



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

Id Cendoj: **28079119912021100016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/07/2021**

Nº de Recurso: **2917/2016**

Nº de Resolución: **560/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 560/2021

Fecha de sentencia: 23/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2917/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2917/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 560/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 23 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 129/2016, de 20 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 147/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, sobre nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes y, subsidiariamente, resolución del contrato.

El recurso fue interpuesto por Novo Banco S.A., sucursal en España, representado por el procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de D. Antonio Fernández de Hoyos. Posteriormente se admitió en calidad de recurrentes, respecto del recurso extraordinario por infracción procesal, a Banco de Portugal y Fondo de Resolución, representados por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Rodríguez Cárcamo y D.^a Ana María Rodríguez Conde.

Es parte recurrida D.^a Teresa, representada por la procuradora D.^a Virginia Salto Maquedano y bajo la dirección letrada de D. Fidel Andrés Ortega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Patricia Sánchez Sobrino, en nombre y representación de D.^a Teresa, interpuso demanda de juicio ordinario "frente a Novo Banco (anteriormente Banco Espirito Santo)", en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que estimando íntegramente la presente demanda:

" a) Se declare la nulidad de la orden de compra suscrita entre la parte actora y la demandada de fecha 10 de enero de 2008 de las participaciones preferentes de la entidad islandesa Kaupthing Bank (90 títulos código ISIN NUM000 Kaupthing 6,75 % importe nominal de 90.000 € y un importe efectivo de adquisición de 76.469 € y 68 títulos con código ISIN NUM001 denominadas Kaupthing Bank 9,00% USD con un importe nominal de 136.000 USD e importe efectivo de adquisición de 89.552 €) suponiendo por lo tanto dicha operación un total de 166.021 €, con restitución a la actora por parte de Novo Banco de los 166.021 € e intereses legales desde la citada fecha (10 de enero de 2008).

" b) Subsidiaria y alternativamente se declare la resolución de dicho contrato por incumplimiento de las obligaciones de la demandada de diligencia, lealtad e información a ella exigibles, condenando a Novo Banco a indemnizar en concepto de daños y perjuicios a la actora la cifra de 166.021 € más los intereses legales desde el 10 de enero de 2008.

" c) En cualquiera de ambos casos con expresa imposición de costas a la entidad demandada".

2.- La demanda fue presentada el 4 de febrero de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con el núm. 147/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Luis Pérez-Ávila Pinedo, en representación de Novo Banco S.A. sucursal en España, formuló declinatoria por falta de competencia territorial. La representación de D.^a Teresa se opuso y el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria-Gasteiz dictó auto de 15 de abril de 2015 acordando desestimar la declinatoria.

Reanudado el plazo de contestación a la demanda, la representación de Novo Banco S.A. sucursal en España contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

En la audiencia previa también se solicitó por la demandada la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva, que fue desestimada por auto de 29 de mayo de 2015.



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, una vez celebrado el juicio, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, dictó sentencia 204/2015, de 15 de octubre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por D^a. Teresa contra Novo Banco debo declarar la nulidad de la orden de compra suscrita con la demandada en fecha 10/1/2008 de las participaciones preferentes de la entidad islandesa Kaupthing Bank (90 títulos código ISN NUM002 Kaupthing 6,75% importe nominal de 90.000 € y un importe efectivo de adquisición de 76.469 € y 68 títulos con código ISIN NUM001 denominadas Kaupthing Bank 9,00 % USD con un importe nominal de 136.000 USD e importe efectivo de adquisición 89.552 €), y en consecuencia condeno a Novo Banco a restituir a la parte actora los 166.021 € invertidos, y a abonar los correspondientes intereses legales desde la fecha de la orden de suscripción.

" Finalmente declaro que D^a. Teresa abonará a Novo Banco los rendimientos obtenidos con los correspondientes intereses legales desde la fecha de cada uno de los abonos efectivos recibidos y que deberá entregar a Novo Banco los títulos de las participaciones preferentes de Kaupthing Bank adquiridas.

" Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 LEC y con imposición de costas a Banco Santander".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Novo Banco S.A. Sucursal en España. La representación de D.^a Teresa se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 717/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, deliberó, votó y falló el recurso el 22 de marzo de 2016 y dictó sentencia 126/2016, de 20 de abril, en la que desestimó el recurso y condenó al apelante al pago de las costas.

3.- El 19 de abril de 2016 Banco Espirito Santo presentó un escrito en el que solicitó la sucesión procesal en la posición que hasta ese momento había ocupado en el proceso Novo Banco S.A. Sucursal en España. La Audiencia Provincial dictó una providencia el 21 de abril de 2016 denegando la solicitud. Dicha providencia fue recurrida en reposición por Novo Banco S.A. Sucursal en España y por Banco Espirito Santo S.A. El recurso de reposición fue desestimado por auto de 11 de julio de 2016.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Luis Pérez Ávila Pinedo, en representación de Novo Banco S.A. sucursal en España, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Incardinable en el apartado 3º del artículo 469.1 LEC, por vulneración de las normas legales que rigen las garantías del proceso, generadoras de indefensión, en relación con la inobservancia del trámite previsto en el artículo 17.1 LEC, al no acordarse la suspensión de las actuaciones y otorgarse un plazo de diez días para alegaciones tras la petición de sucesión procesal peticionada por BES ante la Sala a quo".

"Segundo.- Incardinable en el apartado 4º del artículo 469.1 LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al incurrir la sentencia impugnada en un error patente en la interpretación del artículo 10 LEC, en relación con la legitimación pasiva de Novo Banco Sucursal, de conformidad con las Decisiones de 3 y 11 de agosto de 2017 y de 29 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del Banco de Portugal como autoridad pública competente para determinar y aplicar, dentro del proceso de reestructuración y resolución de BES, las medidas de resolución más adecuadas y fijar su alcance".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del artículo 1301 CC y de la jurisprudencia contenida en la sentencia número 769/2014 de 12 de enero del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación con el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio, al haber rechazado la Sala, de forma incorrecta, la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad del contrato litigioso".

"Segundo.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del artículo 1303 CC y de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que viene declarando que el artículo 1303 CC tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador".



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de octubre de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.^a Teresa se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2019.

5.- El 27 de febrero de 2019, el Banco de Portugal y el Fondo de Resolución presentaron un escrito en el que solicitaron que se admitiera su intervención en el recurso extraordinario por infracción procesal en la misma posición que la recurrente Novo Banco S.A., hacían alegaciones en apoyo de los dos motivos de recurso extraordinario por infracción procesal alegados por Novo Banco S.A. y solicitaban el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6.- Por providencia de 11 de marzo de 2019 se acordó suspender el señalamiento hasta resolver la solicitud de intervención del Banco de Portugal y del Fondo de Resolución.

