

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 23 DE JULIO DE 2021 (560/2021)**

**Saneamiento bancario.
Efectos de las resoluciones administrativas extranjeras
sobre los procesos judiciales**

Comentario a cargo de:
FERNANDO MÍNGUEZ
Socio de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2021

RoJ: STS 3100/2021 - **ECLI:** ES:TS: 2021:3100

ID CENDOJ: 28079119912021100016

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: sobre los límites del reconocimiento “sin más formalidades” de resoluciones administrativas extranjeras en materia de saneamiento bancario y, en particular, sobre los efectos de estas en procesos judiciales en curso al tiempo en que dichas resoluciones se dictan.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. *5.1. Perspectiva General* 5.2. *La cuestión de la legitimación pasiva* 5.3. *Relación con las SSTs 323/2019 y 678/2018.* 5.4. *Conclusión.* 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

El Banco Espírito Santo (“BES”) fue la principal entidad financiera privada portuguesa. Además de Portugal, operaba en otros mercados, entre ellos España, a través de una sucursal, Banco Espírito Santo, Sucursal en España (“BES-ES”). Por razón de sus dificultades financieras, BES fue objeto de resolución por parte de las autoridades portuguesas. Concretamente, por resolución de 3 de agosto de 2014, el Banco de Portugal acordó el traspaso de la mayoría de los activos y pasivos de BES a una entidad de nueva creación denominada “Novo Banco, S.A.” (“NB”). Entre los activos y pasivos objeto de traspaso se integró BES-ES, que continuó operando en España ya como “Novo Banco, Sucursal en España” (“NB-ES”). Al respecto, mediante anuncio del Banco de España publicado en el BOE de 3 de octubre de 2014, la medida de saneamiento adoptada por el Banco de Portugal fue recibida en nuestro país, al amparo de las directivas comunitarias pertinentes, sentándose la falta de solución de continuidad entre los negocios de BES-ES y NB-ES.

La resolución del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 fue complementada por otras decisiones, de 11 de agosto de 2014 y 29 de diciembre de 2015, supuestamente “aclaratorias” pero que, en realidad, modificaron el perímetro de activos y pasivos objeto de traspaso de BES a NB. Hay que señalar que esas modificaciones no fueron siempre en sentido de agregar elementos al perímetro sino también de detraerlos, de forma que activos y pasivos inicialmente traspasados de BES a NB resultaron finalmente reasignados de NB a BES.

Este es el contexto –como se verá, más relevante que la disputa misma– en que se enmarca la controversia que dio lugar a la sentencia que comentamos. La cuestión en sí fue la siguiente: en el año 2008, cierta clienta de BES-Es adquirió a través de dicha entidad activos emitidos por la entidad islandesa Kaupthing Bank que, como se recordará, fue protagonista de otra sonada quiebra bancaria. El 4 de febrero de 2015, la citada clienta presentó demanda, repartida al juzgado de primera instancia n.º 1 de Vitoria-Gasteiz con número de registro 147/2015, en la que solicitaba que se declarara nula la orden de compra de activos islandeses o, subsidiaria y alternativamente, se declarara resuelta la correspondiente compraventa, en ambos casos con condena a NB –entonces ya, la entidad operativa en España– a pagar daños, perjuicios e imposición de costas.

2. Solución dada en primera instancia

Tras resolver una declinatoria por falta de competencia territorial interpuesta por la representación procesal de NB, que asimismo alegó falta de legitimación pasiva, el juzgado de instancia dictó la sentencia 204/2015, de 15 de octubre en la que, estimando las pretensiones de la actora, declaró nula la orden de compra de valores objeto del litigio, condenando a NB a restituir la inversión a la demandante, con los intereses correspondientes.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Álava por NB, que tramitó el recurso con número de rollo 717/2015 y, tras los trámites correspondientes, deliberó, falló y votó su resolución el 22 de marzo de 2016 y dictó sentencia 126/2016, de 20 de abril, desestimando íntegramente el recurso del apelante.

Es de señalar que el 19 de abril de 2016 –es decir, ya deliberada, fallada y votada la cuestión pero aún no publicada la sentencia– BES presentó un escrito en el que solicitaba la sucesión procesal de NB, argumentando que la relación objeto del litigio había sido objeto de reintegración al patrimonio de BES por resolución del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015 que, modificando la inicial de 3 de agosto de 2014, estableció que no serían objeto de traspaso de BES a NB, entre otras “*todas las indemnizaciones y créditos resultantes de anulación de operaciones realizadas por BES como prestador de servicios financieros y de inversión*”.

