Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. TAMARA ĆAPETA
presentadas el 13 de febrero de 2025 [1]

**Asunto C-687/23**

**D. E.**
**contra**
**Banco Santander, S. A.**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo)

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2014/59/UE — Marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito — Resolución de Banco Popular — Transmisión obligatoria de acciones sin contraprestación — Acción de nulidad y de responsabilidad ejercitada antes de la adopción de la decisión de resolución — Concepto de pasivo "devengado" — Derecho a la tutela judicial efectiva»

## I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial es un capítulo más en la jurisprudencia surgida tras la resolución, el 7 de junio de 2017, de la entidad bancaria española Banco Popular Español, S. A. (en lo sucesivo, «Banco Popular»). [2]

2. A raíz de dicha resolución bancaria, gran número de personas físicas y jurídicas perdieron sus inversiones. Ello dio lugar a multitud de litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Unión.

3. En algunos de estos litigios se solicita una declaración de nulidad y la restitución de las cantidades pagadas o una indemnización de daños y perjuicios, fundándose en que Banco Popular incumplió determinados requisitos de transparencia y del Derecho de los consumidores cuando vendió ciertos instrumentos financieros a personas físicas y jurídicas. En otras palabras, esas demandas tienen relación no con la pérdida de valor de dichos instrumentos derivada de la resolución, sino con la supuesta ilegalidad de la suscripción inicial de los referidos instrumentos.

[1] Lengua original: inglés.

[2] Véase la Decisión SRB/EES/2017/08 de la Junta Única de Resolución, de 7 de junio de 2017, relativa a la adopción de un dispositivo de resolución de Banco Popular Español, S. A., aprobada por la Comisión Europea mediante su Decisión (UE) 2017/1246 (DO 2017, L 178, p. 15) (en conjunto, «decisión de resolución»).

4. En sus sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular)[3] y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II),[4] el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2014/59/UE (Directiva sobre resolución y reestructuración bancaria)[5] se opone a tales procedimientos judiciales, en la medida en que se iniciaron *después* de la adopción de la decisión de resolución.

5. La novedad del presente asunto estriba en que el litigio principal se inició *antes* de que tuviera lugar la resolución bancaria. ¿Supone esto una diferencia? Esta es, en esencia, la cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia en el caso de autos.

## II. Hechos, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

6. En 2009, Banco Popular efectuó una emisión de «Bonos Subordinados Canjeables por Obligaciones Subordinadas de Banco Popular Español, S. A., I/2009» (en lo sucesivo, «Bonos Subordinados I/2009»).

7. El 3 de octubre de 2009, D. E., en calidad de administrador único de la sociedad Lera Blava, S. L. U. (en lo sucesivo, «Sociedad»), suscribió en nombre de esta quince de los mencionados bonos convertibles, por un importe total de 15 000 euros.

8. El 25 de mayo de 2012, D. E., actuando en representación de la Sociedad, canjeó los Bonos Subordinados I/2009, que vencían en octubre de 2013, por otros bonos subordinados obligatoriamente convertibles (en lo sucesivo, «Bonos Subordinados II/2012»). Estos últimos bonos vencían en noviembre de 2015.

9. El 14 de enero de 2013, la Sociedad transmitió la titularidad de dichos bonos a D. E. en pago de salarios pendientes.

10. El 25 de noviembre de 2015, de conformidad con sus condiciones de emisión, los Bonos Subordinados II/2012 fueron obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Popular. En consecuencia, D. E. pasó a ser accionista de Banco Popular.

11. El 6 de octubre de 2016, D. E. interpuso una demanda en su propio nombre contra Banco Popular, en la que solicitaba que se declarase la nulidad de la suscripción de los Bonos Subordinados I/2009 y II/2012 por error de vicio del consentimiento, conforme a lo exigido por el Derecho de la Unión, en particular la MiFID I,[6] y que se le restituyera la cantidad inicialmente invertida. Con carácter subsidiario, D. E. solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la MiFID I.

[3] Sentencia de 5 de mayo de 2022, Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) (C-410/20, en lo sucesivo, «Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular)», EU:C:2022:351).

[4] Sentencia de 5 de septiembre de 2024, Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II) (C-775/22, C-779/22 y C-794/22, en lo sucesivo, «Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II)», EU:C:2024:679).

[5] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2014, L 173, p. 190; corrección de errores en DO 2018, L 323, p. 37, y en DO 2020, L 378, p. 27).

[6] Según la resolución de remisión, D. E. invocó la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DO 2004, L 145, p. 1) (en lo sucesivo, «MiFID I»).

12. El 31 de mayo de 2017, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de declaración de nulidad presentada por D. E. y acordó la nulidad de la suscripción de los Bonos Subordinados I/2009 y II/2012.[7] De los autos del litigio nacional resulta que el Juzgado de Primera Instancia confirmó que Banco Popular no había realizado una evaluación de la «adecuación» del producto para D. E., ni en su calidad de administrador de la Sociedad ni en su propio nombre, a fin de determinar si tenía, en cualquiera de dichos conceptos, los conocimientos y la experiencia necesarios para entender el riesgo inherente a los bonos convertibles en cuestión.[8] Banco Popular recurrió en apelación esa sentencia ante la Audiencia Provincial.

13. El 7 de junio de 2017, la Junta Única de Resolución adoptó la decisión de resolución de Banco Popular, que fue aprobada por la Comisión Europea ese mismo día.

14. Dicha resolución consistió, en concreto, en una combinación de instrumentos de recapitalización interna y de venta del negocio,[9] y se llevó a cabo del siguiente modo. En primer lugar, en virtud de la aplicación del instrumento de recapitalización interna, el valor de las acciones existentes de Banco Popular se redujo a cero. A continuación, dichas acciones fueron amortizadas. Se procedió de la misma manera con las acciones creadas a raíz de la conversión de parte de los pasivos pendientes de Banco Popular (pasivos de nivel 1). Otra parte de esos pasivos pendientes (pasivos de nivel 2) se convirtió en nuevas acciones, que fueron transmitidas a Banco Santander, S. A. Banco Popular fue vendido a continuación a Banco Santander, parte demandada en el litigio principal, que adquirió la totalidad de los activos restantes de Banco Popular mediante una fusión por absorción, momento en el cual se extinguió la personalidad jurídica de Banco Popular. Banco Santander sucedió también a Banco Popular en el litigio objeto del procedimiento principal.

15. El 29 de marzo de 2019, la Audiencia Provincial anuló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia basándose en que D. E. carecía de legitimación activa para promover el proceso. Se declaró que la demanda debería haber sido entablada por la Sociedad.

16. Contra dicha sentencia, D. E. interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Pese a la oposición de ambas partes, el Tribunal Supremo decidió plantear una petición de decisión prejudicial en el presente asunto. El Tribunal Supremo explica asimismo que las interpretaciones dispares, en particular, del artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59 realizadas por los órganos jurisdiccionales españoles han dado lugar a un número considerable de recursos de casación, por lo que las orientaciones que facilite el Tribunal de Justicia ayudarán a resolver algunos de estos asuntos.

