

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 6 DE JUNIO DE 2019 (323/2019)**

**Excepción de falta de legitimación pasiva
del adquirente de parte de un patrimonio
dentro de un proceso de reestructuración bancaria.
Rechazo de abuso de derecho
por ser la transmisión patrimonial parcial
una posible medida dentro de la normativa
sobre saneamiento y liquidación de entidades de crédito**

Comentario a cargo de:
ALFONSO GÓMEZ-ACEBO MUNTAÑOLA
Socio de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2019

ROJ: STS 1952/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:1952

ID CENDOJ: 28079119912019100018

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZA JIMENA

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019 rechaza el motivo único del recurso de casación por no haberse justificado el interés casacional y además por considerar que no cabe apreciar abuso de derecho en el hecho de que, en el proceso de reestructuración de Banco Espírito Santo, la autoridad central bancaria portuguesa decidiese la transmisión a un banco puente (Novo Banco) de los elementos patrimoniales más saneados de Banco Espírito Santo, dejando en este último los elementos menos saneados.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Falta de acreditación del interés casacional por no coincidir la norma objeto de la jurisprudencia supuestamente contradictoria con la norma cuya infracción sirve de fundamento al motivo de casación. 5.2. Falta de legitimación pasiva por no haber sido transmitidas a Novo Banco las obligaciones reclamadas por los demandantes. 5.3. Rechazo de abuso de derecho por tener la transmisión patrimonial su origen en medidas adoptadas por una autoridad central bancaria. 5.4. Consecuencias de que la conducta del demandado pueda haber provocado que los demandantes se dirijan indebidamente contra él. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El 24 de junio de 2015, D. Justino y D^a. Ángela interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Espíritu Santo (BES), posteriormente Novo Banco. Los demandantes solicitaban una indemnización por incumplimiento contractual y, subsidiariamente, la anulación del contrato por error en la adquisición de unos productos financieros, concretamente unos bonos subordinados de BES.

El incumplimiento contractual, según los demandantes, habría consistido en una falta de diligencia, transparencia, actuación en interés del cliente y debida información al inversor, al no haber proporcionado el banco a los actores información esencial sobre el producto que adquirirían y el riesgo asociado a esa adquisición.

De no declararse el incumplimiento contractual, los demandantes solicitaban la declaración de nulidad de la suscripción de los bonos por error en el consentimiento prestado por los compradores, al desconocer estos extremos esenciales del producto financiero adquirido, y por vulneración de normas de conducta de carácter imperativo recogidas en la normativa del mercado de valores y demás normativa de desarrollo.

En cualquiera de ambos casos, tanto de declararse el incumplimiento contractual como de estimarse la anulación del contrato por error en el consentimiento, los demandantes solicitaban que se dictase sentencia condenando a la entidad bancaria demandada a indemnizar a los actores con la cantidad desembolsada en su día para la adquisición de los bonos. Los actores también solicitaron que se reconociese su derecho a retener los intereses percibidos por su inversión, así como la condena en costas de la demandada.

Novo Banco formuló una excepción de falta de legitimación pasiva alegando que en el proceso de reestructuración de BES no se transmitieron a Novo Banco determinados pasivos y responsabilidades de BES, entre los que se encontraban los derivados de la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitidos por entidades integrantes del Grupo Bancario Espíritu Santo. En su contestación solicitó que se estimase la excepción y se condenase en costas a los demandantes.

2. Solución dada en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia de 23 de febrero de 2016 desestimó la demanda, al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva, sin hacer expresa imposición de costas.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de julio de 2016 desestimó el recurso de apelación, confirmando la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por Novo Banco, sin imposición de costas.

4. Los motivos de casación alegados

Los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron dos: la infracción de normas reguladoras de la sentencia del artículo 218 LEC por falta de congruencia y motivación, por un lado, y la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, por otro.

El recurso de casación se basó en un único motivo por infracción de los artículos 7.1 y 7.2 CC, sobre buena fe y abuso de derecho. El motivo fue formulado por los recurrentes en los siguientes términos: «Único.- Recurso de casación por razón de interés casacional (art. 477.2.3º) por infracción de los arts. 7.1 y 7.2 CC, al considerar que la sentencia recurrida infringe la normativa referida y resuelve los puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, sobre la falta de legitimación ad causam en el supuesto concreto».