La citada pretensión fue desestimada por providencia de 21 de abril de 2016 y recurrida en reposición, recurso asimismo desestimado por auto de 11 de julio de 2016.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

La representación procesal de NB interpuso ante el Tribunal Supremo recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Los motivos fueron los siguientes:

a) En cuanto al recurso de casación, en ambos casos al amparo del artículo 477.1 LEC, se invocó (i) la infracción del artículo 1301 CC y de la jurisprudencia de la Sala Primera en relación con el mismo en cuanto al inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error y (ii) la infracción del artículo 1303 CC, y asimismo de la jurisprudencia de la propia Sala Primera en cuanto al alcance de la restitución y la parte gravada con la misma.

b) En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, se interpuso (i) acogiéndose a su apartado al amparo del artículo 469.1.3º LEC, por posible violación de las normas legales que rigen las garantías del proceso, al no haberse acordado por la Audiencia Provincial de Álava la suspensión de actuaciones con concesión de un plazo de diez días para alegaciones tras la petición de sucesión procesal formulada por BES y (ii) al amparo del apartado 4º del mismo artículo, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al haber incurrido la sentencia en un error patente de interpretación del artículo 10.1 CC, en relación con la legitimación pasiva de NB.

Es de señalar que, estando el recurso pendiente de deliberación, votación y fallo, se personaron ante la Sala Primera, solicitando la admisión de su in-

intervención en el recurso extraordinario por infracción procesal, el Banco de Portugal y el *Fundo de Resolução*—ambos, personas jurídicas de derecho público portugués. Las citadas autoridades justificaban la pertinencia de su intervención en determinadas obligaciones financieras asumidas por el *Fundo* frente al adquirente del 75% de NB que harían que, en última instancia, las resultas del litigio fuesen a tener un impacto patrimonial para aquel y, por extensión, para las arcas públicas portuguesas.

La intervención fue admitida y las citadas personas realizaron las alegaciones que estimaron pertinentes.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Perspectiva general*

De los motivos alegados y su tratamiento por el Tribunal Supremo, es de interés a nuestros efectos el relativo al posible error en la valoración de la legitimación pasiva de NB, y sobre este nos centraremos enseguida, pero cabe señalar que la Sala rechaza todos los argumentos del recurrente, tanto en el recurso extraordinario por infracción procesal como el de casación, con confirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que, a su vez, como se ha dicho, ratificó lo resuelto en primera instancia.

Así, en cuanto al recurso de casación, entendió la Sala que el juzgador de instancia se atuvo a su jurisprudencia a la hora valorar la posible caducidad de la acción, por cuanto los cuatro años prescritos por el artículo 1301 CC deben empezar a computarse, en el caso de reclamación por vicio en la suscripción de un producto financiero no desde la fecha de dicha suscripción sino desde que el afectado por el error pudo tomar conciencia de que este podría haberse producido—en el caso que nos ocupa, la demandante solo pudo entender correctamente las características del producto que había adquirido cuando empezaron a aplicarse ciertas cláusulas relativas a la suspensión del pago de determinados rendimientos financieros— y asimismo, entendió la sala—de nuevo, en línea con su propia jurisprudencia— que, si bien en la tramitación de una orden de suscripción de productos financieros el banco actúa como intermediario, no deja de ser la única contraparte con la que tiene trato el cliente, que desconoce los derroteros por los que su orden es objeto de tramitación, siendo, en consecuencia, perfectamente pertinente que sea el banco la parte gravada con el deber de restituir el importe de la suscripción cuando esta resulta anulada.

En cuanto al primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal—la omisión del trámite de alegaciones por parte de la Audiencia Provincial de Álava cuando BES solicitó la sucesión procesal— entiende la Sala que no hay razón para acogerlo. La mentada sucesión procesal se solicitó por escrito de 19 de abril de 2016, en el momento en que el proceso había concluido y

la sentencia se encontraba únicamente pendiente de firma y notificación. No era posible, por tanto, dar cauce a la petición y ello se debió en exclusiva a la falta de diligencia de la parte interesada. *A fortiori*, se trataba de una petición improcedente, precisamente porque, según veremos inmediatamente, la legitimación pasiva de NB –y, por extensión, la de BES– fue parte del objeto del proceso y una de las cuestiones discutidas en el mismo.

