

SENTENCIA Nº 000615/2020

SECCIÓN OCTAVA

=====

Ilmos/as. Sres/as.:
Presidente
D. PEDRO LUIS VIGUER SOLER
Magistrados/as
D.ª SUSANA CATALAN MUEDRA
D.ª M.ª FE ORTEGA MIPSUD

=====

En la ciudad de VALENCIA, a veintinueve de diciembre de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente la Ilma. Sra. D.ª SUSANA CATALAN MUEDRA, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Liria, con el nº 001050/2019, por

representados en esta alzada por el Procurador D. JORGE VICO SANZ y dirigidos por la Letrada D.ª ELA HITIA BALLESTER contra BANCO SANTANDER, S.A. representado en esta alzada por la Procuradora D.ª EVA M.ª TELLO CALVO y dirigido por el Letrado D. MANEL PASTOR VICENT, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. BANCO SANTANDER S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 3 de Liria, en fecha 2 de Marzo de 2020, contiene el siguiente: "FALLO: ESTIMANDO la demanda presentada por el Procurador D. Jorge Vico Sanz, en nombre y representación de D.

DEBO CONDENAR Y

CONDENO a la entidad Banco Santander S.A. a que abone a los actores la cantidad de 10.265 euros, de la que deberán deducirse las cantidades percibidas en su caso en concepto de dividendos y el valor de las acciones al tiempo de dictarse sentencia, devengando dicha suma

final el interés legal previsto en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la Sentencia.", haciendo constar que el fallo de la Sentencia dictada, tras la aclaración acordada por Auto de 6 de marzo de 2020, es del siguiente tenor: "... se imponen las costas procesales a la parte demanda".

SEGUNDO.- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER S.A., que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 9 de diciembre de 2020.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Compare la Sala los de la sentencia recurrida en atención a los siguientes:

PRIMERO.- La Sentencia dictada estimó la demanda deducida en ejercicio de las acciones rescisorias que otorgan los artículos 38 y su correlativo 124 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (en adelante LMV) en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por el actor e irrogados como consecuencia de la adquisición de acciones de Banco Popular en el mercado secundario los días 22 de septiembre de 2016 y 7 de febrero de 2017, siendo, en junio, 10.000 títulos los adquiridos por el precio de 10.265 euros, habiendo perdido íntegramente la inversión. Y estima la demanda al considerar el Órgano "a quo" que el folleto elaborado por Banco Popular, S.A. para la oferta pública de suscripción de acciones (en adelante OPS) emitidas con ocasión de la ampliación de capital social realizada en mayo y junio 2016, no reflejaba la imagen fiel del Banco, sino que contenía inexactitudes sobre la situación de Banco Popular, inexactitudes que determinaron el consentimiento del actor a la adquisición y que fue causa del desembolso y daño irrogado por importe de 10.265 euros. Y frente a ella se alza la demandada sosteniendo ante esta instancia, en síntesis, que la Ley 11/2015, sobre Resolución de Entidades de Crédito, imposibilita la condena al pago de indemnización alguna al titular de instrumentos de capital; que el tiempo transcurrido entre la elaboración

del folleto y las sendas adquisiciones realizadas por el actor en el mercado secundario imposibilita que prospere la acción de responsabilidad por inexactitudes del folleto al quebrar el nexo causal; y que, en todo caso, la información facilitada por el Banco reflejaba fielmente la situación del Banco, hecho acreditado con la pericial practicada a instancias del demandado y con el informe de los inspectores del Banco de España.

SEGUNDO.- Y procede la Sala a la resolución de los motivos de recurso que esgrime la apelante ante esta alzada, conforme a lo establecido en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina que lo interpreta, que lo es en el sentido de que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues en virtud del principio "tantum devolutum quantum appellatum" (sólo se defiere al Tribunal superior aquello que se apela), sólo puede conocer esta Sala de la pretensión fijada en los escritos de interposición del recurso y sostenidos en el acto de la vista (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), configurándose definitivamente el ámbito de la pretensión, pues con la formulación del recurso de apelación se traslada al Tribunal de segunda instancia el conocimiento de las cuestiones expresamente planteadas en el recurso y también el de aquellas que, razonablemente, han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación, por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de impugnación, de tal modo que los pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia a los que expresamente no se extiende la pretensión impugnativa deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una "reformatio in peius" (reforma para peor) que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia "extra petita" (más allá de lo pedido).