Novo Banco se opuso a ambos recursos.

Durante la tramitación de los recursos, el Banco de Portugal y el Fondo de Resolución solicitaron que se admitiera su intervención en el recurso extraordinario por infracción procesal en la misma posición que Novo Banco, presentaron alegaciones en apoyo de las hechas por Novo Banco y solicitaron el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Alto Tribunal admitió la intervención de Banco de Portugal y el Fondo de Resolución y, en cuanto a la cuestión prejudicial, pospuso su decisión al momento de la deliberación.

El presente comentario se limita al recurso de casación.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Falta de acreditación del interés casacional por no coincidir la norma objeto de la jurisprudencia supuestamente contradictoria con la norma cuya infracción sirve de fundamento al motivo de casación*

El Tribunal Supremo desestima el motivo, en primer lugar, por no haberse justificado el interés casacional. El Alto Tribunal advierte que las sentencias de Audiencias Provinciales que el recurrente invoca se refieren a legitimación pasiva, mientras que el recurso no está basado en la infracción del artículo 10 LEC, relativo a la legitimación, sino en la infracción de los artículos 7.1 y 7.2 CC, relativos a la buena fe y la proscripción del abuso de derecho.

Esta primera causa de desestimación está pues basada en la apreciación por el Tribunal Supremo de un defecto de técnica casacional: la discrepancia entre la norma respecto de la cual se invoca la jurisprudencia contradictoria, por un lado, y la norma que se invoca que ha sido objeto de la infracción exigida en el artículo 477.1 LEC, por otro.

Según lo previsto en el artículo 477.1 LEC, «[e]l recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Por otra parte, en cuanto al interés casacional, el apartado 3 del mismo precepto explica que «[s]e considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

La regulación del artículo 477 LEC debe entenderse completada por el “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal” adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 27 de enero de 2017, que sustituyó al previo de la misma Sala de 30 de diciembre de 2011.

A diferencia del carácter restrictivo de otras cuestiones abordadas por el Acuerdo del Alto Tribunal sobre criterios de admisión de recursos, dicho Acuerdo reconoce cierta flexibilidad en la apreciación del interés casacional. Sin embargo, en el caso analizado, esta flexibilidad, que quizá jugó en su momento a favor de la admisión del recurso, no evitó que finalmente un error de técnica casacional fuese incluido entre las razones dadas por el Tribunal Supremo para desestimarlo.

5.2. *Falta de legitimación pasiva por no haber sido transmitidas a Novo Banco las obligaciones reclamadas por los demandantes*

Novo Banco formuló la excepción de falta de legitimación pasiva sobre la base de la decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014, que fue

adoptada por la autoridad central bancaria portuguesa en el contexto de la crisis económica y la negativa situación financiera de BES.

El 30 de julio de 2014, BES comunicó oficialmente los resultados del Grupo Banco Espírito Santo del primer semestre de 2014, que registraban unas pérdidas de más de 3.500 millones de euros. Estas pérdidas alteraron sustancialmente los ratios de capital de Banco Espírito Santo, tanto a nivel individual como consolidado, situándolos muy por debajo de los mínimos exigidos por el Banco de Portugal.

La decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 incluyó la aplicación a BES de una medida de resolución consistente en la transmisión parcial de su negocio a un banco puente constituido al efecto y denominado Novo Banco.

Esta decisión, con las aclaraciones y modificaciones introducidas por la decisión de la misma autoridad de 11 de agosto de 2014, estableció que las responsabilidades de BES ante terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales serían transferidas en su totalidad a Novo Banco, pero con algunas excepciones denominadas “Pasivos excluidos”. Entre estos pasivos excluidos estaba «Cualesquiera responsabilidades o contingencias, en particular las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas», «Cualquier responsabilidad o contingencia de BES relativa a emisiones de acciones o deuda subordinada» y «Cualquier responsabilidad o contingencia relativa a la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitidos por entidades que integran el universo del Grupo Espírito Santo».

En cuanto a las responsabilidades de BES que no fueran objeto de transferencia, la misma decisión indicó que permanecerían en la esfera jurídica de BES.

La decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 se vio seguida de otras decisiones aclaratorias por parte de la misma autoridad bancaria, entre las que se encuentra la decisión de 29 de diciembre de 2015, relativa al perímetro de la transmisión. En esta decisión el Banco de Portugal especificó determinados activos y pasivos excluidos de la transmisión a Novo Banco.

El Tribunal Supremo recuerda en su sentencia que la sentencia recurrida, al igual que anteriormente la de primera instancia, llevaron a cabo una labor interpretativa de las decisiones adoptadas por el Banco de Portugal. En ambas instancias, el órgano judicial concluyó que el pasivo consistente en «cualesquiera obligaciones, garantías, responsabilidades o contingencias asumidas en la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitidos por entidades que forman parte del Grupo Espírito Santo» había quedado excluido de la transmisión de parte del patrimonio de BES a Novo Banco. Por esta razón, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial concluyeron que Novo Banco carecía de legitimación pasiva frente a una acción basada en la incorrecta comercialización por BES de bonos subordinados emitidos por el propio BES.

El Alto Tribunal, aunque reconoce que pudo existir cierta confusión acerca de quién debía ser la parte demandada frente a las reclamaciones de los

recurrentes, señaló que esta confusión «no justifica que se atribuya a Novo Banco una responsabilidad que no le ha sido transmitida, puesto que se trata de uno de los pasivos excluidos de la transmisión patrimonial operada entre BES y Novo Banco».

La sentencia analizada no es la única en que el Tribunal Supremo ha analizado la decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014. Ya lo hizo, por ejemplo, en su sentencia nº 678/2018, de 29 de noviembre. En aquel caso la demanda fue interpuesta contra BES, aunque Novo Banco se personó como parte demandada. Novo Banco formuló excepción de falta de legitimación pasiva, que fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación. El órgano judicial consideró entonces que la regla general en la decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014, tal y como ésta quedó modificada por la decisión de 11 de agosto de 2014, dirigida a aclarar y ajustar el perímetro de lo transmitido, fue la transmisión de BES a Novo Banco de las responsabilidades de la primera frente a terceros que constituyan pasivos o elementos extrapatrimoniales de BES. Junto a esa regla general, había unas excepciones de “Pasivos Excluidos”, entre las que estaba la de «Cualesquiera responsabilidades o contingencias, en particular las derivadas de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas». Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial apreciaron en aquel caso que el pasivo al que se refería la acción ejercitada, al derivarse de un incumplimiento contractual de BES, no de fraude o de violación de disposiciones o decisiones reguladoras, penales o administrativas, no había quedado excluido de la transmisión de responsabilidades de BES a Novo Banco; y que dicho pasivo, por lo tanto, había sido transmitido a Novo Banco.

Las dos sentencias, tanto la nº 678/2018 como la ahora comentada, coinciden en el respeto de la decisión del Banco de Portugal, que fue dictada con base en la normativa portuguesa de transposición 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. En ambas sentencias, que tuvieron igual ponente, el Alto Tribunal razonó que la transmisión patrimonial de BES a Novo Banco no se produjo por un contrato celebrado entre ambas entidades, cuyos efectos frente a terceros habrían venido en tal caso determinados por la naturaleza contractual del título de transmisión, sino que se produjo por decisión de la autoridad administrativa del Estado miembro de origen, única competente para decidir sobre la incoación de un procedimiento de liquidación relativo a una entidad de crédito, que debe reconocerse sin más formalidades en el territorio de todos los demás Estados miembros y surte efectos en ellos al mismo tiempo que en el Estado miembro de incoación del procedimiento según lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 2001/24/CE.

La sentencia de 2018 confirmó la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de Novo Banco, mientras que la aquí comentada confirmó lo contrario: la estimación de dicha excepción.

En el caso que dio lugar en sede casacional a la sentencia nº 678/2018, no se tuvo en cuenta la decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015 por el momento en que esta decisión había sido dictada. El Tribunal Supremo rechazó el argumento de Novo Banco que negaba su legitimación pasiva del modo siguiente: «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 Banco Espirito Santo S.A. y Novo Banco S.A. las responsabilidades objeto de este procedimiento, no puede admitirse que una decisión administrativa adoptada cuando el litigio ya estaba iniciado y que fue comunicada al juzgado mediante escrito fechado el mismo día en que este dictó la sentencia, 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 S.A. Sucursal en España había sido fijada por el auto de 14 de octubre de 2015, confirmado por otro de 5 de diciembre de 2015, dictados por el Juzgado de Primera Instancia antes de que el Banco de Portugal adoptara la decisión de 29 de diciembre de 2015».