5.2. *La cuestión de la legitimación pasiva*

Es este, decimos, el punto de mayor alcance e interés a nuestros efectos.

El día 26 de enero de 2016 –encontrándose en trámite el recurso de apelación– la representación procesal de NB dio traslado de la decisión adoptada por el Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015, por la que, “aclarándose” (sic) lo dicho en su día, debía entenderse que no habían sido objeto de transmisión de BES a NB “*todas las indemnizaciones y créditos resultantes de la anulación de operaciones realizadas por BES como prestador de servicios financieros y de inversión*”.

Es patente que lo que se discutía en este caso era una operación realizada por BES –por BES-ES, para ser exactos– “como prestador de servicios financieros y de inversión” puesto que lo que la demandante de instancia interesó en su día del banco es que transmitiera una orden de compra de valores. Por tanto, en opinión de NB –y del Banco de Portugal y el *Fundo de Resolução*– el deber de indemnizar, su caso, y la legitimación pasiva, residirían en BES y no en NB.

La decisión de 29 de diciembre de 2015 no es controvertida en sus términos. La cuestión es que se dictó *con posterioridad al inicio del litigio* –que, recordemos, arrancó por demanda de 4 de febrero de 2015–. Las decisiones del Banco de Portugal en el marco del saneamiento de BES se adoptan, y reconocen en el resto de los estados miembros de la UE, en virtud de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (transpuesta en España a través de la Ley 6/2005, de 22 de abril). El artículo 3.2 de la dictada directiva impone el reconocimiento de las medidas adoptadas por un estado miembro en el ámbito de sus entidades “...*sin otras formalidades, incluso con respecto a terceros establecidos en los demás Estados miembros, aunque la normativa aplicable del Estado miembro de acogida no prevea tales medidas o condicione su aplicación a unos requisitos que no se cumplen*”.

El Tribunal Supremo se interroga sobre el alcance de ese reconocimiento, en los casos en los que –como *prima facie* parecía el caso– colisiona con el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y, más en general, a la seguridad jurídica. Más exactamente, si puede producirse ese reconocimiento cuando genera efectos sobre un procedimiento *ya comenzado* y con la *litis* perfectamente trabada. Al respecto, el 25 de junio de 2019, el Tribunal acordó presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE, con el siguiente tenor: “*¿Es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de Dere-*

chos Fundamentales de la UE, el principio del Estado de derecho del art. 2 del Tratado de la Unión Europea y el principio general de seguridad jurídica, una interpretación del art. 3.2 de la Directiva 2001/24/CE que suponga el reconocimiento de efectos, en los procesos judiciales en curso en otros Estados miembros, sin otras formalidades, de una Decisión de la autoridad administrativa competente en el Estado de origen que pretende modificar con efectos retroactivos el marco jurídico existente cuando se inició el litigio y que implique privar de eficacia a las sentencias judiciales que no se ajusten a lo previsto en la nueva Decisión?”.

El TJUE dictó sentencia el 29 de abril de 2021 concluyendo que, en efecto, los preceptos invocados de la Directiva 2001/24/CE deben interpretarse a la luz de las disposiciones y principios que el propio Tribunal Supremo aducía, de suerte que no puede darse curso, sin más, a una medida de reestructuración –o modificación de la misma– en el marco de un proceso que ya se encontraba iniciado al tiempo de dictarse la medida, al menos cuando el efecto de dicho reconocimiento sería el de privar a la parte demandante de los derechos de una sentencia favorable.

Concluye, por tanto, la Sala, que no cabe entender producido desplazamiento alguno en la legitimación pasiva de NB, que existía al inicio del proceso, a tenor de las resoluciones del Banco de Portugal de 3 y 11 de agosto de 2014.

5.3. *Relación con las SSTs 323/2019 y 678/2018*

No es la primera vez que el Tribunal Supremo tiene ocasión de ocuparse del problema de la legitimación pasiva de NB o, lo que es lo mismo, del reconocimiento de las medidas de saneamiento adoptadas en Portugal respecto a BES. Y lo cierto es que, en casos semejantes, los resultados hasta ahora habían sido, a primera vista, disímiles.