TERCERO.- Y, a efectos de resolución del recurso, procede invocar las circunstancias que rodearon la ampliación de capital social realizada por el Banco Popular Español, S.A. en el año 2016 y sus consecuencias ulteriores, que resultan probadas con la documental aportada a autos y que son recogidas por numerosas resoluciones que han resuelto ya sobre el proceso de ampliación de capital dicho. Y, en concreto, esta Sala se hace eco por su exhaustividad de la Sentencia 235/2019, de 1 de junio, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid que a la vista de la misma prueba documental y considerando además la abundante doctrina judicial relacionada con la ampliación de capital de Banco Popular, sistematiza:

"1.- La entidad Banco Popular acordó en su Junta General de 11 de abril de 2016 una

ampliación de capital, concretada y ejecutada en la reunión del órgano de administración de 25 de mayo de 2016. Las condiciones del aumento de capital consistieron en la emisión de 2.004.441.153 acciones con un valor nominal de 0,5 euros, una prima de emisión unitaria de 0,75 euros, con reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor de los accionistas del banco, y un importe efectivo total de 2.505.551.441,25 euros. Durante el período de suscripción preferente se solicitaron 722.016.168 acciones adicionales, por lo que la operación se concluyó con una demanda total de 135,75% del importe de la ampliación (3.401.300.000 euros).

A instancia del banco, Pricewatercoopers Auditores, SL, emitió informe previo de 26 de mayo de 2016 de revisión limitada de estados financieros intermedios consolidados resumidos, advirtiendo expresa e inicialmente "que en ningún momento podía ser entendida como una auditoría de cuentas", en el que se hacía constar que "no ha llegado a nuestro conocimiento ningún asunto que nos haga concluir que los estados financieros intermedios adjuntos del período de tres meses terminado el 31 de marzo de 2016 no han sido preparados, en todos sus aspectos significativos, de acuerdo a los requerimientos establecidos en la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 34, Información Financiera Intermedia, adoptada por la Unión Europea".

2.- El 26 de mayo de 2016 la CNMV publicó como Hecho Relevante del Banco Popular la decisión de aumentar el capital social del Banco, mediante aportaciones dinerarias y con reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad. El aumento de capital tenía por objeto fundamental "fortalecer el balance de Banco Popular y mejorar tanto sus índices de rentabilidad como sus niveles de solvencia y de calidad de activos", consiéndole que "con los recursos obtenidos, Banco Popular podrá reforzar su potente franquicia y modelo de negocio avanzando con mayor firmeza en su modelo de negocio comercial y minorista" y "aprovechar las oportunidades de crecimiento que el entorno ofrece y, a la vez, continuar de forma acelerada con la reducción progresiva de activos improductivos". También se decía que "tras el Aumento de Capital, Banco Popular dispondrá de un mejor margen de maniobra frente a requerimientos regulatorios futuros y frente a la posibilidad de que se materialicen determinadas incertidumbres que puedan afectar de forma significativa a sus estimaciones contables. Para el caso de que se materializaran parcial o totalmente estas incertidumbres, se estima que la necesidad de reforzamiento de los niveles de cobertura durante el ejercicio 2016 podría ascender hasta un importe aproximado de 4.700 millones de euros, que supondría un aumento en 12 puntos porcentuales hasta un 50%, en línea con el promedio del sector. De producirse esta situación, ocasionaría previsiblemente

pérdidas contables en el ejercicio que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el Aumento de Capital, así como una suspensión temporal del reparto del dividendo, de cara a afrontar dicho entorno de incertidumbre con la mayor solidez posible. Esta estrategia irá acompañada de una reducción progresiva de activos improductivos. Banco Popular tiene actualmente la intención de reanudar los pagos de dividendos (tanto en efectivo como en especie) tan pronto como el Grupo informe de resultados consolidados trimestrales positivos en 2017, sujeto a autorizaciones administrativas. Banco Popular ha determinado como objetivo una ratio de pago de dividendo en efectivo ("cash pay-out ratio") de al menos 40% para 2018".

3.- En el Folleto de la OPS (documento de registro del emisor y nota sobre las acciones y el resumen) registrado en la CNMV se hacían las siguientes indicaciones:

(i) se cifraba el total del patrimonio neto de la entidad, en miles de euros, en 11.475.779 en 2013, 12.669.867 en 2014, 12.514.625 en 2015 y 12.423.184 en el primer trimestre de 2016.