En el caso que es aquí objeto de comentario, sin embargo, la decisión confirmada por el Tribunal Supremo sí parece estar en línea con la decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015, aunque la sentencia no la mencione expresamente. Como antes se dijo, el Tribunal Supremo confirmó una interpretación de la decisiones del Banco Portugal que concluyó que el pasivo consistente en «cualesquiera obligaciones, garantías, responsabilidades o contingencias asumidas en la comercialización, intermediación financiera y distribución de instrumentos de deuda emitidos por entidades que forman parte del Grupo Espirito Santo» había quedado excluido de la transmisión de parte del patrimonio de BES a Novo Banco.

Resulta llamativa la diferente suerte que corrió la excepción de falta de legitimación pasiva en ambos casos teniendo en cuenta que, en los dos, la decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015 se produjo después de haberse interpuesto la demanda ante el juzgado de primera instancia y antes de que la sentencia de primera instancia hubiese sido dictada. Y teniendo en cuenta, además: (i) que dicha decisión aclaró expresamente que no se habían transferido de BES a Novo Banco una serie de pasivos de BES, entre los que estaba incluida «Cualquier responsabilidad que sea objeto de cualquiera de los procesos descritos en el Anexo I»; (ii) que este Anexo I recogía, en su apartado II, una lista de procesos judiciales y administrativos fuera de Portugal; y (iii) que en dicha lista aparecían específicamente identificados, entre otros, tanto el Procedimiento Ordinario 395/2015 ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza núm. 1, al que se refiere la STS nº 678/2018, como el Procedimiento Ordinario 1215/2015 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia, al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada.

La decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015 ha terminado aclarando menos de lo que pretendía y generando, de hecho, cierta confusión. Apenas veinte días después de dictar la sentencia aquí comentada,

el Tribunal Supremo, por Auto de 25 de junio de 2019, planteó en un caso similar (formulación por Novo Banco de una excepción de falta de legitimación pasiva) una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el artículo 3.2 de la Directiva 2001/24/CE, en cuanto a los efectos de aquella decisión de la autoridad central bancaria portuguesa de diciembre de 2015 sobre los procedimientos en curso o las sentencias judiciales ya dictadas.

5.3. Rechazo de abuso de derecho por tener la transmisión patrimonial su origen en medidas adoptadas por una autoridad central bancaria

En relación con el supuesto abuso de derecho, el Tribunal Supremo empieza apreciando que las obligaciones de BES hacia los recurrentes no formaban parte de los elementos patrimoniales que fueron objeto de transmisión de BES a Novo Banco. El Tribunal Supremo recuerda en este punto que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial analizaron la cuestión de si las obligaciones de BES relativas a los productos de inversión comercializados fueron o no transmitidas a Novo Banco, llegando ambos a la conclusión de que no fue así. Ambos consideraron que el pasivo contingente de BES frente a los recurrentes no fue transmitido a Novo Banco, sino que permaneció en la esfera patrimonial de BES.

A continuación, el Alto Tribunal razona que no puede apreciarse un abuso de derecho en la decisión del Banco de Portugal de transmitir solamente algunos elementos patrimoniales, y no otros, de BES a Novo Banco.

El Tribunal Supremo deja claro que la razón del rechazo de la infracción de la buena fe y del abuso de derecho se encuentra en el origen y el contexto de la transmisión patrimonial de BES a Novo Banco. Esta transmisión patrimonial fue decidida por una autoridad central bancaria de un país miembro de la Unión Europea, el Banco de Portugal, y tuvo lugar dentro del proceso de reestructuración bancaria del BES que fue llevado a cabo al amparo de la normativa comunitaria aplicable.