7 Según los autos del procedimiento nacional, dicha sentencia fue notificada a las partes el 8 de junio de 2017.

8 El artículo 19, apartado 5, de la MiFID I exige la evaluación de la «adecuación». Se desarrolla en los artículos 36 y 37 de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DO 2006, L 241, p. 26) (en lo sucesivo, «Directiva de aplicación de la MiFID I»).

9 Véanse los artículos 24 y 27 respectivamente del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO 2014, L 225, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento MUR»).

17. En tales circunstancias, el Tribunal Supremo planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva [2014/59], ¿deben interpretarse en el sentido de que el eventual crédito o derecho que surgiría de la condena a indemnizar impuesta a la entidad que ha sucedido a Banco Popular como consecuencia de una acción de responsabilidad derivada por la comercialización de un producto financiero (bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones del mismo banco), no incluido entre los instrumentos de capital adicional a que se refieren las medidas de resolución del Banco Popular, que acabaron convirtiéndose en acciones del banco antes de que se hubieran adoptado las medidas de resolución del banco (7 de junio de 2017), podría considerarse un pasivo afectado por la previsión de amortización o extinción del art. 53.3 de la Directiva [2014/59], en tanto que obligación o reclamación "no vencida", de forma que quedaría liberado y no sería oponible a Banco Santander como sucesora de Banco Popular, cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto antes de haber concluido el procedimiento de resolución del banco?

2) ¿O por el contrario, dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que el citado crédito o derecho constituiría una obligación o reclamación "vencida" —artículo 53.3, de la Directiva [2014/59]— o "pasivo ya devengado" en el momento de la resolución del banco —artículo 60.2.b—, y como tal excluido de los efectos de la liberación o cancelación de esas obligaciones o reclamaciones y, en consecuencia, sería exigible a Banco Santander como sucesor de Banco Popular, cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto antes de haber concluido el procedimiento de resolución del banco?»

## III. Análisis

### *A. Exposición del contexto, alegaciones de las partes y estructura de las presentes conclusiones*

18. La cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente versa sobre la interpretación del concepto de «vencido» o «devengado», que figura en los artículos 53, apartado 3, y 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59.

19. El artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59 dispone:

«Cuando una autoridad de resolución reduzca a cero, en virtud de las competencias mencionadas en el artículo 63, apartado 1, letra e), el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, este o cualesquiera *obligaciones o reclamaciones* derivadas del mismo *que no hayan vencido* en el momento en que se ejercen dichas competencias *se considerarán liberados* a todos los efectos, y no podrán computarse en posibles procedimientos ulteriores de la entidad objeto de resolución o de otra sociedad que la suceda en una eventual liquidación posterior.» [10]

[10] El subrayado es mío.

20. Por cuanto aquí interesa, el artículo 60, apartado 2, de la Directiva 2014/59 dispone:

«2. En caso de que el importe principal de un instrumento de capital pertinente se amortice:

[…]

b) por lo que se refiere al *titular* del instrumento de capital pertinente, no subsistirá *responsabilidad alguna* en relación con el importe del instrumento que haya sido amortizado, *excepto cuando se trate de pasivos ya devengados* o de pasivos resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización». [11]

21. La Directiva 2014/59 no define el concepto de «devengado» o «vencido». Además, algunas versiones lingüísticas de la Directiva 2014/59 utilizan la misma palabra tanto en el artículo 53, apartado 3, como en el artículo 60, apartado 2, letra b), de esa Directiva, mientras que otras, incluida la versión en lengua española, emplean dos palabras distintas. [12] Esto dificulta resolver cuál es el significado común que ha de atribuirse a dicho concepto.

22. En cualquier caso, dicha Directiva no se remite al Derecho de los Estados miembros para dotar de significado a ese concepto, lo que indica que procede atribuirle un significado autónomo en el ámbito de la Unión. [13]

23. Dado que los pasivos «devengados» no se ven afectados por la recapitalización interna, parece claro a la luz del tenor del artículo 53, apartado 3, y del artículo 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59 que la determinación de si un pasivo se ha «devengado» tiene consecuencias. En efecto, con arreglo al artículo 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59, por lo que se refiere al titular del instrumento de capital pertinente, no «subsistirá» responsabilidad alguna en relación con el instrumento que haya sido amortizado, mientras que subsistirá responsabilidad hacia esa persona si su crédito estuviera «devengado» en el momento de la adopción de la decisión de resolución.

24. Además, el artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59 hace referencia también al concepto de «importe pendiente», que se reduce a cero cuando se aplica el instrumento de recapitalización interna. Esta referencia deja claro que, al utilizar este instrumento, las autoridades de resolución únicamente podrán liberar las obligaciones *pendientes* del banco objeto de resolución, es decir, las deudas existentes pero aún no exigibles (es decir, vencidas). Esto sugiere que el concepto de «vencido», que en este contexto se emplea para excluir de la recapitalización interna a un pasivo, se refiere a las obligaciones ya contraídas por un banco y que ya son exigibles (es decir, que ya han vencido) en el momento de la decisión de resolución.

[11] El subrayado es mío.

[12] En algunas versiones lingüísticas se emplea la misma palabra tanto en el artículo 53, apartado 3, como en el artículo 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59. Así sucede, además de en la versión inglesa de la Directiva 2014/59, también en las versiones francesa (que utiliza el término «échu» en ambos preceptos), alemana (que emplea el término «angefallen»), italiana (que se refiere a la palabra «maturati») y croata (que utiliza el término «obračunati»). Otras versiones lingüísticas emplean dos palabras distintas en los artículos 53, apartado 3, y 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59. Como explica el tribunal remitente, la versión en lengua española de la Directiva 2014/59 utiliza el término «vencidas» en el artículo 53, apartado 3, y la palabra «devengados» en su artículo 60, apartado 2. Del mismo modo, la versión neerlandesa utiliza la palabra «vorderbaar» en el artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59 y la expresión «te betalen» en su artículo 60, apartado 2.

[13] El Tribunal de Justicia ya se pronunció en este sentido en la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 48.

25. La obligación de indemnizar a los acreedores por ilegalidades relacionadas con la adquisición de instrumentos financieros emitidos por un banco, impugnada ante un órgano jurisdiccional, debe considerarse, en el momento en que se adopta la decisión de resolución, un pasivo «contingente» del banco objeto de resolución. Antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre dicha obligación, su existencia es incierta. Sin embargo, cuando un órgano jurisdiccional confirma esa obligación de pago, el pasivo resultante y su vencimiento surgen *ex tunc*, es decir, desde antes de la fecha de la decisión de resolución.

26. ¿Tales pasivos «contingentes» son pasivos «devengados» u obligaciones «vencidas» en el sentido de la Directiva 2014/59, en el momento de adopción de la decisión de resolución?

27. Son posibles dos interpretaciones.

28. Por una parte, dichos pasivos pueden considerarse «devengados» o «vencidos», ya que, una vez confirmados por un órgano jurisdiccional, habrán existido y, por tanto, serán exigibles antes de la decisión de resolución. Por otra parte, dado que tales pasivos dependen del resultado de un procedimiento judicial, es posible entender que, en el momento de adopción de la decisión de resolución, solo se han devengado de manera «contingente». En otras palabras, podrían considerarse como deuda pendiente en el momento de la resolución, por lo cual cabría considerarlos «no devengados».