(ii) se cifraban los fondos propios, en miles de euros, en 11.774.471 en 2013, 12.783.396 en 2014, 12.719.992 en 2015 y 12.754.809 en el primer trimestre de 2016.

(iii) se informa del resultado consolidado de los siguientes periodos, en miles de euros: 254.393 en el año 2013, 329.901 en el año 2014, 105.934 en el año 2015 y 93.611 en el primer trimestre del año 2016.

(iv) en la página 21 y ss. de la nota sobre las acciones y resumen se informaba de una serie de "incertidumbres" que pudieran afectar a los niveles de cobertura, destacando, por su relevancia, la entrada en vigor de la Circular 4/2016 el 1 de octubre de 2016; el crecimiento económico mundial más débil de lo anticipado hace unos meses; la preocupación por la baja rentabilidad del sector financiero; la inestabilidad política derivada de aspectos tanto nacionales como internacionales; y la incertidumbre sobre la evolución de los procedimientos judiciales y reclamaciones enabladadas contra el Grupo, en concreto, en relación con las cláusulas suelo de los contratos de financiación con garantía hipotecaria.

(v) A continuación se explicaba que el escenario de incertidumbre, acompañado de las características de las exposiciones del Grupo, aconsejaban aplicar "criterios muy estrictos en la revisión de posiciones dudosas e inmobiliarias, que podrían dar lugar a provisiones o deterioros durante el ejercicio 2016 por un importe de hasta 4.700 millones de euros". Pero se anticipaba que, de producirse esta situación, se ocasionarían pérdidas contables en el entorno de los 2.000 millones de euros para el ejercicio 2016, que quedarían íntegramente cubiertas, a efectos de solvencia, por el aumento de capital, así como una suspensión temporal del reparto

del dividendo.

(vi) Sin perjuicio del mayor detalle en el cuerpo del folleto (tanto en el documento de registro como en la nota sobre las acciones), se indicaba en su introducción como riesgos relacionados con los negocios del grupo los derivados de las cláusulas suelo, el de financiación y liquidez, el de crédito por la morosidad derivada de pérdidas por incumplimiento de las obligaciones de pago, el riesgo inmobiliario derivado de la financiación a la construcción y promoción inmobiliaria, el de mercado, el estructural de tipo de cambio y de tipo de interés, el operacional, el derivado de la operativa sobre las acciones propias, el reputacional, el regulatorio (riesgo de solvencia y mayores requerimientos de capital) y macroeconómicos y políticos.

En el documento de conclusiones se decía que como consecuencia del aumento de capital "a partir de 2017 seremos capaces de acelerar gradualmente el retorno a una política de dividendos en efectivo para nuestros accionistas mientras continuemos reforzando nuestros ratios de capital".

4.- Tras los resultados negativos del tercer y cuarto trimestre del año 2016, el 3 de febrero de 2017 se publica una nota de prensa en que consta que las pérdidas de 2016 habían sido de 3.485 millones, lo que se había cubierto con la ampliación y exceso de capital. En el apartado de solvencia y liquidez se decía que "A cierre de 2016, Popular cuenta con una ratio CET1 phased-in del 12,12%, que cumple holgadamente los requisitos SREP del 7,875%. La ratio de capital total del banco, del 13,14%, cumple igualmente de forma holgada con dichos requisitos".

Por su parte, la ratio de capital CET1 fully loaded proforma se ha visto afectada por algunos elementos volátiles y por las pérdidas del último trimestre. A finales del segundo trimestre esta ratio se situaba en el 13,71% y posteriormente ha sufrido variaciones por diferentes cuestiones, unas ordinarias y otras extraordinarias. Teniendo en cuenta todos estos factores, la ratio CET1 fully loaded proforma se sitúa en el 9,22% y la CET1 fully loaded se sitúa a finales de 2016 en el 8,17%.

El banco cuenta con capacidad de generación de capital mediante: La generación de beneficio; por cada 100 millones de beneficio retenido, se generarán 22 p.b. de capital, debido a los DTAs y la ampliación de umbrales.

La reducción adicional de activos ponderados por riesgo a medida que avanzamos en la reducción de activos no productivos. Por cada 1.000 millones de NPAs, c. 20 p.b. de generación de capital.

La venta de autocartera y la reducción de minusvalías de renta fija, que nos permitirá

generar 105 p.b. de capital.

Adicionalmente, otra de las alternativas del banco para generar capital de forma inorgánica sería la desinversión en negocios no estratégicos, que pueden generar unos 100 p.b. de capital."