La STS 678/2018 resolvió un problema estructuralmente igual al que ahora nos ocupa, es decir, confirmó una sentencia de instancia que, a su vez, desestimaba la alegación de NB de falta de legitimación pasiva pese a que, de haberse tenido en cuenta el tenor de la resolución 29 de diciembre de 2015, el resultado pudo haber sido otro. La razón por la que el Tribunal Supremo entendió que no procedía aplicar la citada resolución 29 de diciembre de 2015 fue la misma que en el caso que nos ocupa –ciertamente, sin pasar aún por la cuestión prejudicial– es decir que “...no puede admitirse que una decisión administrativa adoptada cuando el litigio ya estaba iniciado [al igual que en el caso que comentamos, la *litis* quedó constituida con anterioridad a la publicación de la decisión] y que fue comunicada al juzgado mediante escrito fechado el mismo día en que este dictó la sentencia, pueda alterar los términos en que había quedado fijado el litigio...”. Ello es así pese que la decisión de 29 de diciembre de 2015 cita expresamente, en su anexo I, entre otros, como excluido de la transmisión a NB, el litigio ante el juzgado de primera instancia n.º 1 de Zaragoza del que trajo causa la propia STS 678/2018.

La STS 323/2019 resuelve un litigio que comenzó por demanda de 24 de junio de 2015, es decir, también anterior a la fecha de la resolución de 29 de diciembre de 2015. También en este caso, el procedimiento –iniciado en su día ante el juzgado de primera instancia n.º 22 de Valencia– quedó expresamente excluido de la transmisión de BES a NB por la resolución. En este caso, sí se entendió que NB carecía de legitimación pasiva lo que invita a concluir que, sin mencionarla expresamente, el Tribunal Supremo habría dado curso a la resolución de 29 de diciembre de 2015. ¿Existe contradicción o vacilación en la jurisprudencia?

A nuestro entender, no, por un motivo, más allá de que la cuestión de la falta de legitimación pasiva de NB no fue objeto de examen en los mismos términos que en la STS 678/2018 o en la que ahora comentamos –por la forma en que la parte recurrente formuló su recurso de casación– y es que, en la lectura del Tribunal, la legitimación pasiva de NB ya estaba excluida, en el caso, por la decisión original de 3 de agosto de 2014 que, a este respecto, la de 29 de diciembre de 2014 no vino a contradecir sino a confirmar. En efecto, la decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 excluyó del perímetro “*Cualquier responsabilidad o contingencia relativa a la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitidos por entidades que integran el universo del Grupo Espíritu Santo*”. A diferencia del caso que ahora estudiamos, la reclamación interpuesta ante el juzgado de primera instancia n.º 22 de Valencia no lo fue por la comercialización por BES de producto financiero de terceros sino por la comercialización de bonos del propio BES. Parece claro que tanto el tribunal de instancia como el Tribunal Supremo entendieron que BES era parte del “Grupo Espíritu Santo” [lo que, por cierto, leída la resolución del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 no resulta para nada claro, pero esto es otro asunto] y, por tanto, como decimos, no se plantea problema de mutación de la legitimación pasiva de NB: esta no existió nunca.

5.4. Conclusión

Por razones, en buena medida, plausibles, la normativa en materia de saneamiento y resolución de crisis bancarias dota a las autoridades administrativas de potestades exorbitantes, cuya aplicación prácticamente excluye todas las normas del tráfico jurídico ordinario. Las autoridades competentes pueden acordar desplazamientos patrimoniales que operan *ope legis*. El derecho de la Unión Europea busca, además, coherencia con el mercado único lo que exige (i) atribuir a las autoridades del país de registro la potestad exclusiva para dictar medidas de saneamiento sobre una entidad de crédito y (ii) un sistema de reconocimiento mutuo inmediato. Esta última es la función de la Directiva 2001/24/CE. Es ajustado decir, por tanto, que las autoridades bancarias gozan de potestades exorbitantes que se aplican a escala comunitaria.

Lo que tanto el TJUE como el Tribunal Supremo afirman –en el caso del Tribunal Supremo tanto en la STS 678/2018 como en la 560/2021– es que esas

potestades exorbitantes no pueden proyectarse de forma irrestricta sobre todo tipo de relaciones jurídicas y situaciones: debe interpretarse en consonancia con las exigencias de la seguridad jurídica y, en particular, no pueden afectar a litigios cuyos elementos se encontraban establecidos antes de su entrada en vigor.

6. Bibliografía

GÓMEZ-ACEBO MUNTAÑOLA, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019 (323/2019)», en YZQUIERDO TOLSADA (Dir.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil) Vol. 11º (2019)*, Madrid, Editorial BOE-Dykinson, 2020, pág. 209 y ss.