

Versión anonimizada

C-504/19 - 1

Asunto C-504/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

2 de julio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal Supremo (España)

Fecha de la resolución de remisión:

25 de junio de 2019

Partes recurrentes:

Banco de Portugal
Fondo de Resolución
Novo Banco, S.A.

Parte recurrida:

VR

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>112 0757</u>
Luxemburgo, el <u>03. 07. 2019</u>
El Secretario, por orden
Fax/E-mail:
Presentado el: <u>2/7/19</u>
Maria Manuela Ferreira Administradora principal

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL [omissis]

TRIBUNAL SUPREMO

[omissis] 25 de junio de 2019.

[omissis] ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Litigio principal en el que se plantea la cuestión prejudicial [OR. 2]*

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.

2.— El 10 de enero de 2008, la Sra. VR contrató en la oficina de Bilbao de Banco Espirito Santo, S.A., Sucursal en España, la compra de participaciones preferentes de la entidad islandesa Kaupthing Bank por las que pagó 166.021 euros.

3.— Debido a la grave crisis de BES, el Consejo de Administración del Banco de Portugal (en lo sucesivo, [omissis] Banco de Portugal) adoptó, en una Decisión de 3 de agosto de 2014, modificada por otra de 11 de agosto de 2014 (en lo sucesivo, Decisión de 3 de agosto de 2014), lo que denominó como «medidas de resolución» (previstas en el art.145.º-C y siguientes del *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financieras*, aprobado por Decreto-Ley n.º 298/92, de 31 de diciembre, y modificado por varios Decretos-Leyes posteriores). En dicha Decisión, [omissis] 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 de la Decisión. 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; [...]

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

4.— Cuando la sucursal en España de BES pasó a ser la sucursal de Novo Banco, como consecuencia de esta transmisión de activos, este banco mantuvo su relación comercial con la Sra. VR, en concreto, [OR. 3] el depósito y administración de los títulos valores objeto del litigio y siguió cobrando la comisión periódica correspondiente a este contrato.

5.— La Sra. VR presentó el 4 de febrero de 2015 una demanda contra Novo Banco, S.A., Sucursal en España, en la que solicitaba que se declarara la nulidad, por error en el consentimiento, 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.

6.— Novo Banco se opuso a la demanda. [omissis] [A]legó 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 de 2014, la responsabilidad que

se exigía en la demanda constituía un pasivo que no había sido transmitido de BES a Novo Banco.

7.— El Juzgado de Primera Instancia [*omissis*] de Vitoria, al que había correspondido el conocimiento del litigio, dictó sentencia el 15 de octubre de 2015 en la que declaró que el pasivo objeto del litigio había sido transmitido a Novo Banco en la Decisión de 3 de agosto de 2014; y consideró que había existido error del consentimiento porque la demandante, que cuando contrató 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, por error en el consentimiento, y condenó a Novo Banco a restituir a la demandante los 166.021 euros a que ascendió el precio de las participaciones preferentes. La demandante, a su vez, debería restituir a Novo Banco los rendimientos obtenidos, así como los títulos de las participaciones preferentes objeto del contrato anulado.

8.— Novo Banco apeló la sentencia y reiteró los argumentos que había expuesto para oponerse a la demanda, en concreto, que la responsabilidad [OR. 4] que se le exigía en la demanda no le había sido transmitida, pues había permanecido en el patrimonio de BES.

9.— 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 (20,00 h)» 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 n.º 1 del Anexo 2 del Acuerdo del Banco de Portugal de 11 de agosto de 2014 (17 horas)» (en lo sucesivo, Decisiones de 29 de diciembre de 2015).

10.— En estas Decisiones, entre otros extremos, se acordó que el subapartado (vii) del apartado (b) del número 1 del Anexo 2 de la Decisión 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: [...]

(iii) Todas las indemnizaciones relacionadas con el incumplimiento de contratos (compraventa de activos inmobiliarios y otros), firmados y celebrados antes de las 20h00 del día 3 de agosto de 2014; [...]

(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».

11.— El Anexo I, al que se refería el último apartado transcrito, contenía un listado de procedimientos judiciales tramitados en diversos Estados, entre los que se encontraba este procedimiento judicial iniciado en el Juzgado de Primera Instancia [*omissis*] de Vitoria, aunque cuando se dictó la Decisión ya **[OR 5]** había recaído sentencia de primera instancia y el proceso se encontraba en la Audiencia Provincial por haberse interpuesto un recurso de apelación.