5.- El 3 de abril de 2017 la demandada comunicó como Hecho Relevante que el departamento de Auditoría estaba realizando una revisión de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2016, y efectuaba un resumen de las circunstancias fundamentales objeto de análisis. Se hacía referencia a la "1) insuficiencia en determinadas provisiones respecto a riesgos que deben ser objeto de provisiones individualizadas, afectando a los resultados de 2016 por un importe de 123 millones de euros; 2) posible insuficiencia de provisiones asociadas a créditos dudosos en los que la entidad se ha adjudicado la garantía vinculada a estos créditos estimada en 160 millones de euros; afectando fundamentalmente a reservas; 3) respecto al punto 3) del Hecho Relevante se está analizando la cartera de dudosos de 145 millones de euros (neto de provisiones) en relación a un posible no reconocimiento de las garantías asociadas a dicha cartera. El impacto final se anunciará en el 27/2017; 4) otros ajustes de auditoría: 61 millones de euros, impactando en resultados 2016; 5) determinadas financiaciones a clientes que pudieran haberse utilizado para la adquisición de acciones en la ampliación de capital llevada a cabo en mayo de 2016, cuyo importe debería ser deducido de acuerdo con la normativa vigente del capital regulatorio del Banco, sin efecto alguno sobre el resultado ni el patrimonio neto contable. La estimación del importe de estas financiaciones es de 221 millones de euros". En las conclusiones se decía que "del cumplimiento de los requerimientos de capital regulatorio, los impactos anteriormente citados y las estimaciones provisionales de los resultados correspondientes al primer trimestre de 2017, se prevé que la ratio de capital total a 31 de marzo se sitúe entre el 11,70% y el 11,85%, siendo el requerimiento aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11,375%."

6.- La junta general ordinaria del Banco celebrada el 10 de abril de 2017 aprueba las cuentas anuales del ejercicio 2016 con un resultado negativo de 3.222.317.508, 86 euros.

7.- El resultado del primer trimestre del ejercicio 2017 termina con unas pérdidas de 137 millones de euros. Se formuló por la entidad una "reexpresión de cuentas" del ejercicio 2016 con los siguientes resultados: 239.928.000 euros de reducción en el activo; 240.508.000 euros de reducción del pasivo neto; 580.000 euros de incremento en el pasivo y un incremento de las pérdidas que pasaron a ser de 3.611.311.000 euros.

8.- El 5 de mayo de 2017 la CNMV publicó nota de prensa de Banco Popular en la que

se decía que en el primer trimestre de 2017 se habían producido pérdidas de 137 millones de euros. Respecto a la solvencia se decía que "A cierre de marzo la ratio CET1 phased in del banco es del 1002% la ratio CET1 fully loaded del 7,33% y la de capital total es del 11,91% por lo que Popular sitúa su solvencia por encima de los requisitos exigidos y cumple con el requerimiento total regulatorio mínimo aplicable al Grupo, por todos los conceptos, del 11375%."

9.- El 11 de mayo de 2017 se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía haber encargado la venta urgente del Banco, que existiese riesgo de quiebra del Banco, y que el Presidente del Consejo de Administración hubiese comunicado a otras entidades financieras la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos. Afirma que al cierre del trimestre el patrimonio neto del banco ascendía a 10.777 millones de euros y que la ratio de capital total se sitúa por encima de las exigencias regulatorias.

10.- El 15 de mayo de 2017 se publicó como Hecho Relevante que Banco Popular desmentía que hubiese finalizado una inspección del Banco Central Europeo, que el mismo hubiese manifestado que las cuentas anuales de 2016 de Banco Popular no reflejaban la imagen fiel de la entidad, y que la inspección que realizaba el Banco Central Europeo era parte de su programa de supervisión ordinaria.

11.- El 6 de junio de 2017 se celebró reunión del Consejo de Administración de Banco Popular en que se decía que el día anterior se había solicitado una provisión urgente de liquidez al Banco de España por importe de 9.500 millones de euros, que las validaciones habían permitido disponer de cerca de 3.500 millones de euros, pero que ello no impedía que el incumplimiento de la ratio LCR hubiese dejado de ser provisional pasando a ser significativo a efectos de valoración de la inviabilidad del Banco. El consejo aprobó considerar que el Banco Popular tenía en ese momento la consideración legal de inviable y comunicar de manera inmediata al Banco Central Europeo esa situación, que el Banco ha agotado su liquidez y que al día siguiente no podría desempeñar su actividad.

