civil. Y ello con independencia, de que incluso una vez disuelta la sociedad se puedan reclamar los daños o perjuicios derivados de las operaciones de liquidación, o de pasivos sobrevenidos (STS Sala Civil 324/2017, de 24 de mayo) que en este caso no resultaría de aplicación al no haber existido operación de liquidación alguna".

Es esta la base, sobre la que asienta, en este momento procesal, la pretensión de responsabilidad civil interesada por los perjudicados, y cuya exclusión, pretende ahora la entidad recurrente.

Respecto de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta "*ut supra*", nadie duda, ni menos aún, discute que estemos ante el máximo interprete del Derecho de la Unión, con arreglo al principio de primacía, en el ámbito competencial que les es propio, sin que se pueda prescindir de la interpretación auténtica efectuada por dicho Tribunal. Pero si ello es así, no es menos cierto que no se puede pretender otorgar a dichas decisiones una vocación de universalidad y extensión ilimitada de sus efectos sin más, sin perjuicio de las expresiones "*erga omnes*" y "*ex tunc*" que deben ser interpretadas en el sentido de su extensión a todos aquellos supuestos similares a los que resulte aplicable aquella, y no a otros, con lo que guardan escaso paralelismo, sin olvidar que la cuestión prejudicial a la que da respuesta aquella se gestó en el seno de un proceso civil, por el ejercicio de unas concretas y determinadas peticiones de reparación. Es obvio, por ende, que dicha resolución restringe su pronunciamiento a la acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto publicitario en los términos del artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública, y la acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones; sin que analice, y menos aún, resuelva la temática de la responsabilidad civil que puede derivar de los hechos con relevancia penal que son objeto de investigación en las presentes actuaciones, que son más amplios que los examinados en la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no extiende su examen a las responsabilidades civiles que tiene su origen en un ilícito penal.



La doctrina sentada en un caso concreto y determinado, no puede ser objeto de un automatismo acrítico a cualquier tipo de situación. En este sentido, podemos traer a colación el denominado "test alemán" emanado de la doctrina del Tribunal Constitucional del citado país, según la cual "la ventaja de este esquema de decisión es que produce soluciones ajustadas al caso, que no prejuzgan casos futuros en los que los mismos derechos o intereses vuelvan a mostrarse en conflicto, sino en la medida en que las circunstancias sean las mismas", recogido por nuestro Tribunal Constitucional entre otras en STC 39/2016, de 3 de marzo, al hilo del juicio de proporcionalidad en relación con la orden de detención.

En definitiva, no cabe una aplicación automática, sin más, de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a supuestos que no son análogos, no sólo en cuanto al objeto y ámbito en el que se suscitan las cuestiones prejudiciales, sino, además, cuando lo que se pretende es su extensión a órdenes jurisdiccionales; las acciones ejercitadas tampoco son las mismas, aunque converjan en su objeto y finalidad resarcitoria. En este caso, estamos en presencia del ejercicio de una acción civil "ex delicto" ejercida en el seno del proceso penal, para reparar los daños y perjuicios que aquellas supuestas conductas penales, pudieran haber ocasionado; mientras que en el supuesto resuelto por el Tribunal Europeo, venía referido al ejercicio de una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto que debe publicarse en el caso de oferta pública de acciones, y la acción de nulidad de los contratos de suscripción de esas acciones, que nada tienen que ver con las que ahora nos ocupan.

Basta una lectura de la cuestión prejudicial planteada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, para concluir que la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha resuelto, ni podía resolver, al no haberle sido planteada, cuestión alguna relativa a la responsabilidad civil derivada de conductas supuestamente delictivas. Además, de acogerse la pretensión de la recurrente, se estaría produciendo una quiebra importante en el derecho de las víctimas, en el que se refleja sin duda la extensión de la responsabilidad civil: restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios (art. 110 CP), que no son equiparables al ejercicio de una acción civil de responsabilidad de las previstas en el artículo 6 de la Directiva 2003/71, o una acción civil de nulidad del contrato de suscripción de acciones, que son, a las que se refiere el Tribunal de Justicia en su sentencia.

La propia Directiva 2014/59, no es ajena a este planteamiento al establecer que "Los Estados miembros se asegurarán de que, al aplicar los instrumentos y ejercer las competencias de resolución, las autoridades de resolución tomen todas las medidas oportunas para garantizar que la medida de resolución se ajuste a los principios siguientes: e) que las personas físicas y jurídicas respondan con arreglo a la legislación del Estado miembro y de acuerdo con el Derecho civil o penal, por la responsabilidad en que incurran por la inviabilidad de la entidad (art. 34.1 e).