12.— Por último, en estas Decisiones de 29 de diciembre de 2015 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 (20.00 h)».

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

SEGUNDO.— *Recursos extraordinarios y cuestión prejudicial*

1.— Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, 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.

2.— [*omissis*] el Banco de Portugal y el Fondo de Resolución [*omissis*], han solicitado [*omissis*] [la] intervención en el recurso extraordinario por infracción procesal en la misma posición que Novo Banco. Dicha petición ha sido aceptada por este tribunal. Banco de Portugal y Fondo de Resolución han realizado alegaciones destinadas fundamentalmente a apoyar el motivo del recurso presentado por Novo Banco en que se alega falta de legitimación pasiva de Novo Banco porque la deuda que pudiera resultar de este litigio, en caso de anularse el contrato de adquisición de participaciones preferentes de Kaupthing Bank, no habría sido transmitida de BES a Novo Banco y, caso de haberlo sido, habría sido transmitida de nuevo de Novo Banco a BES en virtud de lo acordado en las

Decisiones de 29 de diciembre de 2015 del Banco de Portugal. También han solicitado el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

3.— 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 [OR. 6] Portugal, alegó que vendió 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 recogió lo previsto en una tercera Decisión adoptada por Banco de Portugal el 29 de diciembre de 2015 (Decisión de «Neutralización»), conforme a la cual, [omissis] 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.

4.— [omissis] [S]e 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.

TERCERO.- [omissis]

[omissis] [Identificación de las partes litigantes y sus representantes]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— *Derecho de la Unión Europea*

1.— El art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, CDFUE), establece en su primer apartado:

«Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial [OR. 7]

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo».

2.— El art. 2 del Tratado de la Unión Europea establece:

«La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

3.— La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha declarado [omissis] (por ejemplo, sentencia de 6 de abril de 1962, asunto 13/61) que el principio de

seguridad jurídica es uno de los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario.

4.— El art. 3.2 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, 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.

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

SEGUNDO.— *Derecho nacional del Estado de acogida*

En España, el art. 19 de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, que traspone la Directiva 2001/24/CE, establece:

«Efectos y publicidad en España de la adopción de medidas de saneamiento y procedimientos de liquidación.

1. Cuando respecto a una entidad de crédito autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea que tenga al menos una sucursal o preste servicios en España se haya adoptado una medida de saneamiento o incoado un procedimiento de liquidación, dicha [OR. 8] medida o procedimiento surtirá, sin más formalidades, todos sus efectos en España tan pronto como lo haga en el Estado miembro en el que se haya adoptado la medida o incoado el procedimiento».

TERCERO.— *Derecho nacional del Estado de origen*

Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución han alegado que las Decisiones adoptadas por Banco de Portugal en las que se establecen las medidas de resolución del BES se basan en el *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*, que [omissis] transpone al ordenamiento jurídico portugués la Directiva 2001/24/CE, en concreto, [omissis] en los arts. 145.º-C y siguientes, que regulan la resolución de estas instituciones de crédito y sociedades financieras.

CUARTO.— *Dudas que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial*

1.- Cuando la Sra. VR demandó a Novo Banco, la creación de este banco como «banco puente» y la transmisión de activos y pasivos de BES a Novo Banco estaban reguladas en la Decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014, dictado en aplicación del *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*.

2.- En una anterior sentencia en la que se planteó la misma cuestión (la sentencia 678/2018, de 29 de noviembre), este tribunal interpretó dicha Decisión y declaró que los pasivos constituidos por las responsabilidades consistentes en las indemnizaciones a los clientes por incumplimientos contractuales habían sido transmitidas desde BES a Novo Banco.

3.- En esa sentencia, razonamos que en el anexo de la Decisión de 3 de agosto de 2014 que precisaba los activos y pasivos del BES que se transmitían a Novo Banco se establecía una regla 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 unas excepciones a esa regla general. Las indemnizaciones que debieran pagarse a los clientes por los incumplimientos contractuales (en concreto, el incumplimiento de las obligaciones de información en el asesoramiento en materia de inversión) no se incluían en ninguna de esas excepciones. Más exactamente, no estaban incluidas en la excepción que [OR. 9] alegaba Novo Banco para negar su responsabilidad, contenida en el subapartado (vii) del apartado (b) del número 1 del Anexo 2 de la Decisión de 3 de agosto de 2014, conforme a la cual no se transmitían de BES a Novo Banco las responsabilidades o contingencias derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas. Este tribunal consideró que una indemnización por incumplimiento de contrato no es una responsabilidad derivada de fraude o violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas.