7.- Tras oír a Novo Banco S.A., que mostró su conformidad, y a D.^a Teresa, que se opuso, se dictó un auto el 2 de abril de 2019 cuya parte dispositiva era del siguiente tenor:

"1. Admitir, en calidad de demandados y recurrentes, a Banco de Portugal y Fondo de Resolución, sin retrotraer actuaciones, teniendo por realizadas las alegaciones formuladas en su escrito en apoyo de las tesis de la recurrente Novo Banco Sucursal en España.

" 2. Respecto de la solicitud de planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando se proceda a la deliberación del recurso se acordará".

8.- El 4 de abril de 2019 se dictó una providencia en la que se acordó que el recurso pasara a conocimiento del pleno de esta Sala, a cuyo efecto se señaló el día 8 de mayo de 2019.

9.- Se dictó una providencia el 22 de mayo de 2019 en la que se acordó oír a las partes por diez días sobre la procedencia de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el plazo concedido, las partes hicieron las alegaciones que consideraron convenientes.

10.- El 25 de junio de 2019 se dictó un auto en el que se acordó plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de Derechos 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 del 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 dicha nueva Decisión?".

11.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia el 29 de abril de 2021 dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada, en la que declaró:

"Los artículos 3, apartado 2, y 32 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, deben interpretarse, a la luz del principio de seguridad jurídica y del artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que se oponen al reconocimiento, sin más requisitos, en un procedimiento judicial sobre el fondo en curso en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, en relación con un elemento del pasivo del que se había desposeído a una entidad de crédito mediante una primera medida de saneamiento adoptada en este último Estado, de los efectos de una segunda medida de saneamiento dirigida a volver a transmitir ese elemento del pasivo a dicha entidad de crédito, con efectos retroactivos a una fecha anterior al inicio del referido procedimiento, cuando tal reconocimiento supone que la entidad de crédito a la que se había transmitido el pasivo mediante la primera medida pierde, con efectos retroactivos, su legitimación pasiva por lo que se refiere a dicho procedimiento en curso, cuestionando así sentencias judiciales ya dictadas a favor de la parte demandante objeto de ese mismo procedimiento".

12.- Se dio un trámite de audiencia a Novo Banco S.A., Sucursal en España, Banco de Portugal y Fondo de Resolución y D.^a Teresa, sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea formularon alegaciones.



13.- Con fecha 10 de junio de 2021 se acordó señalar para Pleno el 14 de julio de 2021 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Banco Espirito Santo S.A. (en lo sucesivo, BES) es un banco portugués que venía realizando en España la actividad que constituye su objeto social mediante la creación de una sucursal en España, posibilidad prevista en el art. 12 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, así como la normativa anterior derogada por dicha ley.

2.- El 10 de enero de 2008, D.^a Teresa contrató en la oficina de Bilbao de BES la compra de participaciones preferentes de la entidad islandesa Kaupthing Bank por las que pagó 166.021 euros. BES y D.^a Teresa habían concertado también un contrato de depósito y administración de títulos valores. BES cobró periódicamente una comisión por el depósito y administración de esas participaciones preferentes. Con posterioridad, cuando la sucursal en España de BES pasó a ser la sucursal de Novo Banco, este mantuvo el depósito y administración de esos títulos valores y siguió cobrando la comisión periódica correspondiente a este contrato.

3.- D.^a Teresa dejó de percibir los rendimientos de dichas participaciones preferentes desde octubre de 2008, debido a la grave crisis en que se vio inmersa dicha entidad bancaria islandesa. En mayo de 2013, la demandante recibió una comunicación de BES en la que ofrecía comprarle las participaciones preferentes de Kaupthing Bank.

4.- Debido a la grave crisis en que estaba incurso BES, el Consejo de Administración del Banco de Portugal (en lo sucesivo nos limitaremos a referirnos a este organismo como Banco de Portugal) adoptó, en una Decisión (en algunas de las traducciones aportadas se denomina "Acuerdos" a estos actos del Banco de Portugal) de 3 de agosto de 2014, modificada por otra de 11 de agosto de 2014, lo que denominó como "medidas de resolución" (art. 145.º-C y siguientes del Régimen General de las Instituciones de Crédito y Sociedades Financieras, aprobado por Decreto-Ley n.º 298/92, de 31 de diciembre, y modificado por varios Decretos-Leyes posteriores). En dicha Decisión, en lo que aquí es relevante, se acordó constituir un "banco puente" denominado Novo Banco S.A. (en lo sucesivo, Novo Banco) al que se transmitió parcialmente el negocio de BES, para lo cual se transmitieron a Novo Banco los activos, pasivos y elementos extrapatrimoniales de BES que se describían en el anexo número 2. En el apartado número 1 de dicho anexo, tal como quedó redactado por la Decisión de 11 de agosto de 2014, se establecía:

"b) Las responsabilidades del BES frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de aquel serán transmitidos en su totalidad a Novo Banco con excepción de los siguientes ("Pasivos Excluidos"):
[...]

" (v) cualesquiera responsabilidades o contingencias, en particular las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas;

" (vi) cualesquiera responsabilidades o contingencias de BES relativas a emisiones de acciones o de deuda subordinada;

" (vii) cualesquiera responsabilidades o contingencias de relativas a la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitidos por entidades que integran el Grupo Espirito Santo;

" En cuanto atañe a las responsabilidades de BES que no serán objeto de transmisión, éstas permanecerán en la esfera jurídica de BES".

5.- El 6 de agosto de 2014, el Banco de Portugal remitió una comunicación al Banco de España en los siguientes términos:

"El 3 de agosto de 2014, el Banco de Portugal acordó aplicar una medida de resolución al Banco Espirito Santo S.A (BES) en virtud de la cual las actividades de dicha entidad bancaria, su red comercial y su estructura operativa han sido transferidas a un nuevo Banco que cumple plenamente los coeficientes de capital regulatorios. A día de hoy, dicho Banco tiene la denominación de "NOVO BANCO" [...].

" Asimismo, confirmamos que la antigua sucursal de BES en España (BES España) ha pasado a ser sucursal de "NOVO BANCO" y seguirá llevando a cabo sus actividades como viene haciéndolo hasta el momento".