Esta interpretación, se desprende asimismo de la STJUE de 5 de mayo de 2022, que en sus párrafos 38 y 39 indica: "A este respecto, en el considerando 120 de la Directiva 2014/59 se puntualiza que las excepciones incluidas en esta Directiva a las normas obligatorias para la protección de los accionistas y acreedores de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de las directivas de la Unión sobre Derecho de sociedades, que pueden suponer un obstáculo para la actuación eficaz y la utilización de competencias e instrumentos de resolución por parte de las autoridades competentes, no solo deben ser adecuadas, sino también estar definidas de manera clara y precisa, a fin de garantizar la máxima seguridad jurídica para los interesados.

Como se desprende, en particular, de su considerando 18, la Directiva 2003/71 tenía como objetivo la protección de los inversores en el momento en que deciden adquirir valores de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión. La emisión de un folleto de venta de valores, en la medida en que debe ofrecer una información completa, fiable y fácilmente accesible sobre ellos, permite aumentar la confianza del público en dichos valores y contribuye por lo tanto al funcionamiento apropiado y al desarrollo de los mercados de valores, evitando que se vean alterados por alguna irregularidad (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2014, *Almer Beheer y Daedalus Holding*, C-441/12 , EU:C:2014:2226, apartado 33)".

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizada no puede ser utilizada a modo de "patente de corso", frente a cualquier reclamación, en todos los órdenes jurisdiccionales, cualquiera que sea su naturaleza. Así buen ejemplo de ello, es la STS (Sala Contencioso- Administrativo)1385/2021, de 25 de noviembre, que desestimó el recurso de casación formulado por Banco Santander contra una sanción impuesta por acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2019, por una infracción muy grave contra la ley de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, cometida por el Banco Popular entre 2013 y 2015, es decir, anteriores a fusión por absorción, y en los que Banco Santander no tuvo intervención alguna. En la citada resolución, al margen de lo señalado, y siendo conscientes de la diferente casuística expuesta en relación al caso de autos, contiene algunas consideraciones de interés trasladables a esta. Tras la correspondiente reseña jurisprudencial interna, cita las SSTJUE de 24 de septiembre de 2009 (asunto C-125/07) y de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06) que en materia de infracciones administrativas



de personas jurídicas indican que: una fusión por absorción (como es el caso) implica "ipso iure" y, por tanto, de modo automático, la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida, que deja de existir, a la sociedad absorbente, y la finalidad de la Directiva (78/855) tiene como objetivo en particular la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante un proceso de fusión, incluyéndose entre los intereses protegidos el del Estado cuyas autoridades competentes pusieron las multas". A la misma podemos incorporar la STJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13) y la STEDH de 1 de octubre de 2019, caso Carrefour France SAS contra Francia, en la que la citada mercantil fue condenada por prácticas restrictivas de la competencia, o la propia sentencia de la Sala Penal del Tribunal de Casación francés de 25 de noviembre de 2020, con apoyo en la citada resolución del TEDH (analizaba los daños producidos por incendio ocasionado por negligencia por una persona jurídica, posteriormente absorbida), concluyendo que en casos de fusión por absorción, la sociedad adquirente puede en determinadas condiciones, ser condenada penalmente por actos cometidos por la sociedad adquirida antes de la fusión.

Como resultado de esos razonamientos el TJUE declaró que una fusión por absorción "supone la transmisión a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión".

"Y así, tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo (SSTS de 23 de noviembre de 2015, de 15 de marzo de 2017, y de 13 de marzo de 2019) como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permiten concluir con la admisión de la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y otros supuestos de sucesión de personas jurídicas, cuando concurren las notas de identidad económica, de permanencia o de continuidad de la actividad económica, sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas".

Esta sucesión universal, ya quedó salvaguardada, como decimos, en anteriores resoluciones de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siendo así que la venta de la entidad tuvo por finalidad garantizar la continuidad de la misma, conservando su personalidad jurídica, y su actividad financiera y económica, sin perjuicio de que la reestructuración no se haya decidido por particulares, sino impuesta por una norma legal. Y si ello, es así en otros órdenes jurisdiccionales, con mayor razón aún en el ámbito penal, en el que las conductas supuestamente delictivas se desarrollaron en el seno de la persona jurídica absorbida, generando por ello una responsabilidad civil "ex delicto" evidente, en la sociedad absorbente Banco Santander, la cual en el momento de llevarse a cabo aquella, era plenamente consciente de la situación jurídica (en todos sus ámbitos) de la entidad absorbida.