4.- En el presente litigio, tanto Novo Banco como Banco de Portugal y Fondo de Resolución [omissis] basan sus alegaciones fundamentales en las Decisiones de 29 de diciembre de 2015, adoptadas por el Banco de Portugal.

5.- En los considerandos de esas Decisiones, el Banco de Portugal las justifica por los pronunciamientos que venían adoptando los tribunales con relación al alcance de la transmisión patrimonial operada entre BES y Novo Banco por la Decisión de 3 de agosto de 2014, y afirmaba:

«Si el número de procedimientos pendientes en los tribunales judiciales y la diferente orientación en las decisiones adoptadas condujeran a que, de modo significativo, no se reconozca adecuadamente la selección efectuada por el Banco de Portugal (como autoridad pública de resolución) de los activos, pasivos, elementos extra patrimoniales y activos gestionados transferidos de BES a Novo Banco (decisión sobre el "perímetro de transferencia"), puede quedar comprometida la ejecución y la eficacia de la medida de resolución aplicada al

BES, la cual, entre otros criterios, se basó en un criterio de certeza en cuanto al perímetro de transferencia».

6.— En estas Decisiones de 29 de diciembre 2015 se afirmaba que en ellas se «aclaraba» la Decisión de 3 de agosto de 2014, pero en realidad se le daba una nueva redacción y se pretendía que la misma tuviera efectos retroactivos al momento de entrada en vigor de la Decisión de 3 de agosto.

7.— En estas Decisiones de 29 de diciembre de 2015, en primer lugar, se daba una nueva redacción al subapartado (vii) del apartado (b) del número 1 del Anexo 2 de la Decisión de 3 de agosto de 2014, relativo a las responsabilidades del BES no transmitidas a Novo Banco, de modo que donde en la redacción original de la Decisión de 3 de agosto de 2014 se [OR. 10] exceptionaba de la transmisión de pasivos las responsabilidades o contingencias derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas, en la nueva redacción se exceptionaba de dicha transmisión «cualesquiera obligaciones, garantías, responsabilidades o contingencias asumidas en la comercialización, intermediación financiera, procedimiento de contratación y distribución de instrumentos financieros emitidos por cualesquiera entidades [...]».

8.— A continuación, se añadían nuevas excepciones a la transmisión de pasivos de BES a Novo Banco, consistentes en las indemnizaciones relacionadas con el incumplimiento de contratos, y las indemnizaciones y créditos resultantes de anulación de operaciones realizadas por el BES como prestador de servicios financieros y de inversión.

9.— Asimismo se excluía de la transmisión de pasivos de BES a Novo Banco «cualquier responsabilidad que sea objeto de cualquiera de los procedimientos descritos en el Anexo I». En ese anexo se listaban una serie de procesos judiciales seguidos ante tribunales de Portugal y de otros Estados. Entre ellos se encontraba el proceso judicial iniciado en España por la Sra. VR, que se encontraba (y se encuentra) en curso en el que ya se había dictado la sentencia de primera instancia, condenatoria de Novo Banco, cuando se dictaron esas Decisiones.

10.— Por último, las Decisiones de 29 de diciembre de 2015 contenían una previsión de cierre:

«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 (20.00 h)».

11.— Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución pretenden, con base en la previsión de «producción de efectos, sin más formalidades», en los demás Estados miembros, de las Decisiones de la Autoridad administrativa competente en el Estado de origen, que la pretensión formulada por la cliente contra Novo

Banco no sea resuelta de acuerdo con el marco jurídico existente cuando se interpuso la demanda sino mediante la aplicación de las **[OR. 11]** modificaciones realizadas durante la tramitación del proceso judicial mediante la adopción de las Decisiones de 29 de diciembre de 2015, motivadas por el desacuerdo de dicha Autoridad administrativa competente con las resoluciones judiciales (o una parte considerable de ellas) que se están dictando en estos litigios. Este marco jurídico está integrado no solo por las leyes generales sino también por las decisiones administrativas que tienen incidencia sobre las relaciones jurídicas entabladas entre BES y sus clientes, como son las relativas a la transmisión parcial del negocio bancario de BES a Novo Banco y la correlativa transmisión patrimonial operada entre uno y otro.