El Banco de España publicó un anuncio en el Boletín Oficial del Estado el 3 de octubre de 2014 con el siguiente contenido:

"En cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, y a la vista de las comunicaciones recibidas del Banco de Portugal

el 21 de agosto y el 24 de septiembre de 2014, se informa de que, con fecha 3 de agosto de 2014, el Banco de Portugal ha aplicado a Banco Espirito Santo, S.A, una medida de resolución consistente en la transmisión parcial de su negocio a un banco puente constituido al efecto y denominado Novo Banco, S.A., que continuará sin interrupción con la actividad ordinaria de Banco Espirito Santo, S.A, Esta medida tiene la consideración de medida de saneamiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 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.

" Como resultado de esta medida, la sucursal de Banco Espirito Santo, S.A. en España, Inscrita con el número 0131 en el Registro de entidades de crédito del Banco de España, ha pasado a ser sucursal de Novo Banco, S.A."

6.- D.^a Teresa presentó el 4 de febrero de 2015 una demanda contra Novo Banco S.A. Sucursal en España cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria, en la que solicitó que se declarara la nulidad de la orden de compra de las participaciones preferentes de Kaupthing Bank y se condenara a Novo Banco a restituirle los 166.021 euros invertidos; o, subsidiariamente, se acordara la resolución de dicho contrato porque la entidad bancaria había incumplido sus obligaciones de diligencia, lealtad e información exigibles y se le condenara a indemnizarle en 166.021 euros en concepto de daños y perjuicios.

7.- Novo Banco se opuso a la demanda. Alegó que carecía de legitimación pasiva porque en las medidas de resolución de BES adoptadas por el Banco de Portugal en la Decisión de 3 de agosto, modificada el 11 de agosto, la responsabilidad que se exigía en la demanda era un pasivo que no había sido transmitido a Novo Banco. Alegó también que, en todo caso, BES tampoco habría tenido legitimación pasiva porque fue una mera intermediaria en la compra de las participaciones preferentes. También opuso la excepción de caducidad de la acción y, por último, negó que hubiera existido error en el consentimiento porque la demandante fue adecuadamente informada sobre las características del producto.

8.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 15 de octubre de 2015 en la que rechazó todas las excepciones y argumentos de oposición alegados por Novo Banco, pues desestimó la excepción de caducidad y declaró que la deuda que resultara del litigio había sido transmitida a Novo Banco en la Decisión de 3 de agosto, modificada por la de 11 de agosto, ambas de 2014. Consideró que había existido error del consentimiento porque la demandante, que cuando contrató con BES la adquisición del producto tenía 68 años de edad y carecía de formación financiera, no fue informada adecuadamente por BES sobre la naturaleza y los riesgos de las participaciones preferentes que adquiriría. Por esa razón, declaró la nulidad del contrato y condenó a Novo Banco a restituir a la demandante los 166.021 euros a que ascendió el precio de las participaciones preferentes, y la demandante debería restituir a Novo Banco los rendimientos obtenidos, así como los títulos de las participaciones preferentes objeto del contrato.

9.- Novo Banco apeló la sentencia y reiteró los argumentos que había expuesto para oponerse a la demanda.

10.- Encontrándose el recurso de apelación en trámite ante la Audiencia Provincial, Novo Banco presentó un escrito el 26 de enero de 2016 con el que aportó dos Decisiones adoptadas por el Banco de Portugal el 29 de diciembre de 2015, una de ellas sobre "Transferencias, retransmisiones y modificaciones y aclaraciones del Anexo 2 del Acuerdo de 3 de agosto de 2014 (20,00h)" y la otra sobre "Aclaración y retransmisión de responsabilidades y contingencias definidas como pasivos excluidos en los subapartados (v) a (vii) del apartado (b) del nº 1 del Anexo 2 del Acuerdo del Banco de Portugal de 11 de agosto de 2014 (17 horas)".

En estas Decisiones, entre otros extremos, se acordó que el subapartado (vii) del apartado (b) del número 1 del Anexo 2 de la Decisión aprobada en el acuerdo de 3 de agosto de 2014 (responsabilidades del BES no transmitidas a Novo Banco)

"pasa a tener la siguiente redacción:

" Cualesquiera obligaciones, garantías, responsabilidades o contingencias asumidas en la comercialización, intermediación financiera, procedimiento de contratación y distribución de instrumentos financieros emitidos por cualesquiera entidades [...]"

También se disponía en ese acuerdo:

"En particular, desde este momento, se aclara que no han sido transferidos del BES al Novo Banco los siguientes pasivos del BES: [...]"

" (vi) Todas las indemnizaciones y créditos resultantes de anulación de operaciones realizadas por el BES como prestador de servicios financieros y de inversión; y

" (vii) Cualquier responsabilidad que sea objeto de cualquiera de los procedimientos descritos en el Anexo I".



El Anexo I contenía un listado de procedimientos judiciales en curso en diversos Estados, entre los que se encontraba este procedimiento judicial iniciado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria.

Por último, en estas Decisiones se acordó:

"En la medida en que cualquier activo, pasivo o elemento extrapatrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en cualquiera de los apartados anteriores, debiese haber permanecido en el ámbito patrimonial del BES, pero que, de hecho, haya sido transferido al Novo Banco, por la presente, dichos activos, pasivos o elementos extrapatrimoniales se transmiten nuevamente del Novo Banco al BES, con efectos a 3 de agosto de 2014 (20.00h)".

11.- Tras oír a la parte contraria, la Audiencia Provincial, mediante auto de 18 de febrero de 2016, acordó la unión a las actuaciones del documento aportado por Novo Banco. A continuación, acordó que la deliberación, votación y fallo del recurso tuviera lugar el 22 de marzo de 2016.

12.- El 19 de abril de 2016 BES presentó un escrito en el que solicitó ser reconocido como parte en el proceso y que se acordara la sucesión procesal en la posición que hasta ese momento había ocupado en el proceso Novo Banco S.A. Sucursal en España.

13.- La Audiencia Provincial dictó sentencia el 20 de abril de 2016, en la que desestimó el recurso interpuesto por Novo Banco y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

14.- La Audiencia Provincial dictó una providencia el 21 de abril de 2016 en la que rechazó la solicitud de sucesión procesal formulada por BES. Dicha providencia fue recurrida en reposición tanto por Novo Banco como por BES. Tras el correspondiente trámite de audiencia a la otra parte, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de reposición y confirmó la resolución que desestimó la solicitud de sucesión procesal.

15.- Novo Banco ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos y un recurso de casación basado también en dos motivos, que han sido admitidos.