29. En las sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), el Tribunal de Justicia interpretó que tales pasivos «contingentes», respecto a los cuales se inicia una acción judicial tras la adopción de la decisión de resolución, no se habían devengado y, por tanto, estaban sujetos a la decisión de recapitalización interna. Ello tuvo como consecuencia que los acreedores de tales pasivos «contingentes» perdieron, por tanto, sus créditos frente al banco objeto de resolución en el marco de la recapitalización interna. Dicha pérdida influye obviamente en los derechos de los acreedores basados en el Derecho de la Unión, incluido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No obstante, en las sentencias en cuestión, el Tribunal de Justicia concluyó que, en definitiva, el interés público de evitar el colapso financiero y mantener la estabilidad financiera prevalece sobre los derechos de los acreedores basados en la legislación de la Unión.

30. Invocando estas dos sentencias, Banco Santander y los Gobiernos español, italiano y portugués consideran que las obligaciones que se deriven de un procedimiento judicial, aun cuando este se hubiera incoado *antes* de la resolución, no pueden considerarse «vencidas».

31. Explican que tales créditos probablemente supondrían una salida de fondos del banco objeto de resolución, por lo que podrían menoscabar la eficacia de la decisión de resolución. En consecuencia, solo los créditos o derechos que hayan sido reconocidos como exigibles en virtud de una sentencia del órgano jurisdiccional competente antes de la fecha de la decisión de resolución deben considerarse «vencidos» en el sentido de la Directiva 2014/59.

32. La Comisión, no obstante, sostiene la tesis contraria. Considera que el concepto de «vencido», tal como se emplea en el artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59, debe incluir un pasivo u obligación que, en el momento de la resolución, haya vencido solo «provisionalmente» y que la posterior sentencia simplemente confirme, incluso después de la adopción de una decisión de resolución.

33. Según la Comisión, esta interpretación se fundamenta en la exigencia del artículo 36 de la Directiva 2014/59 de que la valoración sea «ecuánime, prudente y realista». Dicha valoración debe tener en cuenta los pasivos contingentes en los procedimientos judiciales en curso. Además, no parece justificado denegar indemnización a una persona que inició un procedimiento judicial antes del momento de la adopción de la decisión de resolución.

34. Así pues, el presente asunto suscita la cuestión de si el equilibrio entre el interés de la estabilidad financiera y la tutela judicial efectiva de los derechos que la Unión reconoce a los acreedores, en defensa de los cuales se incoó un procedimiento judicial antes de la adopción de la decisión de resolución, debe alcanzarse del mismo modo que cuando tales acciones judiciales no han sido ejercitadas sino tras la adopción de la decisión de resolución.

35. Mediante esta cuestión se solicita orientación acerca de si los pasivos «contingentes», que ya eran objeto de un procedimiento judicial cuando se adoptó la decisión de resolución, deben considerarse «devengados» o «vencidos» en el sentido de la Directiva 2014/59. Para responder a esta cuestión, procederé del siguiente modo. En primer lugar, explicaré por qué considero que la presente petición de decisión prejudicial es admisible (B). En cuanto al fondo, comenzaré recordando brevemente el razonamiento en el que se basan las dos sentencias en las que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2014/59 se opone a las acciones judiciales ejercitadas *después* de la decisión de resolución (C). A continuación, abordaré la cuestión de si el mismo razonamiento es aplicable también si las acciones judiciales se ejercitaron *antes de* la decisión de resolución (D). Mi análisis me llevará a proponer al Tribunal de Justicia que declare que la finalidad del marco de resolución establecido por la Directiva 2014/59 no puede prevalecer sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de los consumidores o inversores basados en la legislación de la Unión, cuando la acción judicial relativa a dichos derechos se ejercitó *antes* de la decisión de resolución (IV).

## *B. Sobre la admisibilidad*

36. Banco Santander cuestiona la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial. Explica que las cuestiones prejudiciales planteadas carecen de pertinencia para resolver el litigio principal, ya que el órgano jurisdiccional nacional supuestamente decidió abstenerse de examinar, con arreglo al Derecho nacional, si el demandante en primera instancia tenía en realidad legitimación activa para ejercitar la acción.

37. A este respecto, cabe recordar que corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional nacional apreciar la necesidad y la pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas, por lo que dichas cuestiones prejudiciales gozan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de responder cuando resulte evidente que la respuesta a la cuestión prejudicial no puede ser de utilidad en el litigio principal. [14]

38. Como explica el Gobierno español, la respuesta a la cuestión prejudicial es necesaria para el órgano jurisdiccional remitente, puesto que, si el Tribunal de Justicia respondiera que la Directiva 2014/59 impide ejercitar la acción judicial de que se trata, el órgano jurisdiccional remitente tendría que desestimar la demanda de D. E. sin necesidad de examinar en primer lugar si tenía legitimación activa para presentarla.

[14] Véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros (C-621/18, EU:C:2018:999), apartados 26, 27 y 30 y jurisprudencia citada.

39. En consecuencia, no resulta manifiestamente evidente que la petición de decisión prejudicial sea inadmisible. Por tanto, el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente.

### *C. Las dos sentencias precedentes y la presente situación*

40. Como ya he señalado, la presente petición de decisión prejudicial se plantea en el contexto de las sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II). En las citadas sentencias, el Tribunal de Justicia consideró que la decisión de resolución de Banco Popular tuvo como efecto impedir la incoación de procedimientos judiciales en los que los demandantes reclamaran indemnización por el incumplimiento por parte de ese banco de determinadas normas de comercialización de instrumentos financieros.

41. El asunto que dio lugar a la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) se refería a una acción de nulidad ejercitada por dos personas físicas que adquirieron acciones de Banco Popular en 2016 con ocasión de una ampliación de capital en el marco de una oferta pública de suscripción. Tras la resolución de dicho banco y la reducción de su capital social a cero, dichas personas físicas alegaron en 2018 que su consentimiento inicial al contrato de adquisición de acciones fue nulo, entre otras razones, por el carácter incompleto o inexacto del folleto en cuestión. En la sentencia de primera instancia, el órgano jurisdiccional nacional consideró que las normas del Derecho de la Unión en materia de responsabilidad civil en relación con la información facilitada en un folleto, que se contienen en la Directiva sobre folletos,[15] podían prevalecer sobre los principios que regulan la resolución de las entidades de crédito con arreglo a la Directiva 2014/59.[16] Por consiguiente, declaró nulo el contrato de adquisición de acciones controvertido y ordenó la restitución de la cantidad o suma invertida por los demandantes, junto con los intereses.[17]

42. El Tribunal de Justicia rechazó esa interpretación. A raíz de la petición de decisión prejudicial planteada en el marco de un recurso de apelación, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2014/59 permite establecer excepciones a los derechos basados en otros instrumentos del Derecho de la Unión. Explicó que el carácter excepcional del régimen de resolución «implica que cabe descartar la aplicación de otras disposiciones del Derecho de la Unión cuando estas puedan privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de resolución».[18]

43. Por consiguiente, con el fin de garantizar la plena eficacia del procedimiento de resolución contemplado en la Directiva 2014/59, los accionistas cuyas acciones se cancelen en virtud de una decisión de resolución no pueden ejercitar una acción de nulidad o una acción de responsabilidad *después* de la adopción de la decisión de resolución.