12.- El 6 de junio de 2017 el Banco Central Europeo comunica a la Junta Única de Resolución (UR) la inviabilidad de la entidad por considerar que esta no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existen elementos objetivos que indican que no podrá hacerlo en un futuro cercano (art. 18.4 c) del Reglamento nº 806/2014).

13.- Tras la comunicación realizada por el BCE, la JUR el 7 de junio de 2017 decide declarar la resolución de la entidad y aprueba el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. Considera que el banco "está en

graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público".

14.- El 7 de junio de 2017 la Comisión Rectora del FROB dictó resolución respecto a Banco Popular en la que decía que el "6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo ha comunicado a la Junta Única de Resolución (la "JUR"), la inviabilidad de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 por considerar que la entidad no puede hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existen elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano" y que "la JUR en su Decisión SORBES/2017/08 ha determinado que se cumplen las condiciones previstas en el art. 18.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio y, en consecuencia, ha acordado declarar la resolución de la entidad y ha aprobado el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma. La JUR ha establecido que concurren en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración en resolución de la entidad por considerar que el ente está en graves dificultades, sin que existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable y por ser dicha medida necesaria para el interés público." Entre las medidas a adoptar se decía que debía procederse a "la venta de negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución" y entre otras medidas se acordó "Reducción del capital social a cero euros (0€#8364;) mediante la amortización de las acciones actualmente en circulación con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible". Asimismo se acordaba la transmisión a Banco Santander "como único adquirente de conformidad con el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 11/2015, no resultando de aplicación al comprador en virtud del apartado 2º del citado artículo las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la junta o al derecho de voto así como la obligación de presentar una oferta pública de adquisición con arreglo a la normativa del mercado de valores", recibiendo en contraprestación por la transmisión de acciones un euro".

Y a todo ello, añade esta Sala que, según nota de prensa de 7 de junio de 2017 y en orden a los efectos de la cotización de Banco Popular, el pago de un euro se hace por la totalidad de acciones e instrumentos de capital, lo que significa que los accionistas de Banco Popular lo pierden todo, al quedar reducido a 0 el valor nominal de las acciones.

CUARTO.- El Banco Popular es emisor de las acciones adquiridas por el actor el 22 de septiembre de 2016 y 7 de febrero de 2017 y, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la LMV, es responsable de las posibles inexactitudes del folleto de emisión. Y como sociedad cotizada se encontraba obligada a informar al mercado secundario de la situación económica de la Entidad conforme a lo establecido en los artículos 118 y siguientes de dicha Ley (informe anual, informe de auditoría, informes financieros semestrales y otros). De tal modo, que el artículo 124 siguiente sanciona la responsabilidad del emisor por los daños y perjuicios ocasionados en el caso de que la información suministrada en cumplimiento de los dichos preceptos no proporcione una imagen fiel del emisor. En definitiva, el actor acciona en atención a la inexactitud de la información que proporcionaba el Banco Popular en el Folleto, pues fue la información contenida en el mismo la que tornó en consideración para decidir la adquisición de los títulos. Y fue Banco Popular el que suministró tal información en el folleto elaborado para la OPS efectuada en el año 2016, así como la información posterior, todo ello hasta acabar con la compra por Banco Santander, S.A. de aquí. Se exige, pues, responsabilidad al emisor de las acciones por difusión de información relevante no veraz en el folleto, con infracción del principio de imagen fiel que, en definitiva, se consagra en los artículos 38 y 124 de la LMV.

A tales efectos, se transcribe y se hacen propios los razonamientos expuestos en la Sentencia dictada por la Sección 1ª de Alaya, 481/2019, de 17 de junio:

"El artículo 124 de la LMV contiene un régimen de responsabilidad de la entidad emisora como consecuencia de la infracción de su deber de mostrar la imagen fiel de la sociedad en cumplimiento de los deberes de información contenidos en los artículos 118 y 119 LMV, todo ello en relación con valores objeto de negociación en el mercado secundario. El párrafo segundo del precepto requiere una relación causal entre los daños sufridos y la inexactitud de la información dispensada que provoque la distorsión de la imagen fiel de la sociedad emisora (SAP Valencia 1023/2018, de 24 de octubre, en análisis de los antecedentes legislativos del precepto aplicable a este supuesto por razones temporales).

Por lo tanto, en el régimen de responsabilidad del artículo 124 LMV, en cuanto a la información que la sociedad emisora debe aportar al mercado secundario, la antijuricidad de la conducta se basa en la infracción del principio de imagen fiel al que debe responder dicha información.