16.- Estando ya señalada la deliberación, votación y fallo del recurso, el Banco de Portugal y el Fondo de Resolución se han personado ante esta sala, han solicitado que se admitiera su intervención en el recurso extraordinario por infracción procesal en la misma posición que Novo Banco, y han realizado alegaciones respecto de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal alegados por Novo Banco.

17.- Para justificar su interés en intervenir en el proceso, Fondo de Resolución, persona jurídica de Derecho público portugués que presta apoyo financiero a la aplicación de las medidas de resolución adoptadas por el Banco de Portugal, alegó que había vendido el 75% del capital social de Novo Banco a un fondo de inversión en una operación iniciada en enero de 2016. En el acuerdo de venta se había recogido lo previsto en una tercera Decisión adoptada por Banco de Portugal el 29 de diciembre de 2015 (Decisión de "Neutralización"), conforme a la cual, resumidamente y en lo que aquí es relevante, Fondo de Resolución habría de compensar, en determinadas condiciones, a Novo Banco por las condenas judiciales que se impusieran a este banco y que no se ajustaran al perímetro patrimonial establecido en las otras dos Decisiones de 29 de diciembre de 2015.

18.- Por auto de 2 de abril de 2019 se acordó admitir, en calidad de demandados y recurrentes, a Banco de Portugal y Fondo de Resolución, sin retrotraer actuaciones, y se tuvieron por realizadas las alegaciones formuladas en su escrito.

19.- En la deliberación convocada para la decisión de los recursos, se valoró la pertinencia de formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial, por lo que se acordó oír a las partes y a las intervinientes sobre la pertinencia de plantear tal petición.

20.- Tras este trámite de audiencia, se dictó auto el 25 de junio de 2019 en el que se acordó plantear la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de Derechos 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 del 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 dicha nueva Decisión?".

21.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 29 de abril de 2021 cuya parte dispositiva declaró:



"Los artículos 3, apartado 2, y 32 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, deben interpretarse, a la luz del principio de seguridad jurídica y del artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que se oponen al reconocimiento, sin más requisitos, en un procedimiento judicial sobre el fondo en curso en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, en relación con un elemento del pasivo del que se había desposeído a una entidad de crédito mediante una primera medida de saneamiento adoptada en este último Estado, de los efectos de una segunda medida de saneamiento dirigida a volver a transmitir ese elemento del pasivo a dicha entidad de crédito, con efectos retroactivos a una fecha anterior al inicio del referido procedimiento, cuando tal reconocimiento supone que la entidad de crédito a la que se había transmitido el pasivo mediante la primera medida pierde, con efectos retroactivos, su legitimación pasiva por lo que se refiere a dicho procedimiento en curso, cuestionando así sentencias judiciales ya dictadas a favor de la parte demandante objeto de ese mismo procedimiento".

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- Por razones de lógica argumental, procede examinar en primer lugar el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- En el encabezamiento del motivo, Novo Banco alega la "vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al incurrir la sentencia impugnada en un error patente en la interpretación del artículo 10 LEC, en relación con la legitimación pasiva de Novo Banco Sucursal, de conformidad con las Decisiones de 3 y 11 de agosto de 2014 y de 29 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del Banco de Portugal como autoridad pública competente para determinar y aplicar, dentro del proceso de reestructuración y resolución de BES, las medidas de resolución más adecuadas y fijar su alcance".

3.- La infracción se habría producido, según la recurrente, porque el fallo contra Novo Banco ha venido determinado por la errónea valoración e interpretación de las decisiones de 3 y 11 de agosto de 2014 y de 29 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del Banco de Portugal (autoridad pública competente para determinar y aplicar las medidas de resolución en el proceso de reestructuración y resolución de Banco Espírito Santo S.A.) pues, conforme a estas decisiones, la responsabilidad de BES derivada del contrato celebrado con las demandantes no habría sido transferida a Novo Banco, al tratarse de uno de los "pasivos excluidos" en dichas decisiones. Estas decisiones han de ser reconocidas sin más formalidades en el territorio de los demás Estados miembros, conforme al art. 9.1 de la Directiva 2001/24/CE. La recurrente calificaba el procedimiento iniciado por esas Decisiones como un "proceso administrativo de liquidación ordenada" e invocó el art. 10.f de la Directiva 2001/2004/CE, ubicado en el título III, "procedimientos de liquidación", para justificar que "[l]a legislación del Estado miembro de origen determinará en particular: los créditos que deban cargarse al pasivo de la entidad de crédito y la suerte de los créditos nacidos después de incoado el procedimiento de liquidación".

4.- Al personarse como intervinientes, en calidad de recurrentes en el recurso extraordinario por infracción procesal, Banco de Portugal y Fondo de Resolución han realizado alegaciones, formalmente en apoyo de la recurrente Novo Banco, y han invocado el art. 3.2 de la Directiva, ubicado en el título II, "medidas de saneamiento", que establece:

"Las medidas de saneamiento se aplicarán de conformidad con lo dispuesto en las leyes, reglamentos y procedimientos aplicables en el Estado miembro de origen, en tanto en cuanto la presente Directiva no disponga otra cosa.

" Surtirán todos sus efectos con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en toda la Comunidad y 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".

Alegan las intervinientes que el TJUE, en la sentencia de 24 de octubre de 2013, *LBI*, C-85/12, ha declarado que dicho precepto no se opone a que el Estado miembro de origen modifique, incluso con efecto retroactivo, el régimen legal aplicable a tales medidas. En consecuencia, este tribunal debería reconocer plenos efectos a las Decisiones del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015, en el que se determinó que no habían sido objeto de transferencia del BES a Novo Banco "todas las indemnizaciones y créditos resultantes de la anulación de operaciones realizadas por BES como prestador de servicios financieros y de inversión", y en las que el presente procedimiento fue incluido en un anexo en que se le declaraba expresamente excluido del ámbito de la transferencia, e incluso se acordó que aunque se verificase que la responsabilidad exigida en este proceso había sido efectivamente transferida a Novo Banco, dicho pasivo sería transmitido nuevamente de Novo Banco a BES con efectos del día 3 de agosto de 2014.