44. En la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), el Tribunal de Justicia extendió este razonamiento a las demandas presentadas por titulares de bonos convertidos en acciones antes de la resolución y cancelados posteriormente,[19] así como por

[15] Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO 2003, L 345, p. 64).

[16] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartado 23.

[17] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartado 22.

[18] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartado 37.

[19] Esa era la situación controvertida en los asuntos C-775/22 y C-779/22.

titulares de bonos que se convirtieron en acciones durante la resolución, pero se transmitieron a Banco Santander sin contraprestación. [20] Al igual que sucedió en el asunto Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), en el asunto Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II) los acreedores ejercitaron acciones de nulidad y responsabilidad después de la resolución, alegando la ilegalidad de la emisión inicial de esos instrumentos financieros, que posteriormente se convirtieron en acciones. [21] También en esos asuntos, el Tribunal de Justicia declaró que no podían ejercitarse acciones de responsabilidad o de nulidad *después* de la adopción de la decisión de resolución. [22]

45. La situación en el presente asunto es similar. Está más cercana a la situación de los asuntos C-775/22 y C-779/22, los dos primeros de los tres asuntos acumulados en la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), ya que los bonos, la legalidad de cuya adquisición es cuestionada por D. E., fueron convertidos en acciones antes de la resolución de Banco Popular. Sin embargo, la importante diferencia entre los dos asuntos radica en que, en aquellos asuntos, las partes recurrentes solo ejercitaron sus acciones judiciales *después* de la resolución de Banco Popular, mientras que D. E. presentó su demanda unos ocho meses *antes* de la adopción de la decisión de resolución.

46. Por tanto, es necesario, en primer lugar, entender los motivos que llevaron al Tribunal de Justicia a concluir que la Directiva 2014/59 impide el ejercicio de acciones de nulidad o responsabilidad después de la adopción de una resolución. Solo a continuación cabe preguntarse si el mismo razonamiento es aplicable también a una situación en la que dichas acciones se han ejercitado antes de la fecha de la decisión de resolución.

47. En sus sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), el Tribunal de Justicia precisó que la excepción a otras disposiciones del Derecho de la Unión que confieren derechos a los justiciables puede explicarse por el «interés general superior» de «preservar la estabilidad financiera de los Estados miembros» en un contexto económico excepcional y urgente. [23]

48. El Tribunal de Justicia declaró que esas otras disposiciones del Derecho de la Unión, como la Directiva sobre folletos, si se aplicaran, podrían «privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de resolución». [24]

49. Ello se debe a que tanto una acción de nulidad como una acción de responsabilidad, si prosperan, exigirían al banco objeto de resolución o a su sucesor reembolsar íntegramente las cantidades invertidas en la suscripción de acciones (o bonos convertidos en acciones) que, sin embargo, han sido amortizadas como consecuencia de la decisión de resolución. El Tribunal de Justicia consideró que, por tanto, dichas acciones judiciales cuestionarían la totalidad de la valoración en la que se basa la decisión de resolución. [25]

[20] Esa era la situación en el asunto C-794/22.

[21] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartados 29 y 37.

[22] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartados 61 y 70.

[23] Véase, a este respecto, la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartado 37, que se reiteró en la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 56.

[24] Véanse las sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartados 37 y 40, y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 56.

[25] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartado 43. En el mismo sentido, la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 59.

50. Durante la valoración, las obligaciones de restitución o de pago de indemnización por daños y perjuicios, que podrían confirmarse en el marco de las acciones judiciales, solo constituyen pasivos «contingentes» del banco objeto de resolución, pues su existencia depende del resultado del procedimiento judicial en curso. Por otra parte, en caso de que no se haya iniciado aún un procedimiento en el momento de la valoración en la que se basa la decisión de resolución, las autoridades de resolución no pueden tener conocimiento de la existencia de dichos pasivos «contingentes».

51. En consecuencia, el Tribunal de Justicia consideró que los pasivos «contingentes», objeto de acciones ejercitadas *después* de la fecha de adopción de la decisión de resolución, deben considerarse «no vencidos» y, en consecuencia, se considerarán liberados a todos los efectos, según lo previsto en el artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59, y tal como resulta implícitamente de su artículo 60, apartado 2, párrafo primero. [26]

52. En efecto, tales acciones judiciales, si se estimaran, tendrían como efecto crear retroactivamente pasivos que no se tomaron en consideración cuando se adoptó la decisión de resolución, reduciendo así el importe de los instrumentos de capital objeto de recapitalización interna. [27]

53. En otras palabras, el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de obligaciones o reclamaciones «vencidas», en el sentido del artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59, excluye aquellos tipos de reclamaciones que se deriven de acciones ejercitadas con éxito *después* de la adopción de la decisión de resolución en cuestión. [28]

54. En los asuntos Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), sin embargo, no se solicitó al Tribunal de Justicia que determinase si el mismo razonamiento se opone también a las acciones de nulidad o de responsabilidad que se ejerciten *antes* de la decisión de resolución.

55. En tal supuesto, los pasivos del banco objeto de resolución son únicamente «contingentes», ya que no hay certeza de su existencia hasta que se conozca el resultado del procedimiento judicial. Sin embargo, en el caso de autos, el procedimiento ya estaba pendiente ante un tribunal en el momento en que se evaluaron los pasivos del banco objeto de la resolución.

56. Por tanto, sigue abierta la cuestión de si los pasivos «contingentes» que dependen de un procedimiento judicial incoado *antes* de la decisión de resolución, pero no resuelto todavía en el momento en que se adoptó la decisión de resolución, deben considerarse «devengados» o «vencidos» en el sentido de la Directiva 2014/59.

57. A mi modo de ver, aunque el razonamiento en que se basan las sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II) es aplicable en gran medida a una situación como la controvertida en el presente asunto, existen factores adicionales que justifican una interpretación distinta. A continuación, examinaré dichos factores.

[26] Véase, en este sentido, la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular), apartados 41 y 42.

[27] Véase, en este sentido, la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 53.

[28] Véase la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartados 49 y 50.

### *D. ¿Los pasivos «contingentes» objeto de un procedimiento judicial incoado antes de la decisión de resolución son pasivos «devengados» o «no devengados»?*

*1. Objetivo de la Directiva 2014/59: ¿pueden las reclamaciones en procedimientos judiciales pendientes menoscabar la decisión de resolución?*

58. Como he explicado, las sentencias Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II) se basan en la consideración de que el objetivo de la Directiva 2014/59 —garantizar la estabilidad del sistema financiero— puede verse menoscabado si la valoración de los activos de un banco, sobre la base de la cual se adopta la decisión de resolución, pudiera modificarse posteriormente en un procedimiento judicial incoado con posterioridad a la adopción de la decisión de resolución.

59. En mi opinión, no cabe trasladar este mismo razonamiento a los pasivos «contingentes», es decir, los que podrían materializarse si prosperase la demanda que se presentó antes de la decisión de resolución.

60. En lo que respecta a la valoración de los activos del banco objeto de resolución, existe una diferencia importante entre las demandas presentadas antes de la valoración y las presentadas después. Las primeras son, o al menos pueden ser, conocidas por el valorador y, en consecuencia, por las autoridades de resolución. Por el contrario, el valorador o la autoridad competente no puede predecir las segundas.