La SAP Madrid, Sección 14ª, 242/2017, de 20 de julio, define el concepto de imagen fiel:

"[...] el concepto de imagen fiel de la sociedad, pieza esencial en el folleto y que afecta a todo su contenido, como elemento cualitativo fundamental de la oferta. Está conectado con la idea de veracidad, de manera que se transmite al mercado en general, y al inversor en particular que los datos del folleto son reales y auténticos; la confianza es un valor en sí mismo, y es esencial en la transparencia del mercado.

Para llegar a la conclusión de que el folleto no contiene la imagen fiel, no es preciso llegar a la falsedad, basta la inexactitud o, por mejor decir, que induzca a error a los inversores que por defectos de la información suministrada por el folleto, no pueden hacerse una idea fundada sobre la bondad y conveniencia de la inversión".

Consideramos que el principio de imagen fiel implica la concurrencia de las siguientes exigencias:

- Aplicación de la normativa contable.
- Presentación de una información relevante, fiable, comparable y comprensible.
- Suministro de la totalidad de la información adicional necesaria en la Memoria cuando los requerimientos de la normativa contable resulten insuficientes para permitir la comprensión de la situación de la sociedad.

El Banco de España, en su circular 4/2017 recoge específicamente la obligación de las entidades financieras de reflejar su imagen fiel a través de su contabilidad.

A su vez, el artículo 38 LMMV somete al emisor a la responsabilidad por los daños ocasionados a los adquirentes de valores como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto. Este régimen de responsabilidad se mantiene durante el periodo de vigencia del folleto, que será de doce meses, artículos 27, 32, 33 y 36 RD 1310/2005 de 4 de noviembre.

El régimen de responsabilidad por folleto se concreta, en el artículo 36 RD 1310/2005, en cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con dicho RD, siempre y cuando la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo.

El artículo 37.1 LMMV dispone que la información del folleto deberá permitir a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.

Ambas acciones tienen un plazo de prescripción de tres años. Prescripción que ni ha sido alegada ni concurre en el supuesto examinado.

Todo ello es el reflejo de la relevancia del deber de información que corresponde a las sociedades cotizadas hacia los inversores, en cuanto clientes actuales o potenciales, quienes adoptan sus decisiones de inversión mediante la interacción de sus intereses económicos con los datos que los emisores aportan. La información, por tanto, constituye un factor con relevancia de primer orden que condiciona la toma de decisiones de los inversores. De modo que la difusión de información sustancialmente inexacta, que no refleje la imagen fiel del emisor, puede inducir al inversor a tomar una determinada posición inversora sobre la base de premisas falsas. En caso de que ello produzca daños para el inversor, este dispone de legitimación para reclamar al emisor la reparación del daño causado por dicha información inexacta".

Y en el supuesto del que conoce ahora esta Sala, invoca el actor inexactitudes en la información difundida por Banco Popular. Con vocación probatoria, **aportó el actor el informe emitido por los Economistas doña Nuria García Pascual y don Miguel Hernández Gálvez y la parte demandada el elaborado por Ayuso Lázaro & Monterrey**. Pues bien, el resultado de ambas pericias resulta amagónica. El informe emitido a instancias del actor concluye la existencia de datos falsos en el folleto emitido ocultando, en definitiva, que la situación económica o insolvencia de Banco Popular se había producido con anterioridad a la ampliación del capital social de mayo de 2016, pues la información financiera presentada tanto en la ampliación del capital de 2016 como en los informes anuales y semestrales de ejercicios anteriores no era correcta y no reflejaba la imagen fiel de la Entidad, de hecho desde el ejercicio de 2014 se había apartado de los criterios contables de Banco de España, sin identificar adecuadamente los créditos morosos ni dudar las provisiones pertinentes, y de haber aplicado los criterios contables correctamente la resolución del Banco Popular se habría producido en 2014. Mientras que en el informe del demandado se consigna que lo que en el dictamen aportado por el actor se califica como falsedad no constituye más que meras desviaciones no relevantes. Ahora bien, el informe del actor la Sala le otorga mayores efectos probatorios, conforme a la sabia crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por cuanto la inexactitud de datos que ofrece ha sido advertida por la inmediata realidad, pues en menos de un año los accionistas perdieron toda la inversión realizada en la ampliación de capital.