Y, finalmente, las intervinientes negaron que fuesen aplicables los arts. 10 y 32 de la citada Directiva, y afirmaron que la existencia de un procedimiento en curso no permite que una autoridad judicial deje de tomar en consideración las decisiones de la autoridad del Estado de origen que regulan la medida de saneamiento.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: transmisión a Novo Banco S.A. de las obligaciones de Banco Espirito Santo S.A. derivadas de la nulidad de los contratos celebrados por este con sus clientes*

1.- Los términos en que se ha producido la intervención de Banco de Portugal y Fondo de Resolución y, concretamente, las alegaciones que han realizado respecto de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal (teóricamente, en apoyo de tal motivo), son dudosamente admisibles desde el punto de vista de los principios rectores del proceso civil y, concretamente, del principio de interdicción de indefensión.

2.- Mientras que al formular este motivo del recurso, Novo Banco, para fundamentar la existencia de la infracción legal invocada, alegó que la Decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014, modificada por otra de 11 de agosto de 2014, había abierto un "proceso administrativo de liquidación ordenada" e invocó el art. 10.f de la Directiva 2001/2004/CE, ubicado en el título III, "procedimientos de liquidación", Banco de Portugal y Fondo de Resolución, en sus alegaciones "en apoyo" de tal motivo de recurso, han negado la aplicabilidad de dicho precepto de la Directiva y han alegado que dicha Decisión abrió un procedimiento consistente en "medidas de saneamiento", por lo que el aplicable era el art. 3.2 de la Directiva.

3.- Que los intervinientes que se personan, en calidad de recurrentes, en un recurso previamente formulado, realicen alegaciones incompatibles con las alegaciones del recurrente originario, puede causar indefensión al recurrido, por la inseguridad que provoca tener que replicar a argumentos incompatibles entre sí, y porque es posible que las alegaciones que sirvan para desvirtuar el recurso de una parte recurrente sirvan de apoyo a los argumentos impugnatorios de otra parte recurrente.

4.- Sin perjuicio de lo anterior, el motivo del recurso no puede prosperar, ya sean tomados en consideración los argumentos impugnatorios de Novo Banco, ya lo sean los alegados por Banco de Portugal y Fondo de Resolución.

5.- A los argumentos impugnatorios de Novo Banco le son de aplicación las razones que expusimos en nuestra sentencia 678/2018, de 29 de noviembre, en la que desestimamos un recurso similar interpuesto por la misma entidad.

6.- En esa sentencia afirmamos que, debido a la situación de insolvencia, el Banco de Portugal inició un proceso de reestructuración y resolución de Banco Espirito Santo S.A. mediante una decisión de su Consejo de Administración adoptada el 3 de agosto de 2014, modificada por otra decisión de 11 de agosto de 2014 cuya finalidad era aclarar y ajustar el perímetro de lo transmitido a Novo Banco S.A.

7.- En el seno de este proceso, se creó una nueva entidad, Novo Banco, como "entidad puente", a la que se transmitió una parte sustancial del patrimonio de BES. La decisión del Banco de Portugal contenía un anexo en el que se detallaban los activos y los pasivos del BES que se transmitían a Novo Banco. En dicho anexo, tal como quedó redactado por la decisión de 11 de agosto de 2014, se establecía:

"b) Las responsabilidades del BES frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de aquel serán transmitidos en su totalidad a Novo Banco con excepción de los siguientes ("Pasivos Excluidos"):
[...]

" (v) Cualesquiera responsabilidades o contingencias, en particular las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas. [...]

" En cuanto atañe a las responsabilidades de BES que no serán objeto de transmisión, éstas permanecerán en la esfera jurídica de BES".

8.- A la vista de los términos en que se redactó la decisión del Banco de Portugal, y dado que, tal como ha quedado planteado el litigio tras las sentencias de primera y segunda instancia, la única acción sobre la que versa el recurso interpuesto ante este tribunal es la de nulidad contractual, no puede estimarse que el pasivo que supondría la estimación de dicha acción (la obligación de restitución) haya sido excluido de la transmisión operada entre BES y Novo Banco, pues no se trata de una responsabilidad derivada de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas, sino de una obligación de restitución que derivaría del error sustancial y excusable sufrido por la demandante.

9.- El subapartado v) ha de interpretarse conjuntamente con el enunciado del apartado b del anexo de la decisión, transcritos ambos en el punto 7 de este fundamento, de modo que la regla general es la contenida en el enunciado general ("las responsabilidades del BES frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de aquel serán transmitidos en su totalidad a Novo Banco") y el contenido del subapartado



v) constituye una excepción. Por tal razón, no puede considerarse que las responsabilidades o contingencias de BES que se mencionan como excluidas de la transmisión sean todas en las que hubiera podido incurrir BES, sino solo las expresamente señaladas en ese subapartado v), que son "las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas", lo que no es el caso de la obligación de restitución por la nulidad del contrato celebrado con el cliente.

10.- En lo que se refiere a la decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015, en la que se excluirían de la transmisión operada entre BES y Novo Banco las responsabilidades objeto de este procedimiento, ya dijimos en nuestra anterior sentencia que no puede admitirse que una decisión administrativa adoptada cuando el litigio ya estaba iniciado e incluso ya se había dictado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estimaba la demanda, pueda alterar los términos en los que había quedado fijado el litigio al inicio del mismo. Frente a la excepción opuesta en su contestación a la demanda, la legitimación pasiva de Novo Banco había sido fijada en su sentencia por el Juzgado de Primera Instancia antes de que el Banco de Portugal adoptara la decisión de 29 de diciembre de 2015. Como veremos más adelante, la sentencia del TJUE confirma la corrección de este argumento.

11.- Novo Banco invoca el art. 10 de la Directiva 2001/24/CE para justificar su pretensión de reconocimiento de plenos efectos a las decisiones de la autoridad administrativa competente del Estado miembro de origen. El apartado primero de este artículo, ubicado en el título III de la Directiva, "procedimiento de liquidación" establece:

"La entidad de crédito se liquidará de conformidad con lo dispuesto en las leyes, reglamentos y procedimientos aplicables en el Estado miembro de origen, siempre que en la presente Directiva no se disponga otra cosa".

12.- El argumento no puede servir para la estimación del motivo. Como dijimos en nuestra anterior sentencia, debe tenerse en cuenta que la propia Directiva, en cuya transposición se dictó la normativa que sirvió de base a las decisiones del Banco de Portugal, prevé en su art. 10.2.e que la legislación del Estado miembro de origen determinará los efectos del procedimiento de liquidación sobre los procedimientos judiciales particulares "con excepción de los procesos en curso".