También pretenden que el tribunal que conoce del recurso (en este caso, el Tribunal Supremo de España) revoque la sentencia que se dictó en primera instancia, aunque la misma hubiera aplicado correctamente el marco jurídico vigente cuando se inició el litigio y cuando dicha resolución fue dictada, y que dicha revocación se base en las modificaciones introducidas en las Decisiones sobre medidas de resolución dictadas con posterioridad al inicio del litigio e incluso posteriores a la sentencia de primera instancia.

Y, por último, argumentan que, aunque finalmente se entendiera que la responsabilidad fue transmitida a Novo Banco y, correlativamente, dicho banco fuera condenado en la sentencia firme, dicha sentencia no tendría efectos porque la Autoridad administrativa competente en el Estado de origen ha transmitido de nuevo ese pasivo desde Novo Banco a BES.

12.— En nuestra anterior sentencia 678/2018, de 29 de noviembre, rechazamos esa pretensión porque no era admisible que una decisión administrativa adoptada cuando el litigio ya estaba iniciado pudiera alterar los términos en los que había quedado fijado el litigio al inicio del mismo, y porque el art. 10.e de la Directiva 2001/24/CE establece que «la legislación del Estado miembro de origen determinará en particular: [...] los efectos del procedimiento de liquidación sobre los procedimientos judiciales particulares, con excepción de los procesos en curso, de conformidad con el artículo 32» (énfasis añadido). En su recurso, Novo Banco había alegado que, en la Decisión de 3 de agosto de 2014, Banco de Portugal intervino BES «para resolverla de forma ordenada» iniciando un «proceso administrativo de liquidación ordenada» e invocó el art. 10.f de la Directiva 2001/2004/CE, que establece que la **[OR. 12]** legislación del Estado miembro determinará «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».

13.— Aunque en el recurso interpuesto por Novo Banco en el presente litigio también se alega que la Decisión de 3 de agosto de 2014 inició un «proceso administrativo de liquidación ordenada» y se invoca el art. 10.f de la Directiva 2001/2004/CE, Banco de Portugal y Fondo de Resolución, al pedir la intervención en este proceso en una fecha posterior a que se dictara la sentencia 678/2018, de

29 de noviembre, han alegado que las medidas de resolución adoptadas en la Decisión de 3 de agosto de 2014 constituyen medidas de saneamiento reguladas en el Título II de la Directiva 2001/2004/CE y no un procedimiento de liquidación del Título III de esa Directiva, por lo que la aplicación del art. 10.e de tal Directiva no es procedente. Han alegado asimismo que el procedimiento de liquidación se inició el 13 de julio de 2016.

14.— Con independencia de que, tal como han aclarado Banco de Portugal y Fondo de Resolución, las medidas de resolución adoptadas en la Decisión de 3 de agosto de 2014 constituyan medidas de saneamiento (de acuerdo con lo declarado en la sentencia del TJUE de 19 julio de 2016, Kotnik y otros, asunto C-526/14, EU:C:2016:570, apartado 111 a 114) y por tanto, no sea aplicable el Título III de la Directiva 2001/2004/CE, este tribunal tiene dudas sobre la compatibilidad con normas fundamentales y principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, de la previsión de producción de efectos, sin otras formalidades, de la Decisión del de 29 de diciembre de 2015 en otros Estados miembros, en los términos que pretenden Novo Banco, Banco de Portugal (que es la Autoridad administrativa competente en el Estado de origen) y Fondo de Resolución.

15.— Las dudas no vienen provocadas por la posibilidad de que una Decisión de la Autoridad pública competente pueda tener efectos retroactivos. De hecho, la Decisión de 11 de agosto de 2014 no solo «aclaró» sino que en algunos extremos modificó la Decisión de 3 de agosto, estableciendo una versión consolidada de la misma, y este tribunal le reconoce plenos efectos desde el 3 de agosto de 2014, tal como se prevé en ella. La sentencia del **[OR. 13]** TJUE de 24 de octubre de 2013, caso LBI, asunto C-85/12, EU:C:2013:697: declaró que el artículo 3, apartado 2 de la Directiva 2001/24 no se opone a que el Estado miembro de origen modifique, incluso con efecto retroactivo, el régimen legal aplicable a las medidas de saneamiento. Ni siquiera se cuestiona la posibilidad que prevé la Decisión de 3 de agosto de 2014 de que pasivos transmitidos a Novo Banco fuera retransmitidos más adelante a BES.