61. Teniendo en cuenta esta diferencia, interpretar tales procedimientos como un pasivo «devengado», ¿supondría un riesgo para el procedimiento de resolución y privaría a la decisión de resolución de su efecto práctico?

62. La Comisión alega que, si se respetan los principios de valoración, tratar las demandas anteriores como pasivos devengados no menoscaba la eficacia del procedimiento de resolución.

63. Banco Santander, por el contrario, aduce que dar ese tratamiento a los pasivos potenciales pero inciertos podría desincentivar la adquisición de un banco objeto de resolución y poner en entredicho de este modo la eficacia del instrumento de venta del negocio cuando se combina con una recapitalización interna, como sucedió en la resolución de Banco Popular.

64. Conforme al artículo 36, apartado 1, de la Directiva 2014/59, cualquier medida de resolución deberá basarse en una «valoración ecuánime, prudente y realista del activo y el pasivo» de la entidad sujeta a resolución. [29]

65. En otras palabras, la valoración deberá reflejar de manera realista en qué medida un «pasivo contingente» puede representar una pérdida para el activo del banco objeto de resolución.

[29] Asimismo, con arreglo al artículo 36, apartados 3 y 4, de la Directiva 2014/59 «el objetivo de la evaluación será evaluar el valor del activo y el pasivo» de la entidad de que se trate, con el fin de garantizar, «en todos los casos, […] que cualquier pérdida que afecte a los activos de la entidad o sociedad […] sea plenamente constatada en el momento en que se aplican los instrumentos de resolución o se ejerce la competencia para amortizar o convertir los instrumentos de capital en cuestión». Además, como disponen los apartados 5 y 6 del mismo artículo en la parte pertinente, la valoración «se basará en supuestos prudentes, incluyendo las tasas de impago y la magnitud de las pérdidas» y «se completará con […] un balance actualizado» y «la lista de pasivos pendientes en el balance y fuera de balance que figura en la contabilidad y los registros de la entidad o sociedad» de que se trate.

66. Mientras que la valoración de una entidad sujeta a resolución no puede tomar en consideración los pasivos «contingentes» resultantes de procedimientos judiciales aún no iniciados en ese momento, no cabe afirmar lo mismo de los procedimientos que ya están en curso.

67. En consecuencia, en la medida en que los pasivos «contingentes», que dependen del resultado de procedimientos judiciales *en curso*, puedan tenerse en cuenta en el momento de la resolución, dichos procedimientos no pueden poner en peligro el proceso de resolución.

68. Es cierto que la Directiva 2014/59 no prevé la forma de determinar los pasivos contemplados en su artículo 36. [30]

69. No obstante, el primer informe de valoración de la resolución de Banco Popular, de 5 de junio de 2017, muestra que dicho informe fue «elaborado teniendo en cuenta […] los criterios metodológicos de valoración del capítulo II» [31] de las normas técnicas de regulación aplicables de la Autoridad Bancaria Europea. [32] Dichas normas disponen, por cuanto aquí interesa, que «el valorador prestará especial atención a […] los litigios y las medidas de regulación, en relación con los cuales los flujos de efectivo esperados pueden estar sujetos a diversos grados de incertidumbre en cuanto a su importe o calendario». [33]

70. Asimismo, del segundo informe de valoración, de 6 de junio de 2017, citado por Banco Santander en sus observaciones, se desprende que la valoración de Banco Popular tuvo en cuenta las estimaciones de pérdida del valor razonable por los litigios relativos a «reclamaciones por venta irregular de bonos convertibles» que se recogen en sus estados contables. [34] Como explica el documento aclaratorio del tercer informe de valoración, se incluyen, con un escenario inferior y superior, las reclamaciones derivadas de los Bonos Subordinados II/2012, que son precisamente los instrumentos financieros controvertidos en el presente asunto. [35]

[30] Procede señalar, sin embargo, que, en 2019, la Junta Única de Resolución publicó un marco de valoración que establece los principios y metodologías de los informes de valoración para las decisiones de resolución, que exige que el valorador tome en consideración «los pasivos contingentes relacionados con litigios»; véase Junta Única de Resolución, «Framework for Valuation» (Marco de valoración), febrero de 2019, p. 22, disponible en: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2019-02-01 %20Framework%20for%20Valuation.pdf.

[31] Véase Junta Única de Resolución, «Valuation report for the purposes of Article 20(5)(a) of Regulation (EU) Nº 806/2014 informing the determination of whether the conditions for resolution or the conditions for the write down or conversion of capital instruments are met» [Informe de valoración a efectos del artículo 20, apartado 5, del Reglamento (UE) n.º 806/2014, relativo a la determinación de la concurrencia de los requisitos de resolución o los requisitos de amortización o conversión de instrumentos de capital], 5 de junio de 2017, disponible en: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf (en lo sucesivo, «primer informe de valoración»), p. 1.

[32] Autoridad Bancaria Europea, «Regulatory technical standards on valuation for the purposes of resolution and on valuation to determine difference in treatment following resolution under Directive 2014/59/EU on recovery and resolution of credit institutions and investment firms» (Normas técnicas de regulación sobre la valoración a efectos de resolución y sobre la valoración para determinar la diferencia de trato tras una resolución con arreglo a la Directiva 2014/59/UE relativa a la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión) (EBA/RTS/2017/05 y EBA/RTS/2017/06) (en lo sucesivo, «normas técnicas de la ABE»), 23 de mayo de 2017, disponible en: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1853532/88566587-ff6f-4116-a08e-282eb4ea2f78/Final%20draft%20RTSs%20on%20valuation%20in%20resolution%20(EBA-RTS-2017-05%20&%20EBA-RTS-2017-06).pdf.

[33] Véase el artículo 8 de las normas técnicas de la ABE.

[34] Véase el punto 2.4 del «Hippocrates provisional valuation report — Sale of business scenario» (Informe Provisional Hipócrates — Escenario de venta del negocio), 6 de junio de 2017, disponible en: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/2023-08-25_BPE_%20Revised%20NCV_Valuation-2-Report.pdf (en el que Deloitte subraya que «hemos aceptado la estimación de la pérdida de valor razonable, pero hemos ajustado al alza la población de los clientes afectados, con un escenario inferior y superior». El primer informe de valoración, de 5 de junio de 2017, no refleja los detalles de las estimaciones de la pérdida de valor razonable resultante de los litigios; véase https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/valuation_1_report_updated_on_30_10_2018.pdf.

[35] Véase el punto 5.11.2 del «Clarification document of valuation of difference in treatment — Banco Popular Español» (Documento aclaratorio de la valoración de la diferencia de trato — Banco Popular Español) de Deloitte, 18 de diciembre de 2019, disponible en: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/annex_ii_-_clarification_document_en.pdf.

71. Banco Santander alega que, dada la extrema urgencia con la que normalmente tiene lugar una resolución, pueden existir supuestos en los que la valoración se efectúe sin tener en cuenta todos los procedimientos judiciales pendientes.

72. Aunque efectivamente es posible que algunos litigios pendientes no se tomen en consideración, este grado de incertidumbre se da en cualquier actividad de elaboración de inventarios y, por tanto, cabe afirmar que forma parte del riesgo general asumido por la entidad adquirente.

