

Responsabilidad por folleto falso tras la resolución del Banco Popular

En junio de 2017, Banco Santander adquirió por un euro el Banco Popular en un proceso gestionado por la [Junta Única de Resolución](#) y el [FROB](#). Lo adquirió sin esquema de protección de activos tras valorar los riesgos. Era la primera vez en que se aplicaba este procedimiento y sigue siendo la única en que se ha aplicado. Los accionistas junto a los obligacionistas subordinados contribuyeron al rescate sin que fueran necesarias ayudas públicas. Supuso la amortización a cero de las acciones del Banco Popular. Los accionistas perdieron todo su capital. Banco Santander pasó a ser el único accionista de Banco Popular hasta su definitiva absorción. De este modo, por sucesión universal pasó a responder de todas las obligaciones de Banco Popular, incluida las condenas derivadas de la responsabilidad por folleto falso en la ampliación de capital de 2016.

En este sentido, la Ley del Mercado de Valores [hace responder](#) al emisor de las pérdidas ocasionadas por folleto falso, es decir, por captar fondos del público con un folleto que no refleja la imagen fiel del emisor. Es un riesgo legal no excluido en el acuerdo de resolución que dio lugar a la adquisición de Banco Popular por Banco Santander. Así lo entendió Deloitte en el [informe](#) que sirvió a la Junta Única de Resolución para decidir sobre el alcance de la resolución con sacrificio de los accionistas. Cuestión pacífica también para Banco Santander como lo demuestra que en las primeras oposiciones a las demandas por folleto falso no alegara que la resolución se oponía al ejercicio de esta responsabilidad por parte de los accionistas perjudicados.

Por esta razón llama la atención que el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Jean Richard de la Tour, en sus [conclusiones](#) a una cuestión prejudicial relativa a la resolución del Banco Popular planteada por una audiencia española, haya considerado que el régimen de resolución se opone a que los accionistas perjudicados por haber suscrito acciones en los meses anteriores a la resolución puedan reclamar la responsabilidad del emisor por falsedad del folleto. Considera De la Tour que la normativa de resolución bancaria es de interés general, al tener por objetivo preservar la estabilidad financiera evitando el riesgo sistémico, objetivo que se opone a que los accionistas

perjudicados por haber suscrito acciones con folleto falso sean indemnizados. En su opinión, el interés particular de los accionistas cede ante el interés general de la resolución en preservar la estabilidad del sistema. A estos efectos, considera que la norma que declara la responsabilidad por folleto falso es una norma de Derecho sociedades que se opone al régimen de resolución bancaria esencial para evitar el riesgo sistémico. Pero mantener que la responsabilidad por folleto falso se limita a regular derechos individuales de los accionistas desvirtúa una pieza esencial del sistema financiero. La responsabilidad por folleto protege la confianza de los inversores en el mercado de valores. En suma, es el interés general en el buen funcionamiento del mercado financiero lo que sustenta tanto la norma que regula la responsabilidad por folleto falso como la norma que regula la resolución bancaria.

Además, De la Tour se contradice con las conclusiones mantenidas en un caso anterior, el de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sobre la extensión de la responsabilidad por folleto a favor de los accionistas institucionales o cualificados en la salida a Bolsa de Bankia. En aquel caso, De la Tour [consideró](#) que la norma que fija la responsabilidad por folleto falso tiene por objetivo la «protección de los inversores» que pasa por la publicación de una información completa, fiable y accesible para que puedan tomar decisiones con conocimiento de causa. La responsabilidad por folleto falso es una normativa que protege al inversor, minorista o cualificado, ya sea en acciones o en cualquier otro instrumento utilizado para captar su ahorro, frente a todos los responsables del folleto, incluido el emisor y los garantes. Por otro lado, la obligación de informar a través del folleto es una obligación precontractual que sitúa la responsabilidad por folleto falso en la responsabilidad extracontractual. El derecho a ser indemnizado por la pérdida ocasionado por un folleto falso nace en el momento de realizar la inversión. Luego no es un derecho del accionista que se vea afectado por la posterior resolución del banco emisor con amortización de las acciones al ver reducido su valor a cero.

El régimen de la resolución bancaria permite, como ocurrió en el caso del Banco Popular, amortizar las acciones anticipando las pérdidas que asumirían los accionistas en una liquidación concursal. Lo que no permite este régimen es sacrificar a los acreedores ordinarios, entre los que se incluyen los acreedores por créditos derivados del ejercicio de acciones de responsabilidad por folleto falso. Para que Banco Santander hubiera quedado

protegido frente al riesgo legal del ejercicio de acciones por falsedad del folleto habría sido necesario que así se hubiera pactado expresamente en el acuerdo de resolución a través de un esquema de protección de activos (EPA). Este tipo de esquemas ha sido habitual en la gestión de la crisis de cajas de ahorros tras la quiebra de Lehman Brothers. Han permitido a los bancos adquirentes cubrir los riesgos de la integración, incluidas las pérdidas ocasionadas por las sentencias condenatorias por la colocación indebida de participaciones preferentes y otros instrumentos complejos. El Banco de España [cifra](#) esta garantía en 12.480 millones de euros. Pero Banco Santander se adjudicó Banco Popular sin contar con un esquema de protección y debe pechar con las consecuencias. Hay precedentes de entidades adquirentes del negocio bancario de bancos en dificultades que sin contar con esquema de protección de activos han pretendido desentenderse de las condenas por colocación indebida de productos financieros. Pero estas pretensiones han recibido el rechazo contundente del Tribunal Supremo. Así ocurrió con la pretensión de Caixabank, tras haber adquirido su negocio bancario, de desentenderse de las condenas sobre Bankprime por colocar productos sin avisar de los riesgos. “No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos” porque tal pretensión “implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios” (STS 339/2019).

El sistema financiero es esencial para la estabilidad social y económica. Es un sistema que tenemos que cuidar entre todos. La responsabilidad por folleto falso y la resolución bancaria son piezas esenciales de este sistema. Excluir la responsabilidad por folleto falso ante una resolución sobrevenida del banco emisor atenta a la confianza de los inversores en el mercado de valores. ¿Quién va a invertir en la ampliación de capital de un banco conociendo que en caso de resolución se excluye la responsabilidad por folleto falso? Esperemos que el TJUE se separe de las conclusiones del abogado general Jean Richard de la Tour y confirme en su sentencia a la cuestión prejudicial que Banco Santander tiene que hacer frente a las condenas por folleto falso en la última ampliación de capital de Banco Popular.

Fernando Zunzunegui