El Tribunal Supremo tuvo en cuenta estas circunstancias al razonar su rechazo del motivo: «El supuesto abuso de derecho cometido por dicha Autoridad central, al distinguir distintos elementos patrimoniales, transmitir los más saneados al banco puente y mantener en el banco insolvente los menos saneados, no es sino una de las posibles medidas de resolución bancaria que permite la legislación portuguesa que traspone 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, modificada por la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014».

Este razonamiento del Alto Tribunal puede comprenderse fácilmente teniendo en cuenta que la decisión adoptada originariamente por el Banco de Portugal en agosto de 2014, junto con sus decisiones aclaratorias, tienen la consideración de medida de saneamiento de acuerdo con lo previsto en el artí-

culo 2 de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicho precepto define las medidas de saneamiento como aquellas «encaminadas a preservar o restablecer la situación financiera de una entidad de crédito que puedan afectar a los derechos preexistentes de terceras partes, incluidas las medidas que supongan la posibilidad de suspender pagos, suspender medidas de ejecución o reducir créditos».

No es pues de extrañar que los órganos judiciales españoles hayan respetado el régimen de atribución de responsabilidades que fue establecido por los actos administrativos del Banco de Portugal. De ello además se hizo eco en su momento algún medio de comunicación: «El Supremo no discute la legalidad de la resolución del Banco Espírito Santo por las autoridades portuguesas» (Europa Press, 11 de junio de 2019).

Tampoco cuesta especial esfuerzo comprender la decisión del Tribunal Supremo desde la lógica de la buena fe contractual, que exige desde un punto de vista objetivo, sin necesidad de hacer juicios de intenciones, un comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena.

El principio de buena fe es un principio capital del Ordenamiento jurídico español, que se encuentra recogido con carácter general en el artículo 7 del Código Civil y, dentro del ámbito específico de la contratación, en los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio. Está llamado a velar por valores como la honestidad, la protección de la confianza suscitada a la otra parte y la proscripción de ir contra los actos propios. La concreción del principio de buena fe, en cada caso, debe hacerse por el juzgador tomando en consideración los hechos concretos y atendiendo a la realidad social del tiempo y el lugar.

La buena fe contractual debe valorarse en sentido objetivo, según lo tiene explicado nuestro Tribunal Supremo, que exige del juzgador, entre otras cosas, proteger la confianza o las legítimas expectativas que la conducta de una parte haya podido generar en la otra al tiempo de contratar. No es necesario indagar en el *ánimus* del contratante cuya conducta se está valorando para poder determinar si existe o no un comportamiento acorde con la buena fe. Cabe recordar a este respecto, por ejemplo, la ilustrativa STS 718/2002 de 12 de julio: «La buena fe a que se refiere el art. 1258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal... (Sentencias 26 octubre 1995, 6 marzo 1999, 30 junio y 25 julio 2000, entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (S. 22 septiembre 1997). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (Sentencias 16 noviembre 1979, 29 febrero y 2 octubre 2000); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SS. 26 enero 1980, 21 septiembre 1987, 29 febrero 2000)». En similar sentido, SSTs 766/2000 de 25 de julio, 209/1999 de 6 de marzo y 671/2000 de 30 de junio.

No hay duda de que la selectiva transmisión patrimonial a Novo Banco que fue decidida por el Banco de Portugal, al incluir en ella los elementos patrimoniales más saneados y dejar los menos saneados en BES (entre ellos, las obligaciones asociadas a los productos financieros que habían sido vendidos en su día por BES a los demandantes), fue desfavorable para los demandantes y para muchos acreedores de BES. ¿Pero sería razonable sostener que la actuación del Banco de Portugal y de BES en relación con el rescate del segundo no respetaron las exigencias de la buena fe de mantener un comportamiento coherente y no defraudar la confianza ajena? No lo parece, al menos respecto de la decisión originaria de 2014. Los contratantes con entidades bancarias dentro de la Unión Europea, así como el resto de operadores en los mercados financieros comunitarios, conocen o pueden razonablemente conocer la existencia de un marco normativo aplicable a entidades bancarias que atraviesen dificultades económicas de tal magnitud que pongan en riesgo su supervivencia. Y no consta que existiese ningún comportamiento de BES, al tiempo de contratar, que hubiese podido estar dirigido a generar falsas expectativas a los demandantes respecto a su situación patrimonial.