73. Además, como observó el Gobierno español, los pasivos contingentes resultantes de procedimientos judiciales como el del presente asunto se reflejan, al menos en cierta medida, en los estados financieros de un banco que cotiza en bolsa. A este respecto, procede observar que de los apartados 3 y 5 de la decisión de resolución se desprende que Banco Popular es la sociedad dominante del Grupo Banco Popular y cotiza en el mercado español de valores, es decir, en un mercado regulado en el sentido del artículo 4, apartado 14, de la MiFID I. En virtud del Reglamento sobre normas internacionales de contabilidad, las sociedades que cotizan oficialmente en tales mercados deberán formular sus estados financieros consolidados de conformidad con determinadas normas internacionales de contabilidad,[36] que la Comisión incorpora al Derecho de la Unión.[37] Entre las muchas[38] normas que la Comisión había incorporado al Derecho de la Unión en el momento en que se adoptó la decisión de resolución del presente asunto se encontraba la exigencia específica de reflejar en las cuentas las incertidumbres derivadas, en particular, del coste potencial «de litigios en curso».[39]

74. Por tanto, no considero convincente ni correcto afirmar que los litigios en curso, incluidos los relativos a la venta irregular de instrumentos de capital, no se reflejarían en la valoración de un banco a efectos de resolución. Así sucede en especial si la valoración se realiza de conformidad con los principios de «valoración ecuánime, prudente y realista» en el sentido del artículo 36 de la Directiva 2014/59.[40]

[36] Véase el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DO 2002, L 243, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento sobre normas internacionales de contabilidad»). Como explica el artículo 2 de dicho Reglamento, «se entenderá por "normas internacionales de contabilidad" las Normas internacionales de contabilidad (NIC), las Normas internacionales de información Financiera (NIIF) y las interpretaciones correspondientes (interpretaciones del SIC/interpretaciones del IFRIC), las modificaciones ulteriores de dichas normas y de las interpretaciones correspondientes, así como las futuras normas y las interpretaciones correspondientes que pueda elaborar o aprobar el Consejo de normas internacionales de contabilidad (CNIC)».

[37] Véase el artículo 3, apartados 1 y 4, del Reglamento sobre normas internacionales de contabilidad.

[38] En virtud del Reglamento (CE) n.º 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2008, L 320, p. 1), la Comisión adoptó «todas las normas presentadas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), así como todas las interpretaciones presentadas por el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) y adoptadas íntegramente en la Comunidad a 15 de octubre de 2008, salvedad hecha de la NIC 39 (relativa al reconocimiento y la valoración de instrumentos financieros), de la que se han omitido pequeñas partes» (véase el considerando 2 y el artículo 2 de dicho Reglamento).

[39] Véase el apartado 117 de la norma internacional de contabilidad 1 del anexo del Reglamento n.º 1126/2008 que, en la versión aplicable en la fecha de la decisión de resolución, explica en la parte pertinente que «la determinación del importe en libros de algunos activos y pasivos exigirá la estimación, en la fecha del balance, de los efectos que se deriven de eventos futuros inciertos sobre tales activos y pasivos. Por ejemplo, […] las provisiones condicionadas por los desenlaces futuros de litigios en curso […]. Estas estimaciones se basan en supuestos sobre variables tales como los flujos de efectivo ajustados al riesgo o las tasas de descuento empleadas». Véase también el apartado 34 de la norma internacional de contabilidad 11 del mismo anexo, que se refiere a los costes del contrato que han de reflejarse como gastos, que incluyen el «desenlace de una sentencia […] pendiente», y que exige, con arreglo a los apartados 36 y siguientes de la norma internacional de contabilidad 37, la evaluación de las mejores estimaciones.

[40] Como he explicado en la nota 34 de las presentes conclusiones, en el caso de Banco Popular, Deloitte ajustó, en realidad, la cantidad de clientes afectados por un procedimiento del mismo tipo que el del presente asunto y de este modo pretendió reflejar una estimación más exacta de la pérdida de valor razonable.

75. Por consiguiente, a diferencia de las acciones que solo se ejercitan después de la adopción de la decisión de resolución, no cabe considerar que las acciones ejercitadas antes de ese momento puedan poner en entredicho la valoración que sirvió de base a la adopción de la decisión de resolución.

76. Por tanto, el objetivo de la Directiva 2014/59 no exige que tales reclamaciones sean excluidas del concepto de pasivos «vencidos» o «devengados» en el sentido de los artículos 53, apartado 3, y 60, apartado 2, de la Directiva 2014/59.

*2. Ponderación entre el objetivo del procedimiento de resolución y el derecho a la tutela judicial efectiva*

77. Habida cuenta de la urgencia de la resolución y de las incertidumbres en torno a si, en tales circunstancias, la valoración puede tener en cuenta todos los pasivos «contingentes», es posible sostener que podría parecer una solución mucho más simple considerar que los créditos basados en un procedimiento judicial pendiente en la fecha de la decisión de resolución han de considerarse «no vencidos» y, por tanto, liberados por la recapitalización interna. Podría afirmarse incluso que los potenciales adquirentes de un banco en graves dificultades tendrían mayores incentivos para aceptar una oferta de adquisición si los activos que adquirieran estuvieran libres de *todo* pasivo «contingente», incluidos los que dependen de procedimientos judiciales en curso. De este modo, podría alcanzarse mejor el objetivo de garantizar la eficacia del procedimiento de resolución.

78. Sin embargo, no debe olvidarse que, con esta solución, también quedarían cancelados los derechos que asisten a los justiciables en virtud del Derecho de la Unión, como la Directiva sobre folletos y la MiFID I.

79. Tales derechos están protegidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, un principio general del Derecho de la Unión que actualmente se enuncia en el artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este derecho fundamental garantiza a toda persona que alegue la vulneración de sus derechos basados en el Derecho de la Unión la posibilidad de acudir a un tribunal competente que pueda ofrecer una resolución fundada en Derecho.

80. Al sostener que los procedimientos judiciales pendientes deben tratarse como «no devengados» o «no vencidos» a efectos de la Directiva 2014/59, Banco Santander y los Gobiernos español, italiano y portugués consideran, en realidad, que la injerencia resultante en el derecho a la tutela judicial efectiva está justificada.

81. En la sentencia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), en la que las partes recurrentes invocaron, en particular, su derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal de Justicia recordó que ese derecho no es absoluto y puede ser objeto de restricciones teniendo en cuenta otros intereses generales importantes, como el mantenimiento de la estabilidad financiera. [41]

82. Sin entrar en muchos detalles, el Tribunal de Justicia, al llevar a cabo su ejercicio de ponderación, consideró que el interés de la estabilidad del sistema financiero debía prevalecer sobre la tutela judicial efectiva de los derechos de los inversores basados en la legislación de la Unión. El Tribunal de Justicia se basó en su jurisprudencia anterior, según la cual «si bien existe

[41] Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 80.

un claro interés general en garantizar en toda la Unión una protección fuerte y coherente de los inversores, no puede considerarse que ese interés prevalezca en todo caso sobre el interés general consistente en garantizar la estabilidad del sistema financiero». [42]

83. No obstante, en el apartado antes citado, el Tribunal de Justicia no dejó de recalcar que no puede considerarse que el interés de los inversores prevalezca *en todo caso* sobre el interés general consistente en garantizar la estabilidad del sistema financiero.