SEXTO.- Extemporaneidad de la solicitud.

Tanto la resolución recurrida, como el Ministerio Fiscal, en su informe de fecha 16 de septiembre de 2022, aluden a la extemporaneidad de la petición de exclusión de la responsabilidad civil del Banco Santander. Más que extemporánea la misma, ya que nada impide que pueda ser planteada en esta fase procesal, resulta prematura, y quizás precipitada, ya que ni tan siquiera ha concluido la fase de instrucción, desconociendo este Tribunal, el concreto estado de la misma. Por ello, hasta que concluya la instrucción y se adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779 LECrim., no se está en disposición de valorar si los hechos investigados son constitutivos de infracción penal alguna, y si de los mismos derivan daños o perjuicios susceptibles de reparación o indemnización en los términos interesados por los perjudicados, así como de las personas responsables directa o subsidiariamente de aquellas.

En los procesos penales como el que nos ocupa, el objeto se conforma de manera progresiva, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, por lo que resulta algo temerario excluir tal responsabilidad por parte del Instructor en este momento, en el que aún pueden concurrir otros hechos o acontecimientos que varíen la configuración de aquél. No debemos olvidar que la configuración de la legitimación propiamente dicha de los responsables civiles en el seno del proceso penal, no se produce hasta el dictado del auto de apertura del juicio oral (art. 783.2 LECrim) el cual facilitará el ejercicio del derecho de defensa, tras la presentación de los correspondientes escritos de acusación, y ello, sin perjuicio de que se pueda o sea aconsejable, que se contenga alguna mención en un momento anterior, como es el dictado del auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado previsto en el artículo 779.1.4ª LECrim., a fin de posibilitar entre otros un adelantamiento de su posterior posición como tales.

Se desconoce en este momento procesal de que tipo de responsabilidad civil debería quedar excluida, la civil subsidiaria, la directa o como participe a título lucrativo.



Es cierto, por otro lado, que los tribunales civiles, vienen aplicando la doctrina emanada de la STJUE de 5 de mayo de 2022. Así, la SAP de Madrid (Sección 19ª) de 23 de junio de 2022, desestimó el recurso de apelación formulado por una accionista del Banco Popular, sobre la base de la falsedad de la información facilitada por el Banco a los inversores en 2011 y en la ampliación de capital de 2012, ocultando la evolución negativa de la información facilitada por aquél, ofreciendo una imagen de solvencia que no se correspondía con la realidad; y más recientemente aún, el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, dictó auto de 20 de julio de 2022, por el que inadmitía a trámite el recurso de casación formulado por desaparición sobrevenida del presupuesto esencial de la acción ejercitada en la demanda. Ello es así, en el ámbito privado al que se refieren esas resoluciones, pero como hemos visto no sucede lo mismo en el caso de autos, sin perjuicio de la fase embrionaria del procedimiento penal en la que nos encontramos, que privaría además del conocimiento de la citada pretensión al órgano de enjuiciamiento, y superiores instancias en su caso.

SÉPTIMO.- Acerca del planteamiento de la cuestión prejudicial interesada con carácter subsidiario.

Solicita la representación procesal de la entidad recurrente, mediante primer otrosí, el planteamiento, con carácter subsidiario, para el caso de la desestimación del recurso, de una cuestión prejudicial relativa a si los artículos 34.1 a), 53.3, y 60.2 de la Directiva, de conformidad con el sentido conferido por la sentencia de 5 de mayo de 2022, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes eran titulares de un instrumento de capital de banco Popular que fueron amortizados o quedaron finalmente extinguidos por efecto de la resolución de esa entidad ejerciten frente a Banco Santander cualquier acción que tenga por finalidad la recuperación total o parcial de las cantidades investidas en las adquisiciones de esos instrumentos de capital, aun cuando se exigiese en el ejercicio de la acción civil en un proceso penal, esto es, las acciones de restitución, de reparación del daño y de indemnización de perjuicios que contemplan el artículo 110 Código Penal español para el caso de que el hecho generador de esas acciones esté descrito por la ley como delito.