La decisión del Tribunal Supremo también está en línea con la jurisprudencia comunitaria en materia de abuso de derecho. Como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del caso *Halifax* de 21 de febrero de 2006, incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva y esta comprobación exige determinar, entre otros extremos, si los actos analizados tienen como resultado una ventaja contraria al objetivo perseguido por la normativa comunitaria. Teniendo en cuenta los intereses privados y públicos que persigue proteger la normativa comunitaria en materia de reestructuración bancaria, puede comprenderse que el Tribunal Supremo no apreciase una conducta abusiva en la decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014.

5.4. Consecuencias de que la conducta del demandado pueda haber provocado que los demandantes se dirijan indebidamente contra él

Cabe hacer un breve comentario final sobre las reflexiones del Tribunal Supremo en cuanto a la posibilidad de que la conducta de Novo Banco hubiese podido contribuir a la confusión de los demandantes respecto a quién debía ser demandada.

Los demandantes alegaron que Novo Banco no les informó de que tenían que ejercitar sus acciones legales de reclamación contra BES.

El Alto Tribunal, como antes se dijo, dejó claro que la confusión respecto a quién debía ser demandada, incluso si hubiese sido causada parcialmente por Novo Banco, no justificaba la atribución a este de una responsabilidad contractual que no le correspondía.

No obstante, el Tribunal Supremo sí tuvo en cuenta la conducta de Novo Banco para manifestar, respecto de la alegación del recurrente de que fue la

conducta inapropiada del banco demandado la que dio pie a que los recurrentes se dirigiesen contra él y no contra el banco que suscribió el contrato con aquellos (BES), dos cosas. La primera, que la conducta de Novo Banco había justificado el pronunciamiento de no imposición de costas tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial. Y la segunda, que dicha conducta, en todo caso, «podría dar lugar a la correspondiente acción de indemnización por los daños y perjuicios causados» por ella.

5.5. *Conclusión*

El Tribunal Supremo aborda en esta sentencia uno de los casos en los que Novo Banco ha formulado una excepción de falta de legitimación pasiva alegando no haber adquirido de BES las responsabilidades objeto de la acción ejercitada contra él.

La parte más clara y comprensible de la sentencia es el rechazo de abuso de derecho sobre la base de que la transmisión de los elementos patrimoniales más saneados de BES a Novo Banco, dejando los menos saneados en BES, es una de las posibles medidas de saneamiento que puede adoptar una autoridad central bancaria en el seno de un proceso de reestructuración de una entidad bancaria.

También puede comprenderse la confirmación por el Alto Tribunal de la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva, como fruto de una labor interpretativa de las decisiones del Banco de Portugal respecto a qué se transmitió y qué no de BES a Novo Banco. Sin embargo, teniendo en cuenta la distinta solución aceptada por el Alto Tribunal poco más de seis meses antes (sentencia n° 678/2018, de 29 de noviembre), confirmando la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva, se habría agradecido un tratamiento algo más profundo de cómo debe interpretarse la decisión del Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 y las posteriores decisiones supuestamente aclaratorias de la primera.

Es posible que el excesivo laconismo de la sentencia sobre cómo han de interpretarse las decisiones del Banco de Portugal relativas a BES sea debido, al menos en parte, a la incertidumbre generada por la decisión del Banco de Portugal de 29 de diciembre de 2015, supuestamente aclaratoria de la de 3 de agosto de 2014, pero que en algunos puntos parece más bien modificatoria y que ha terminado por provocar que el Tribunal Supremo plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6. **Bibliografía**

- Alejandre, F. M., “El recurso de casación en la jurisdicción civil”, *Economist and Jurist* n° 176/2013.
- Garberí Llobregat, J., “Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil”, Bosch, 2009.

- Juan Sánchez, R., “La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas”, Aranzadi, 2014.
- Pérez Gil, C., “Los ámbitos temporales determinantes en la legitimación pasiva de Novo Banco en los conflictos derivados de incumplimientos de BES”, blog Sepin, 5 de julio de 2019.
- Viguri Perea, A., “Una perspectiva internacional de la buena fe en el ámbito de los contratos”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel, L. Díez-Picazo* (coord.), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- De Angulo Rodríguez, M., “El abuso del derecho en el artículo 7.2 del Código Civil”, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 10 de junio de 2014.