13.- No obstante, la tesis de Novo Banco de que el proceso de reestructuración y resolución de BES abierto por Banco de Portugal en sus decisiones de agosto de 2014 tiene la naturaleza de un procedimiento de liquidación, en la que basa la aplicabilidad del art. 10 de la Directiva, no puede aceptarse pues, como resulta de las alegaciones de Banco de Portugal y Fondo de Resolución, se trata de un procedimiento de saneamiento, y así ha sido confirmado por el TJUE en su sentencia de 29 de abril de 2021, asunto 504/19.

14.- Como se ha expuesto con anterioridad, Banco de Portugal y Fondo de Resolución, al personarse y realizar alegaciones en apoyo del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Novo Banco, alegan que no es aplicable el art. 10 de la Directiva, en el que Novo Banco había apoyado su recurso, sino el art. 3 de dicha Directiva, porque las Decisiones de Banco de Portugal no abrieron un procedimiento de liquidación sino unas medidas de saneamiento.

15.- El art. 3 de la Directiva, ubicado en el título II, "medidas de saneamiento", establece:

"Adopción de medidas de saneamiento - legislación aplicable

" 1. Las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen serán las únicas competentes para decidir sobre la aplicación en una entidad de crédito, incluidas las sucursales establecidas en otros Estados miembros, de una o varias medidas de saneamiento.

" 2. Las medidas de saneamiento se aplicarán de conformidad con lo dispuesto en las leyes, reglamentos y procedimientos aplicables en el Estado miembro de origen, en tanto en cuanto la presente Directiva no disponga otra cosa.

" Surtirán todos sus efectos con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en toda la Comunidad y 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.

" Las medidas de saneamiento surtirán efecto en toda la Comunidad en cuanto surtan efecto en el Estado miembro en el que se hayan tomado".

16.- La sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021, asunto 504/19, en la que se da respuesta a la cuestión prejudicial planteada en este proceso, ha declarado que la previsión del art. 32 de la Directiva 2001/24 (conforme al cual "[l]os efectos de las medidas de saneamiento o de un procedimiento de liquidación con respecto a un procedimiento en curso en relación con un bien o un derecho del que se ha desposeído a la



entidad de crédito se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento"), también debe aplicarse al procedimiento en curso en relación con uno o varios elementos patrimoniales de la entidad de crédito, tanto del activo como del pasivo, objeto de las medidas de saneamiento adoptadas (apartados 41 y siguientes). Por tanto, la ley del Estado miembro en que está en curso el procedimiento (en este caso, España) es aplicable cuando lo que se ha transmitido en virtud de las medidas de saneamiento son determinadas responsabilidades de la entidad financiera objeto de tales medidas.

17.- Sentado lo anterior, la aplicación de la ley del Estado miembro en que se desarrolla el procedimiento es predicable no solo de los efectos procedimentales de una medida de saneamiento, sino también de sus efectos sustantivos. El apartado 47 de la sentencia del TJUE afirma sobre esta cuestión:

"En efecto, por un lado, ni del artículo 32 de la Directiva 2001/24 ni de su considerando 30 se desprende que el legislador de la Unión tuviera la intención de limitar la aplicación de esta excepción únicamente a los efectos procedimentales de una medida de saneamiento. Por otro lado, el considerando 23 de dicha Directiva, que, como se deriva del apartado 35 de la presente sentencia, justifica la remisión a la ley de un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, como indispensable atemperación del principio de la aplicabilidad de la ley del Estado miembro de origen, no se limita a mencionar los efectos procedimentales, sino que indica que tanto estos últimos como los efectos sustanciales de las medidas de saneamiento pueden entrar en conflicto con las normas habitualmente aplicables dentro del marco de la actividad económica y financiera de la entidad de crédito y de sus sucursales en los demás Estados miembros".

18.- Por tanto, siendo la regulación del Derecho de la Unión Europea en este punto la misma, ya se trate de un procedimiento de liquidación, ya de unas medidas de saneamiento, la solución a la cuestión planteada debe ser la que dimos en la sentencia 678/2018, de 29 de noviembre.

19.- Además de lo expuesto, el TJUE es claro cuando afirma que lo pretendido por Banco de Portugal y Fondo de Resolución cuando solicitan que se aplique en el proceso en curso las decisiones de Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015 y se produzca la consiguiente (re)transmisión del pasivo desde Novo Banco a BES, es contrario a los principios de seguridad jurídica y al derecho a la tutela judicial efectiva. Declara en este sentido la citada sentencia del TJUE:

"51 Sobre este particular, por lo que respecta, en primer lugar, al principio de seguridad jurídica, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este principio exige, por un lado, que las normas jurídicas sean claras y precisas y, por otro, que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas. En concreto, dicho principio exige que una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (sentencia de 11 de julio de 2019, Agrenergy y Fusignano Due, C 180/18, C 286/18 y C 287/18, EU:C:2019:605, apartados 29 y 30 y jurisprudencia citada).

" 52 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha recordado que el principio de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras (sentencia de 21 de junio de 2007, ROM-projecten, C 158/06, EU:C:2007:370, apartado 26 y jurisprudencia citada).

" 53 En el caso de autos, aun cuando VR disponía, en el momento de interponer su demanda contra Novo Banco España ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria, el 4 de febrero de 2015, de todos los elementos necesarios para tomar con pleno conocimiento de causa una decisión sobre la interposición de tal demanda, así como para identificar con certeza contra quién debía dirigirse esta última, y, en particular, el hecho de que aún podía adoptarse y producir efectos retroactivos una medida de nueva transmisión de Novo Banco a BES, de la responsabilidad asociada al contrato de compraventa de participaciones, no es menos cierto que VR, una vez interpuesta su demanda, pero antes de que recayera un pronunciamiento definitivo, no podía anticipar la materialización de esa última posibilidad ni adoptar las medidas oportunas en consecuencia.

" 54 De este modo, el reconocimiento, en el procedimiento principal, de los efectos de las Decisiones de 29 de diciembre de 2015, en la medida en que pueda cuestionar las sentencias judiciales ya dictadas a favor de VR, que aún son objeto de un procedimiento en curso, y hacer perder retroactivamente a la parte demandada su legitimación pasiva a efectos de la demanda interpuesta por la parte demandante, violaría el principio de seguridad jurídica" [...]

" 63 Pues bien, admitir que unas medidas de saneamiento adoptadas por la autoridad competente del Estado miembro de origen con posterioridad a la interposición de tal demanda y a dicha sentencia, y que tienen como consecuencia modificar, con efectos retroactivos, el marco jurídico pertinente para resolver el litigio que motivó la citada demanda, o incluso directamente la situación jurídica objeto de ese litigio, puedan llevar al juez que conoce del asunto a desestimarla constituiría una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, en el



sentido del artículo 47, párrafo primero, de la Carta, aun cuando dichas medidas no sean, como tales, contrarias a la Directiva 2001/24, como se ha recordado en el apartado 61 de la presente sentencia.