Como se colige desde los primeros pronunciamientos del TJUE al respecto (STJUE caso " *Cilfit*" de 6 de octubre de 1982) al juez nacional le corresponde apreciar la oportunidad de dirigirse al TJUE con independencia de cuál sea la posición de las partes en el proceso y sin necesidad de que alguna de esas partes interese expresamente el planteamiento de la cuestión (STJUE caso " *Salonia*", de 16 de enero de 1981, adopción de oficio).

Es el propio juez nacional el que formula las cuestiones concretas con independencia de las que las partes susciten o aduzcan. La razón de ser de esa potestad nos la suministra la sentencia del caso " *Picks Marketinf Board*", de 29 de noviembre de 1978, al señalar que "el juez nacional es el mejor situado para pronunciarse sobre la pertinencia y motivación que justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial".

Además, el TJUE respecto del contenido de la cuestión prejudicial, ha señalado con reiteración (STJUE caso " *Bozetti*" de 9 de julio de 1985) que el objeto de la cuestión prejudicial es interpretar el derecho europeo, no el derecho interno. No se trata, con la cuestión prejudicial, de pedir que el TJUE resuelva si el derecho interno es o no compatible con el Derecho de la Unión Europea.

En la STJUE caso " *Wilson*" 19 de septiembre de 2006, se afirmaba con rotundidad lo siguiente: "no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario, ya que la interpretación de estas normas corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales; el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para proporcionar a estos órganos jurisdiccionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria".

El juez nacional, por tanto, no puede interrogar al TJUE sobre su derecho interno sino exclusivamente sobre el derecho de la UE. Cuando el Tribunal de Luxemburgo le responda sobre esa duda interpretativa, podrá el juez nacional extraer su conclusión sobre su propio derecho interno.

No podemos obviar, que en ocasiones la línea divisoria entre una petición de interpretación del Derecho de la UE y una petición de análisis del derecho interno a la luz de la normativa comunitaria, es inapreciable. Por ello, no es, extraño que el TJUE, ante preguntas de ese tipo, las reformule para que la duda interpretativa respete esas exigencias; pero sí, siempre en el campo del Derecho privado, no en el punitivo (público), como en el que nos movemos ahora.

En esta materia, incide, asimismo, la Instrucción FGE 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas, al precisar que "los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte" (STJUE de 22 de junio de 2010, C-188/10 y C-189/10). El objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez



del Derecho de la Unión es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien tendrá que deducir las consecuencias concretas que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional (apartado 8 RTJ). El Tribunal Constitucional considera que no puede declarar la infracción de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (SSTC nº 111/1992, de 14 de septiembre; 201/1996, de 9 de diciembre), salvo cuando la falta de planteamiento suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías (SSTC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio y 78/2010, de 20 de octubre). En la reciente STC 99/2015, de 25 de mayo expresamente se declara que "el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación". Por el contrario, cabe entender que si conforme al artículo 267 TFUE procede plantear obligatoriamente la cuestión prejudicial de interpretación, la vulneración de tal obligación, inaplicando la Ley por contraria al Derecho de la Unión, supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (...).

Por ello, este Tribunal, a la vista de lo expuesto., entiende que no procede el planteamiento de cuestión prejudicial alguna en el caso que nos ocupa, al amparo del artículo 267.2 TFUE., ya que ninguna duda le suscita la cuestión sometida a su consideración, en los términos expuestos en el cuerpo de la presente resolución, ya que la resolución examinada (STJUE de 5 de mayo de 2022), no resultaría de aplicación al caso de autos, y por tanto, no privaría de uniformidad al Derecho de la Unión, en los términos expuestos, y ello sin perjuicio de las argumentaciones de la recurrente, a la que en ningún caso se le cierra la vía de volver a plantear tal cuestión ante el órgano enjuiciador, cuando se someta la causa a su consideración definitiva, y no meramente interlocutoria, como es el caso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III. PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: Desestimar íntegramente el recurso de apelación directo formulado por la representación procesal de " **Banco Santander, S.A.**" contra el auto de fecha 26 de julio de 2022 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional en las presentes actuaciones, por el que acordaba no excluir a la citada entidad bancaria del presente procedimiento, manteniendo su legitimación de posible responsable civil; y en consecuencia, se confirma íntegramente la citada resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente al Ministerio Fiscal, al recurrente y a su representación procesal, con las indicaciones que establece el artículo 248.4 y 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndoles saber que la misma es firme, y no cabe la interposición de recurso alguno, verificado lo cual deberá procederse al archivo definitivo del presente Rollo de Sala.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados al margen reseñados.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la **notificación** de la anterior resolución. Doy fe.