Se considera probada la realidad de inexactitudes en el Folleto que, incluso, determinaron que el propio Banco Popular en abril de 2017 realizara la reexpresión de las cuentas del 2016, comunicándolo a la CNMV, basando, en definitiva con dicha inexactitud de las cuentas de 2016 para concluir que la información que le ofreció el folleto al actor y que éste tuvo en cuenta para la suscripción de las acciones no reflejaba fielmente la imagen de la Sociedad. Es más, los acontecimientos posteriores ratifican ese mayor valor probatorio del

informe pericial aportado por el demandante, que lo es en el sentido de que el folleto ofrecía la apariencia de la necesidad limitada de capital para afrontar unos posibles riesgos de escasa entidad, lo que permitía suponer una recuperación económica y conseguir con ello que el inversor valorara favorablemente la operación. Y así resulta del folleto, que consigna que la ampliación de capital tiene como fin "acelerar la normalización de su rentabilidad" y "como resultado el Banco pasará a tener una elevada capacidad de generación orgánica de capital lo que le permitirá acelerar la vuelta a los dividendos". Como razona la Sentencia 344/20 de la Sección Undécima de este Tribunal, de 28 de julio, que examina la documental que también obra en el presente procedimiento: " (...) en el informe de segundo trimestre de 2016 (documento 16 de la contestación), en el balance del negocio principal el activo se cuantifica en 135.078.980 € y el pasivo en 125.687.313 €, indicando una elevada solvencia del Banco; en el tercer trimestre el balance del negocio principal: el activo son 160.373.706 y el pasivo 147.732.143 € con un beneficio de 817 millones de euros (documento 22 de la contestación); en el cuarto trimestre el balance del negocio principal: el activo son 130.028.125 y el pasivo 120.502.936, con unas pérdidas de 3.485 millones euros (documento 27 de la contestación); en el cuarto trimestre el balance del negocio principal: el activo son 134.200.153 € y el pasivo 124.961.626 € y las pérdidas de 137 millones de €, (documento 35 de la contestación); el 3 de abril de 2017 en el informe de reexpresión voluntaria de cuentas indican pérdidas antes de impuestos de 4.888 millones de euros con un activo de 147.926.000 €, (documento 38 de la contestación). Y todo ello sin que durante ese periodo (de mayo de 2016 a junio de 2017), pese a que, la situación era grave, que determinó la resolución de la entidad, se produjese ningún hecho económico extraordinario que justificase que el Banco pasase a no ser viable, nos permite concluir que la información que se ofreció para la ampliación de capital no era real. Así el inversor se encontró a ante una entidad bancaria que según sus cuentas oficiales tenía beneficios y que con la ampliación de capital únicamente pretendía ser previsor ante posibles situaciones adversas.

Era el Banco Popular quien debió justificar estos cambios en su estado contable, pues es obligación de la entidad demandada, primero, porque se trata de la relación de un comerciante con un inversor minorista y, en segundo lugar, porque al amparo del artículo 217-7 de la LEC, la entidad bancaria tiene en su poder todos los datos económicos y goza de la disponibilidad y facilidad probatoria necesaria para poder explicar y justificar lo ocurrido, no así los inversores (Sentencia nº 373/2019 de 4 de octubre, AP, de Valencia Sección Séptima)."

Y, contrariamente a lo afirmado por el apelante, el informe rendido por los Peritos del Banco de España el 8 de abril de 2019 y que fue aportado a las diligencias previas 42/2017

tramitadas ante el Juzgado Central de Instrucción número Cuatro de la Audiencia Nacional, concluye que la causa de la resolución de la entidad lo fue la fuga de depósitos durante el segundo trimestre del 2017, siendo el que se origina el 31 de mayo de especial gravedad. Y que las cuentas anuales que se reflejan en el folleto de la ampliación de capital no respetaban determinados aspectos de la normativa contable, en especial la clasificación de las operaciones refinanciadas en dudoso y que las hipótesis sobre las que se asentó la ampliación de capital para alcanzar las estimaciones contenidas en el folleto eran demasiado optimistas, en especial la evolución prevista de dudosos, lo que unido a la baja cobertura planificada para los adjudicados invalidaba la estimaciones de cobertura, pérdidas y solvencia del propio documento. Y resultado, pues, acreditado que el folleto no reflejaba la imagen fiel de la Entidad por contener previsiones poco realistas.