20.- Las razones expuestas justifican que el motivo del recurso sea desestimado.

CUARTO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del motivo, al amparo del apartado 3.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la vulneración de las normas legales que rigen las garantías del proceso, generadora de indefensión, en relación con la inobservancia del trámite previsto en el artículo 17.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no acordarse la suspensión de las actuaciones y otorgarse un plazo de diez días para alegaciones tras la petición de sucesión procesal peticionada por BES ante la Audiencia Provincial.

2.- Novo Banco, en el desarrollo del motivo, argumenta que la vulneración habría sido motivada porque cuando BES presentó la solicitud de sucesión procesal, no se suspendieron las actuaciones ni se concedió el trámite de alegaciones previsto en el art. 17.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que se privó a las partes de formular alegaciones respecto de tal solicitud y se les causó indefensión.

3.- Por su parte, Banco de Portugal y Fondo de Resolución, al formular alegaciones como intervinientes voluntarios, insisten en que de acuerdo con la Decisión de Contingencias de 29 de diciembre de 2015 se acordó que los pasivos a los que se hacía referencia en esa decisión (cuyo anexo mencionaba expresamente el que era objeto de este procedimiento) sería transmitido nuevamente de Novo Banco a BES.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- La fecha señalada para la deliberación, votación y fallo del recurso de apelación interpuesto por Novo Banco fue el 22 de marzo de 2016. Por tanto, cuando Banco Espirito Santo presentó la solicitud de sucesión procesal, el 19 de abril de 2016, para sustituir a Novo Banco como parte demandada, había pasado casi un mes desde la fecha señalada para la deliberación, votación y fallo del recurso y, por tanto, el recurso de apelación estaba ya deliberado, votado y fallado, sin perjuicio de que la sentencia aún no había sido firmada por los integrantes del tribunal. Fue firmada el 20 de abril de 2016, esto es, al día siguiente a la presentación de la solicitud, por lo que parece incuestionable que la sentencia estaba ya elaborada y en fase de firma por los integrantes del tribunal de apelación, y que la solicitud de sucesión procesal no pudo ser resuelta antes de que la sentencia fuera firmada.

2.- Este retraso en la formulación de la solicitud de sucesión procesal y su presentación en una fecha tan tardía, cuando materialmente no era posible darle el trámite previsto en el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es imputable solamente al solicitante. Y es reiterada la doctrina que excluye la existencia de indefensión cuando es la propia parte la que, con su falta de diligencia, ha obstaculizado sus posibilidades de actuación.

3.- Los recursos de reposición interpuestos BES y por Novo Banco contra la providencia que denegó la solicitud de sucesión procesal, dictada al día siguiente de la firma de la sentencia, excluyen la existencia de indefensión por falta de audiencia bilateral, porque en ellos las partes pudieron realizar alegaciones respecto de la procedencia de la sucesión procesal. También han formulado estas alegaciones en el recurso extraordinario por infracción procesal y en el escrito en el que tanto el Banco de Portugal como el Fondo de Resolución han solicitado su intervención en el recurso. Carece de sentido anular en este momento las actuaciones y retrotraerlas al momento anterior a la sentencia para que las partes puedan realizar las alegaciones que ya han formulado, tanto ante la Audiencia Provincial como ante este mismo tribunal.

4.- En todo caso, la solicitud de sucesión procesal era manifiestamente improcedente. Una de las cuestiones, quizás la principal, que constituía el objeto del debate en el proceso era la relativa a qué entidad debía responder en caso de que el contrato de adquisición de participaciones preferentes fuera anulado, si era Novo Banco, como sostenía la demandante, o BES, como sostenía la demandada Novo Banco.

5.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial interpretaron las decisiones en las que el Banco de Portugal adoptó medidas de resolución de BES, en concreto, la creación de Novo Banco y la transmisión a este de parte del negocio bancario de BES, y concluyeron que la responsabilidad exigida en este litigio había sido transmitida de BES a Novo Banco.

6.- No es, por tanto, admisible que por la vía de la solicitud de sucesión procesal se deje sin efecto lo acordado por los tribunales sobre la legitimación pasiva de la parte demandada y se atribuya la responsabilidad a un banco que no ha sido demandado y que la parte demandante no quiere que se le considere como único responsable porque se encuentra incurso en un proceso de reestructuración que pone en cuestión su capacidad para responder íntegramente de sus obligaciones.

7.- Dice en este sentido la sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021:



"61 Es cierto que la Directiva 2001/24 no se opone a que el Estado miembro de origen modifique, incluso con efectos retroactivos, el régimen legal aplicable a las medidas de saneamiento (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de octubre de 2013, LBI, C 85/12, EU:C:2013:697, apartado 38).

" 62 Sin embargo, en el caso de autos, es preciso subrayar que, como se desprende de los apartados 26 y 29 de la presente sentencia, las Decisiones de 29 de diciembre de 2015, que modificaron, con efectos retroactivos, la Decisión de agosto de 2014, y, muy especialmente, la imputación de la responsabilidad inherente a la celebración con VR [la demandante] del contrato de compraventa de participaciones, se adoptaron en el contexto de un procedimiento judicial en curso, incoado para que se declarara tal responsabilidad. En efecto, dichas Decisiones pretenden precisamente hacer inoperante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria de 15 de octubre de 2015, al cuestionar la interpretación que dicho tribunal había efectuado de la Decisión de agosto de 2014. Como resulta del apartado 19 de la presente sentencia, las citadas Decisiones se refieren expresamente a la demanda interpuesta por VR para establecer, contrariamente a la referida sentencia, que la responsabilidad que pudiera derivarse de dicha demanda no se había transmitido de BES a Novo Banco".

8.- Por tal razón, el apartado 63 de la sentencia del TJUE, que ha sido transcrito con anterioridad, considera una limitación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva no solo reconocer la eficacia, en un proceso en curso, de unas medidas de saneamiento adoptadas por la autoridad competente del Estado miembro de origen con posterioridad a la interposición de la demanda y de la sentencia de primera instancia, que tengan como consecuencia modificar, con efectos retroactivos, el marco jurídico pertinente para resolver el litigio que motivó la citada demanda, sino también que tales medidas pretendan modificar directamente la situación jurídica objeto de ese litigio.