84. Tratar los procedimientos judiciales pendientes como pasivos «devengados» u obligaciones «vencidas» no implica menoscabar el objetivo de estabilidad financiera del mismo modo que permitiendo demandas posteriores a la decisión de resolución. Ello se debe a que la valoración en la que se basa una decisión de resolución debe tomar en consideración las demandas pendientes. Desde este punto de vista, el presente asunto difiere considerablemente de las circunstancias de los asuntos que dieron lugar a las sentencias del Tribunal de Justicia Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) y Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II).

85. Además, mientras que, en los dos últimos asuntos, los inversores no habían ejercido aún su derecho de acudir a un tribunal para defender sus derechos basados en la legislación de la Unión antes de que la decisión de resolución afectara a esos derechos, en las circunstancias del caso de autos, D. E. invocó sus derechos y obligaciones y tomó medidas para protegerlos antes de que la decisión de resolución modificara el marco al que estaba sujeto.

86. Si se permitiera que la decisión de resolución, por sí misma, interrumpiera procedimientos judiciales en curso, se produciría una injerencia significativa en el derecho a la tutela judicial efectiva. [43]

87. En mi opinión, por tanto, las circunstancias del presente asunto requieren que el Tribunal de Justicia atribuya, por una parte, un mayor peso al derecho de los inversores a proteger efectivamente sus derechos derivados de la legislación de la Unión en los procedimientos judiciales incoados antes de la decisión de resolución y, por otra parte, un peso menor al objetivo de estabilidad financiera, dado que este último puede lograrse aun cuando se conceda prioridad a la tutela judicial efectiva.

88. Al interponer su demanda para proteger sus derechos derivados de la legislación de la Unión unos ocho meses antes de la decisión de resolución y, por tanto, sin duda, con total independencia de este subsiguiente procedimiento, D. E. se situó en una posición diferente de la de otros titulares de los Bonos Subordinados II/2012. [44]

89. El adagio *iura vigilantibus*, que se respetará en la medida en que se atribuya, en la ponderación, a las demandas pendientes el peso que les corresponde, viene a corroborar la conclusión precedente de que constituiría una restricción injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de que el Tribunal de Justicia interpretara la Directiva 2014/59 en el

[42] Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular II), apartado 81.

[43] Véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2021, Banco de Portugal y otros (C-504/19, EU:C:2021:335), apartado 63.

[44] Véanse, en el mismo sentido, las conclusiones del Abogado General Richard de la Tour presentadas en el asunto Banco Santander (Resolución bancaria Banco Popular) (C-410/20, EU:C:2021:976), punto 65, que explican, en lo tocante a una alegación relativa al menoscabo del principio de igualdad, que «esta no puede prosperar, dado que, objetivamente, los accionistas que adquirieron sus acciones sobre la base de un folleto erróneo o inexacto no se encuentran en la misma situación si han obtenido una sentencia condenatoria antes de la adopción de la decisión de resolución que si solo han ejercitado una acción judicial después de la adopción de esa decisión».

sentido de que permite la limitación retroactiva de los procedimientos judiciales pendientes iniciados antes del momento de la adopción de una decisión de resolución y que seguían en curso en ese momento.

90. Además, tal solución reforzaría la confianza en el sistema judicial, mientras que la conclusión contraria podría socavar esa confianza.

91. En conclusión, la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de los inversores basados en la legislación de la Unión no puede justificarse por el objetivo de mantener la estabilidad financiera en una situación en la que el procedimiento judicial para proteger un derecho derivado de la legislación de la Unión fue iniciado antes y con independencia de una decisión de resolución.

### *3. Cuestiones adicionales*

#### *a) ¿Quién debe soportar los costes de una vulneración de los derechos que la legislación de la Unión reconoce a los acreedores del banco objeto de resolución?*

92. Algunas otras alegaciones de Banco Santander merecen una reflexión.

93. Banco Santander sostiene que los asuntos pendientes deben tratarse como pasivos «no devengados» o «no vencidos», ya que, de no ser así, esos pasivos «contingentes» se le transferirían a él, como banco sucesor, pese a que no tenía ninguna relación con los actos de Banco Popular que constituyen la base del procedimiento judicial pendiente.

94. En las circunstancias del presente asunto, D. E. alega la infracción de una disposición imperativa de la MiFID I que tiene por objeto proteger a los compradores de instrumentos financieros frente a adquisiciones inadecuadas. En tales disposiciones se prevé la evaluación de la «adecuación», que se contempla en el artículo 19, apartado 5, de la MiFID I, que exige, como norma,[45] a las entidades financieras obtener información sobre los conocimientos y experiencia de un cliente a fin de que pueda comprender los riesgos que entraña un servicio u operación de inversión, antes de realizar dicha operación, advirtiendo al cliente si fuera necesario.[46]

95. La infracción de estas normas puede conllevar la nulidad del contrato de adquisición del instrumento financiero pertinente y dar derecho al comprador a la restitución del precio de compra, junto con los intereses, o a una indemnización por daños y perjuicios.

96. Según Banco Santander, dado que D. E. era, en el momento de la resolución, accionista de Banco Popular, en virtud del principio de que los accionistas deben asumir las primeras pérdidas,[47] su crédito debe considerarse no vencido y, por tanto, liberado antes de la transmisión de cualesquiera pasivos «vencidos» a la entidad sucesora.

[45] Véase la sentencia de 30 de mayo de 2013, Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344), apartado 31. Véanse asimismo los apartados 39 y 47 de esa sentencia, que subrayan que el artículo 19 de la MiFID I tiene por objeto, en particular, proteger a los inversores.

[46] Véase el artículo 19, apartado 5, de la MiFID I, en relación con los considerandos 58 a 60 y los artículos 36 y 37 de la Directiva de aplicación de MiFID I. No obstante, como recalca el artículo 36, párrafo segundo, de la Directiva de aplicación de la MiFID I, «las empresas de inversión podrán asumir que un cliente profesional tiene la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica en relación con esos servicios de inversión u operaciones concretos, o los tipos de operaciones o productos por los que el cliente esté clasificado como cliente profesional».

[47] Véase el artículo 34, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/59.

97. En mi opinión, el crédito de D. E. relativo a la restitución o indemnización de daños, que se confirmaría si se estimara su demanda, no impide que las acciones de las que era titular antes de la sentencia del órgano jurisdiccional nacional puedan ser canceladas en el procedimiento de resolución o que sus bonos sean convertidos en acciones y se cancelen o transmitan sin contraprestación. En caso de que el procedimiento judicial pendiente se resolviera a su favor, la situación de D. E. sería la de un tipo diferente de acreedor. Su crédito no sería el crédito de un inversor en bonos, sino que procedería de la venta irregular de los bonos cuya titularidad perdió. La obligación de Banco Santander de satisfacer dicho crédito existía y era exigible (es decir, había vencido) antes de la adopción de la decisión de resolución, al igual que otros pasivos «devengados».