16.— Las dudas vienen provocadas porque Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución sostienen que las modificaciones en el régimen jurídico aplicable a las medidas de saneamiento deben ser reconocidas en los procesos judiciales en curso, iniciados antes de las Decisiones de diciembre de 2015. En estos procesos, la pretensión del particular está fundada justamente en el régimen jurídico existente cuando interpuso su demanda, configurado por la Decisión de 3 de agosto de 2014, que determinó cuál era el patrimonio que quedaba en BES y cuál el que era transferido a Novo Banco. Y la cuestión litigiosa más importante en este proceso ha consistido, precisamente, en determinar si, de acuerdo con ese régimen jurídico, Novo Banco tenía o no legitimación pasiva, puesto que las partes estaban en desacuerdo sobre si el pasivo consistente en la deuda que resultaría de una hipotética condena judicial habría sido o no transmitido de BES a Novo Banco por la Decisión de 3 de agosto de 2014.

17.— De-aceptarse esta tesis, la demanda del cliente [*omissis*] debería ser rechazada por las modificaciones en ese régimen jurídico realizadas, durante la tramitación del litigio, por las Decisiones de diciembre de 2015, motivadas justamente por la existencia de sentencias judiciales con las que la Autoridad administrativa competente en el Estado de origen no está de acuerdo y por el inminente proceso de venta de la mayoría de las acciones de Novo Banco a un inversor privado.

18.— De las alegaciones de Banco de Portugal y Fondo de Resolución se desprende que la confirmación por este tribunal de la sentencia condenatoria de Novo Banco carecería de eficacia práctica, pues las Decisiones de 29 de diciembre de 2015 han acordado la retransmisión al patrimonio del BES, actualmente en liquidación, de los pasivos que la [OR. 14] sentencia recurrida ha declarado que fueron transmitidos a Novo Banco, el banco puente. Estas entidades públicas sostienen que esa retransmisión puede operarse estando pendientes los procesos judiciales en los que se discute si la transmisión del pasivo litigioso tuvo o no lugar, e incluso, si se llevan hasta el extremo sus argumentos, con posterioridad a que se dicte sentencia firme.

19.— Banco de Portugal y Fondo de Resolución han alegado que la eficacia que pretenden que se reconozca a las Decisiones de 29 de diciembre de 2015 ya fue reconocida en la sentencia de 4 de julio de 2018 del Tribunal Supremo del Reino Unido (Goldman Sachs International [Appellant] v. Novo Banco, S.A. [Respondent], Case ID nº UKSC 2016/0124). Tal afirmación no es correcta. La Decisión a la que hace referencia esa sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido no es la de 29 de diciembre de 2015 sino la de 22 de diciembre de 2014, que fue adoptada antes de que se iniciara aquel litigio y en la que Banco de Portugal se limitó a aplicar a un caso concreto la previsión contenida en la Decisión de 3 de agosto de 2014 de que no se transmitía a Novo Banco y quedaba en el patrimonio de BES los pasivos que este tenía frente a sus accionistas cuya participación fuera igual o superior al 2 % del capital social.

20.— El art. 47 CDFUE reconoce como derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva. Las facultades que ampara este derecho fundamental no se limitan a la posibilidad de acceder a un tribunal y gozar de un proceso equitativo, sino también que la tutela que se obtenga sea efectiva. Este tribunal alberga serias dudas sobre la efectividad de la tutela judicial de los derechos de la demandante en caso de que se reconocieran los efectos de las Decisiones de 29 de diciembre de 2015 que pretenden Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución.