9.- No puede aceptarse que Novo Banco sea sucedido, como parte demandada en el proceso, por BES, puesto que sería reconocer la eficacia en un proceso en curso de una medida adoptada con posterioridad al inicio del proceso y una vez que en el mismo se había dictado la sentencia de primera instancia, que afecta a un pasivo del que había sido desposeído BES y transmitido a Novo Banco, con lo que se pretende modificar directamente la situación jurídica objeto del litigio, privar de eficacia a la acción que la cliente ejerció confiando legítimamente en el marco jurídico vigente cuando interpuso la demanda, y, en definitiva, privar de eficacia a la resolución judicial dictada en tal proceso.

Recurso de casación

SEXTO.- *Formulación del primer motivo de casación*

1.- En el encabezamiento de este motivo, la recurrente alega que la sentencia de la Audiencia Provincial, al haber rechazado la excepción de caducidad, infringió el art. 1301 del Código Civil y la jurisprudencia sobre el comienzo del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será cuando se produzca en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto, lo que habría tenido lugar cuando la demandante dejó de percibir los rendimientos de las participaciones preferentes adquiridas.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: día inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulación de la adquisición del producto financiero por error vicio*

1.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han afirmado que aun cuando en octubre de 2008 se dejaron de abonar los cupones, la demandante no tuvo conocimiento real de que el producto financiero contratado consistía en unas participaciones preferentes hasta mayo de 2013, en que BES le ofertó la compra de tales participaciones preferentes.

2.- La recurrente, por el contrario, considera que el momento en que la demandante pudo tener conocimiento de la naturaleza y riesgos del producto adquirido fue cuando dejaron de pagarse los rendimientos del mismo.

3.- Esta sala ha resuelto esta misma cuestión en supuestos muy similares. Así, en la sentencia 428/2019, de 16 de julio (a la que se remite la posterior sentencia 562/2019, de 22 de octubre), hemos declarado:

"Esta sala se ha pronunciado ya sobre el plazo de ejercicio de la acción en supuestos similares al presente. Dice la sentencia 264/2018, de 9 de mayo:

" "Como hemos recordado recientemente (sentencia 89/2018, de 19 de febrero), la jurisprudencia en la interpretación del art. 1301.IV CC ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr "desde la consumación del contrato", y no antes. Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo



desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

" En el presente caso, la sentencia recurrida entendió que desde el momento en que los clientes dejan de percibir rendimientos "(los últimos beneficios se perciben en junio de 2009), conocen (o están en disposición de conocer, utilizando una diligencia mínima) la verdadera naturaleza, características y riesgos del producto adquirido y, por consiguiente, del supuesto engaño o error con el que suscribieron las órdenes de compra, de suerte que desde tal momento están en condiciones de ejercitar la oportuna acción (art. 1969 del Código Civil). Y si la acción se ejercita el 21 de mayo de 2014, es decir, superado ampliamente el plazo de cuatro años que señala el art. 1301 del Código Civil, claro es que la misma ya estaba fenecida".

" Esta sala no comparte este razonamiento, porque el solo hecho de que se dejaran de percibir rendimientos no permite deducir un conocimiento de las características reales del producto contratado. De una parte, porque en el documento correspondiente a la suscripción de la orden de valores no se contiene la descripción de las características del producto contratado, de modo que la suspensión de las liquidaciones de beneficios puede no resultar definitiva para constatar el error hasta que por el banco no se facilite al cliente la información completa sobre el producto. Por otra parte, en diciembre de 2010 la propia entidad demandada ofreció a los inversores una solución consistente en proceder al canje de las preferentes Sos Cuétara por nuevas acciones que emitiría la sociedad Doleo S.A. Debe entenderse por tanto que a partir de dicho momento los actores pudieron tener conocimiento de la existencia del supuesto error en las características del producto litigioso contratado, pues al rechazar la oferta de canje -tras ser informados de la situación financiera de la entidad Sos- y constatar la imposibilidad de vender el producto -en un mercado secundario- y recuperar el capital invertido, pudieron ser conscientes del eventual error cometido en la contratación al resultar un producto distinto al que creían haber suscrito. Tomando como referencia la fecha de diciembre de 2010 y al haberse presentado la demanda el 23 de mayo de 2014 no ha transcurrido el plazo de los cuatro años al que se refiere el art. 1301 CC".

4.- Lo expuesto muestra que la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia de esta sala. El plazo de ejercicio de la acción se inició cuando la cliente fue informada de la verdadera naturaleza del producto que había adquirido, y del consiguiente riesgo que su adquisición comportaba, razón por la cual la acción de anulación por error vicio, que fue la estimada en ambas instancias, no había caducado cuando se interpuso la demanda.

OCTAVO.- *Formulación del segundo motivo de casación*

1.- En el encabezamiento de este segundo y último motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del art. 1303 del Código Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se habría producido porque la sentencia no condena a la restitución de la comisión percibida por la entidad financiera sino de las cosas que fueron objeto de la compraventa de las participaciones preferentes celebrado entre la demandante y el vendedor de las mismas en el mercado secundario.

NOVENO.- *Decisión del tribunal: pertinencia de acordar la restitución del precio de la adquisición del producto financiero cuando se estima la acción de anulación por error vicio ejercitada frente a la empresa de inversión*

1.- La cuestión planteada en este motivo ha sido ya resuelta por esta sala en varias sentencias. En una de las últimas, la sentencia 64/2020, de 3 de febrero, declaramos:

"[...] cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos valores) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

" 5.- Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

" 6.- El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte



en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

" 7.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

" 8.- Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

" 9.- Además, si aceptáramos la tesis de la entidad bancaria recurrente, estaríamos privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente".

2.- De lo anteriormente expuesto se desprende la procedencia de que, una vez declarada la nulidad por error vicio de la adquisición de las participaciones preferentes por parte de la demandante, se condene a Novo Banco a restituirle el precio pagado para la adquisición de tales participaciones preferentes.

DÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal deben ser impuestas a Novo Banco, S.A., Banco de Portugal y Fondo de Resolución, y las costas del recurso de casación deben ser impuestas a Novo Banco S.A.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Novo Banco S.A. Sucursal en España, Banco de Portugal y Fondo de Resolución y el recurso de casación interpuesto por Novo Banco S.A. Sucursal en España contra la sentencia 129/2016, de 20 de abril, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 717/2015

2.º- Condenar a Novo Banco, S.A., Banco de Portugal y Fondo de Resolución al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y a Novo Banco S.A. al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.