98. Banco Santander considera, sin embargo, que procede tratar dicho crédito como no vencido en el momento de la resolución. Las pérdidas de D. E. resultantes de la decisión de recapitalización interna deben considerarse de la misma categoría que las pérdidas de cualquier otro acreedor que tenga un crédito pendiente en el momento de la resolución, es decir, el tipo de crédito que queda liberado como consecuencia de la recapitalización interna. Dichos acreedores disponen de derechos en virtud del «principio de no dispensar a los acreedores un trato menos favorable».[48] En virtud de dicho principio, si, tras una valoración y comparación entre los dos procedimientos (el procedimiento de resolución y el procedimiento de insolvencia ordinario), se determina que un acreedor tiene derecho al pago de su crédito o de parte del mismo, dicho acreedor podrá, sobre la base del artículo 75 de la Directiva 2014/59, exigir la diferencia a un mecanismo de financiación en el procedimiento de resolución.[49] Según Banco Santander, ese pasivo debería, por tanto, ser mutualizado, y no soportado por la entidad sucesora del banco objeto de resolución. Sin embargo, es evidente que esa solución no permitiría que D. E. obtuviera el reembolso de la totalidad del importe que se le adeuda, si bien el procedimiento judicial, en caso de que prosperase, le daría derecho a ese importe.

99. Sin embargo, si este pasivo «contingente» se transmite al banco sucesor, Banco Santander en el presente asunto, D. E. mantendría la totalidad de su crédito en caso de que prosperase su procedimiento judicial. Esta solución sería coherente con la ponderación de resultados propuesta en el supuesto de que el acreedor hubiera presentado una demanda para proteger sus derechos derivados de la legislación de la Unión antes de la adopción de la decisión de resolución.

100. No veo ningún problema en que Banco Santander asuma ese pasivo «contingente» en el marco de la venta del negocio, dado que el efecto de tales pasivos en el valor de los activos de Banco Popular se tuvo en cuenta en la decisión de valoración. La circunstancia de que Banco Santander no pueda ser considerado responsable de todas las infracciones del Derecho de la Unión cometidas antes de la resolución por Banco Popular no guarda ninguna relación con el hecho de que, en el marco del dispositivo de resolución, Banco Santander asuma cierto volumen del riesgo de negocio ligado a Banco Popular.

[48] Dicho principio, cuando se aplica en el marco del instrumento de recapitalización interna, tal como se contempla en el artículo 73, letra b), de la Directiva 2014/59, exige que «los accionistas y acreedores cuyos créditos hayan sido objeto de amortización o conversión en acciones no incurran en pérdidas más importantes que las que hubieran sufrido si la entidad objeto de resolución hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios».

[49] Un mecanismo de financiación en el procedimiento de resolución es un sistema que los Estados miembros deben establecer sobre la base del artículo 100 de la Directiva 2014/59 y que permite mutualizar el tipo de cargas financieras que se enumeran en el artículo 101 de la Directiva 2014/59.

101. Dicho esto, nada se opone a que las autoridades de resolución prevean, en la decisión de resolución, que esos pasivos «contingentes», incluso si se han «devengado» o han «vencido», *no* se transmitan al banco sucesor, sino que, en caso de que se materialicen, sean mutualizados, bien mediante un mecanismo de financiación en el procedimiento de resolución, o bien a través del Fondo Único de Resolución. [50]

102. No obstante, esta es una cuestión discrecional, reflejada en las elecciones efectuadas en cada procedimiento de resolución y en las negociaciones entre las autoridades de resolución y la entidad adquirente. A falta de tales previsiones, Banco Santander no puede sostener, en un momento posterior a la finalización de esas negociaciones mediante el instrumento de venta del negocio, que no debe ser considerado responsable del pasivo que se le transmitió con arreglo al marco de resolución.

103. En otras palabras, las alegaciones de Banco Santander según las cuales el banco sucesor no debe asumir responsabilidad por los créditos resultantes de procedimientos judiciales contra un banco en graves dificultades, aun cuando el adquirente conociera o debería haber conocido esos pasivos «contingentes» antes de presentar una oferta de adquisición de dicho banco, no influyen en mi propuesta de tratar los procedimientos judiciales pendientes como pasivos «devengados» o «vencidos».

*b) Posible procedimiento judicial abusivo*

104. Banco Santander alega que la interpretación según la cual los créditos «contingentes» que dependen de procedimientos judiciales en curso son pasivos «devengados» o «vencidos» conduciría, en futuras resoluciones, a una situación en la que los accionistas y acreedores podrían eludir las consecuencias del instrumento de recapitalización interna incoando procedimientos judiciales antes de la adopción de una decisión de resolución. Estas prácticas, si se permitieran, limitarían las facultades de las autoridades de resolución para amortizar o reducir el capital y los importes pendientes adeudados cuando aplican el instrumento de recapitalización interna.

105. Es posible, en efecto, que los acreedores que tengan conocimiento con antelación de una potencial decisión de resolución puedan intentar proteger sus inversiones iniciando procedimientos judiciales que, si se interpretan como pasivos «devengados» o «vencidos» a efectos de la Directiva 2014/59, impedirían la amortización de sus inversiones en la aplicación del instrumento de recapitalización interna.

106. Sin embargo, aunque obviamente no cabe descartar la posibilidad de ese tipo de litigios, debe tenerse en cuenta que iniciar un procedimiento judicial supone costes, que no podrán recuperarse si la demanda no tiene ninguna posibilidad de prosperar. Además, se supone que una decisión de resolución debe adoptarse de forma urgente y en secreto. Por consiguiente, los inversores, aunque sospechen una posible resolución, es improbable que conozcan sus condiciones.

107. No obstante, puede existir una razón para considerar «vencidos» únicamente aquellos créditos que dependen de demandas presentadas hasta una determinada fecha anterior a la decisión de resolución, como, por ejemplo, la fecha que se tuvo en cuenta a efectos de la valoración de un banco en graves dificultades, y sobre la base de la cual se adoptó la decisión de resolución.

[50] Véase, a este respecto, el artículo 76, apartados 1 y 2, del Reglamento MUR.

108. A este respecto, Banco Santander explica que la valoración de Deloitte tomó en consideración la situación existente el 31 de marzo de 2017, mientras que la decisión de resolución fue adoptada el 7 de junio de 2017. De esta manera, sería posible tratar las demandas presentadas después del 31 de marzo de 2017 del mismo modo que las presentadas tras la adopción de una decisión de resolución y, por tanto, «no devengadas» en ese momento.

109. Aunque esta argumentación es digna de reflexión, no afecta a la situación de D. E. en las circunstancias del presente asunto, en el que su demanda fue presentada unos ocho meses antes de la adopción de la decisión de resolución.

110. Por tanto, no cabe considerar que las alegaciones de Banco Santander, basadas en el posible abuso de la interpretación del Tribunal de Justicia según la cual las demandas anteriores son tratadas como pasivos «devengados» o «vencidos», revistan suficiente importancia como para contrarrestar los argumentos a favor de tal interpretación.

## IV. Conclusión

111. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo del siguiente modo:

«Los artículos 53, apartados 1 y 3, y 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, a la luz del artículo 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

deben interpretarse en el sentido de que un crédito o derecho derivado de un procedimiento judicial que se entabló ante los órganos jurisdiccionales competentes de un Estado miembro contra una sociedad o entidad financiera antes de que esta sociedad o entidad fuera objeto de una decisión de resolución, pero que aún pendía en dicho momento, constituye un pasivo “devengado” o “vencido”.»