21.— La sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, caso Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contra Georges Heylens y otros, ECLI:EU:C:1987:442, en su apartado 15, declaró que cuando se trata de garantizar la tutela judicial efectiva, conviene que se reconozca a los interesados la facultad de decidir, con pleno conocimiento de causa, si es útil para ellos recurrir al órgano jurisdiccional. [OR. 15]

22.— En el caso objeto del recurso del que conoce este tribunal, la demandante inició un proceso judicial contra Novo Banco, a quien, de acuerdo con lo afirmado en la sentencia de primera instancia, la Decisión de 3 de agosto de 2014 había transmitido el pasivo que podía reconocérsele en una reclamación de restitución por nulidad contractual o indemnización por incumplimiento contractual. Al interponer la demanda, la demandante incurrió en los costes que supone iniciar un proceso judicial. Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución pretenden que la demanda sea desestimada por unas Decisiones adoptadas con posterioridad al inicio del proceso e incluso con posterioridad a que se dictara la sentencia de primera instancia.

23.— La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de marzo de 1997, *Hornsby contra Grecia*, declaró que, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, el derecho reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados signatarios permitiera que una sentencia judicial firme fuese inoperativa en detrimento de una de las partes. No se entendería que el art. 6.1 describiera con detalle las garantías del procedimiento —equidad, publicidad y celeridad— otorgadas a las partes y, que no protegiera la ejecución de las decisiones judiciales; si este artículo se refiriera exclusivamente al acceso al juicio y el desarrollo de la instancia, se correría el riesgo de crear situaciones incompatibles con el principio de la preeminencia del derecho que los Estados contratantes se han comprometido a respetar al ratificar el Convenio.

Tanto el Preámbulo de la CDFUE como las Explicaciones del Praesidium de la Convención Europea destacan la trascendencia que el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen en la interpretación de los derechos reconocidos en la CDFUE y, en concreto, en la del derecho a la tutela judicial efectiva.

24.— En el presente caso, de las alegaciones de Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución resultaría que una sentencia condenatoria de Novo Banco sería inoperante porque las Decisiones de 29 de diciembre de 2015 han acordado que cualquier pasivo que, conforme a la nueva Decisión, **[OR. 16]** debiera haber permanecido en el ámbito patrimonial del BES, pero que, de hecho, haya sido transferido al Novo Banco, se transmite nuevamente del Novo Banco al BES, con efectos a 3 de agosto de 2014. Este tribunal tiene dudas sobre la compatibilidad de reconocer plenos efectos a esta Decisión con el derecho a la ejecución de las sentencias firmes que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE.

25.— Además, al acordar la «retransmisión» a BES de los pasivos que una sentencia judicial haya atribuido a Novo Banco cuando, según se justifica en los considerandos de la Decisión, «conforme a la nueva Decisión, [el pasivo] debiera haber permanecido en su ámbito patrimonial [el de BES] de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión de 3 de agosto», y al pretender que esta medida tenga efectos en un proceso incluso aunque ya se haya dictado sentencia en primera

instancia, la Autoridad Administrativa se está atribuyendo la facultad de decidir si la sentencia judicial ha interpretado correctamente el «perímetro de transferencia» establecido por el Banco de Portugal en esa Decisión de 3 de agosto.

26.— Asimismo, este tribunal tiene dudas sobre la compatibilidad del pleno reconocimiento de efectos a las Decisiones de 29 de diciembre de 2015, en el sentido que pretenden Novo Banco, Banco de Portugal y Fondo de Resolución, con el principio de seguridad jurídica que constituye un principio general del ordenamiento jurídico comunitario, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que es propio del Estado de Derecho como valor en que se fundamenta la Unión Europea de acuerdo con el art. 2 del Tratado de la Unión Europea.

27.— Estos problemas de compatibilidad con el principio de seguridad jurídica vendrían causados por el hecho de que, una vez fijado el marco jurídico de las medidas de resolución del BES y el alcance de la transmisión de parte del patrimonio del BES a un «banco puente» solvente, Novo Banco, y una vez que la cliente interpone una demanda contra Novo Banco porque considera que la responsabilidad que se reclama en la demanda ha sido transmitida a Novo Banco, la Autoridad administrativa competente, a la vista de la existencia de sentencias judiciales que considera desfavorables, modifica ese marco jurídico y pretende que esa modificación tenga efecto en los procesos judiciales ya iniciados, incluso cuando se haya dictado sentencia en primera instancia, así como que prive de eficacia a lo acordado en una sentencia firme.

PARTE DISPOSITIVA

[*omissis*] En virtud de lo expuesto, [*omissis*] el Tribunal Supremo [*omissis*] acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión 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?

[*omissis*] [Formalidades procesales] **[OR. 18]**