E idéntica conclusión alcanzan diversas Audiencias Provinciales en orden a que el Folleto no reflejaba la imagen fiel de Banco Popular, así como esta propia (Sentencias 7/20 y 92/20, de 10 y 13 de febrero, respectivamente, y 483/20 de 19 de septiembre, 586/20, de 25 de noviembre, todas ellas de esta Sección Octava, 341/19, de 9 de septiembre de 2019 de la Sección Séptima y 344/20, de 28 de julio, de la Sección Undécima, entre otras).

Y fue esa imagen la que tuvo a su disposición el demandante al tiempo de adquirir en septiembre de 2016 y en febrero de 2017 las acciones en el mercado secundario, pues no fue sino hasta el 3 de abril de 2017 que el Banco Popular comunicó la reexpresión de las cuentas de 2016. Y la información inexacta que contenía el folleto se encuentra causalmente enlazada al daño sufrido, pues fue el conocimiento por el mercado de la falta de ajuste entre los criterios de análisis de riesgo y valoración contable efectuado por la entidad lo que provocó, en definitiva, la retirada de fondos depositados en el banco de forma masiva, colocando al Banco Popular en la situación de inviabilidad inmediata que irremediablemente determinó la activación del mecanismo europeo de resolución y la amortización de las acciones del Banco, incluidas las del demandante, con la pérdida, pues, de la inversión cuyo importe ahora reclama a título de resarcimiento. Por todo ello, se considera responsable al emisor de los daños y perjuicios irrogados al actor.

QUINTO.- Finalmente, opone la demandada "Banco Santander, S.A." que es traída al procedimiento como sucesora que lo es de "Banco Popular, S.A." y que los artículos 25.B y 39.2 c) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, exoneran a Banco de Santander, S.A. de abonar

indemnización alguna al titular de instrumentos de capital de la Entidad resuelta. Ahora bien, en el presente supuesto, el actor no ejercía su acción basada en el instrumento de resolución de Banco Popular, S.A. y amortización de sus acciones, sino que reclama responsabilidad por inexactitudes del folleto informativo emitido con ocasión de la ampliación del capital social efectuada por su causante en 2016, hecho diferente al posterior proceso de resolución de la dicha Entidad bancaria.

Es más, El TJUE en Sentencia de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12, caso *Alfred Hirnmann contra Immofinanz AG*) ha considerado que "la responsabilidad de la sociedad de que se trate frente a los inversores -que también son sus accionistas- como consecuencia de las irregularidades cometidas por dicha sociedad con anterioridad a la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas, no dimana del contrato de sociedad ni se refiere únicamente a las relaciones internas en el seno de dicha sociedad. Se trata, en ese caso, de una responsabilidad que procede del contrato de adquisición de acciones. (...) Los accionistas que han resultado perjudicados como consecuencia de un incumplimiento de la sociedad cometido antes de la adquisición de sus acciones o en el momento de adquirirlas no se hallan en una situación idéntica a la de los accionistas de la misma sociedad cuya situación jurídica no se ha visto afectada por dicho incumplimiento".

SEXTO. Por todo ello, procede confirmar la Sentencia dictada que condena a la demandada "Banco de Santander, S.A.", sucesora de Banco Popular Español, S.A., al pago al actor de los daños ocasionados.

SEPTIMO. Procede imponer al recurrente el pago de las costas causadas ante esta instancia, conforme a lo establecido en el artículo 398 de la Ley Procesal Civil.

Visos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

¹⁹ Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Eva María Tello Calvo, en nombre y representación de "Banco de Santander, S.A.", contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Liria el 2 de marzo de 2020, aclarada el Auto del día 6, en el Juicio ordinario 1.056/2019.

2º) Confirmar íntegramente dicha resolución.

3º) E imponer a la recurrente el pago de las costas causada ante esta instancia.

Notifíquese a las partes la anterior resolución haciéndoles saber que la misma no es firme. Y que contra ella podrán formular recurso de casación, por el motivo previsto en el artículo 477.2 - 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y recurso extraordinario por infracción procesal, a deducir este último únicamente acumulado con el anterior, a interponer en un único escrito, conforme al Acuerdo adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo reunida en Pleno no Jurisdiccional el 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, ante esta Sala, para ante el Tribunal Supremo, en el plazo de veinte días desde su notificación. Y, en su caso, de la necesidad de constitución de depósito o de prestación de tasa para recurrir, así como la forma de hacerlos efectivos.

Así por ésta, nuestra Sentencia, que se llevará al Libro de las de su clase y sendos testimonios al Rollo de su razón y al procedimiento de que trae causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.