DMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

RECEPCIÓN
JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERÍA DE ADMÓN. LOCAL Y RELAC. INSTITUCIONALES
-8 ENE. 2013
Registro General 95 Sevilla
Hora

FISCALIA SUPERIOR DE ANDALUCIA

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PENAL 44/12

Por tenerlo así acordado en las Diligencias de Investigación Penal arriba referenciadas; adjunto remito a V.d., copia Decreto de esta Fiscalía Superior de Andalucía de fecha 12 de Diciembre del presente año, para su conocimiento a los efectos oportunos con ruego de traslado a las personas mencionadas en el listado que en su día fue remitido a esta Fiscalía Superior

En Granada a 28 de Diciembre de 2012.-

EL FISCAL

Fdo. Arturo Gómez Pardo

SECRETARIA GENERAL DE CONSUMO DEPENDIENTE DE LA CONSEJERIA DE ADMINISTRACIÓN LOCAL Y RELACIONES INSTITUCIONALES DE LA JUNTA DE ANDALUCIA
PLAZA NUEVA, 4, 1ª PLANTA
41071-SEVILLA

Diligencias de Investigación Penal nº 44 / 2012

DECRETO DEL ILMO. SR. FISCAL
D. ARTURO GÓMEZ PARDO

Dada cuenta. Visto el estado que mantienen las presentes Diligencias y el plazo establecido en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se está en trance de dictar el presente Decreto.

- ***ANTECEDENTES*** -

1.- **L**as presentes Diligencias de Investigación Penal **se incoaron** en virtud de **Decreto de 13 de Junio de 2012 dictado por el Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía**, con fundamento en un **escrito dirigido a esta Fiscalía Superior por el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz**, en cuyo escrito trasladaba *numerosas quejas de personas que se han visto afectadas por la adquisición de las denominadas Participaciones Preferentes, denunciando la falta de información sufrida y el abuso cometido por sus respectivas entidades financieras, que se habían aprovechado de su desconocimiento para obtener unos ingresos con promesas de unas ventajas o condiciones que finalmente no se han cumplido.*

En el citado escrito, el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz sugería la *posibilidad de iniciar una investigación sobre las prácticas que han venido desarrollando las entidades financieras radicadas en Andalucía en la oferta de participaciones preferentes, por si las mismas pudieran suponer una vulneración del ordenamiento jurídico civil o penal.*

De otro lado, el Defensor del Pueblo Andaluz, tras señalar *la inacción mostrada hasta la fecha por las autoridades administrativas que deberían velar por sus derechos como clientes y consumidores*, entendía que por el Ministerio Fiscal podría analizarse la *posibilidad de emprender acciones que posibiliten una adecuada salvaguarda de los derechos en riesgo.*

El escrito aludido refiere que pone a disposición del Ministerio Fiscal toda la documentación con la que cuenta la Institución, referida a las quejas recibidas y que afectan mayoritariamente a una entidad financiera, y en mayor medida a otra distinta. Tal documentación no fue, sin embargo, acompañada con el escrito inicial, sino que se remitió posteriormente, en tres fases sucesivas, con posterioridad y a consecuencia del nuevo Decreto dictado por el Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía en fecha 16 de Julio de 2012.

2.- Como se acaba de anticipar, en fecha **16 de Julio de 2012**, el Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía dicta **Decreto** para facilitar la labor del Fiscal designado para su despacho y para informar a la Fiscalía General del estado de las iniciativas adoptadas en esta Comunidad Autónoma de Andalucía.

En el citado Decreto **se justifica la intervención de la Fiscalía Superior de Andalucía**, sin perjuicio de la competencia que finalmente corresponda a las diferentes Fiscalías Provinciales, en una doble necesidad: **de un lado**, establecer claramente la distinta relevancia jurídica de los hechos que puedan ser denunciados; y **del otro**, aclarar la competencia del asunto, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 22.4 del EOMF. De esta manera, el conocimiento suficiente de los hechos que hayan sido puestos en su conocimiento, permitiría a esta Fiscalía Superior remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional o fiscal competente -sin perjuicio de una posterior y más completa comprobación cuando resulte preciso- señalando además, en su caso, las diligencias de prueba y medidas cautelares que debieran adoptarse, así como la necesidad de abordar el ejercicio de las acciones legales que resulten necesarias en el ámbito jurisdiccional correspondiente.

De otra parte, y mediante la adopción de las medidas acordadas en el Decreto, las posibles iniciativas planteadas desde cualquier Fiscalía territorial de Andalucía podrían ser puntualmente conocidas por la Fiscalía Superior, de manera que se pudieran, en su caso, realizar las gestiones necesarias para sostener el principio de *unidad de actuación* conforme a lo previsto en el artículo 2.1 del EOMF, en forma coordinada con la Fiscalía General del Estado.

Finalmente, y conforme a lo prevenido en la Circular 2/2010 acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, corresponde llevar a cabo las comunicaciones pertinentes con la Secretaría General de Consumo, dependiente de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía, para que, en su caso, facilite al Ministerio Fiscal la información precisa, de acuerdo con el artículo 4.3 del EOMF, facilitando así su labor.

En este Decreto, y luego de apuntar que las denominadas *Participaciones Preferentes* deben ser considerados activos financieros de carácter complejo y alto riesgo, de naturaleza perpetua y no protegidas por el Fondo de Garantía de Depósito, las cuales sin embargo han sido introducidas en el mercado minorista dirigidas a personas con un nivel inversor de poco riesgo y escasos conocimientos financieros a las que en muchas ocasiones no se les ha proporcionado una información suficiente, **el Fiscal Superior destaca que, al menos inicialmente se pueden distinguir tres situaciones diferenciadas** (con exclusión naturalmente de aquellos supuestos en que el inversor sea una persona perfectamente consciente del producto, y asumía el riesgo atraído por lo sustancioso de los rendimientos propuestos): **1)** Aquellos supuestos en que se haya utilizado un **fraude o engaño** -esencialmente basado en la confianza entre el cliente de la entidad y los responsables de la oficina correspondiente- lo que podría considerarse en esencia como un supuesto de estafa, y eventualmente otra figura penal (falsedad documental o apropiación indebida). **2)** Los casos en que, aun no habiendo mediado engaño, se pueda hablar de **vicio de consentimiento** (lo que podría originar la nulidad del contrato y la consiguiente devolución de las cantidades invertidas), teniendo en cuenta la naturaleza compleja de este producto financiero, la ausencia de una información adecuada, el perfil del inversor y la vulneración de la normativa estatal reguladora del mercado de valores. Debiendo destacarse la existencia de resoluciones judiciales dictadas en este sentido, como la SAP de Zaragoza de 17 de abril de 2012, o la SAP de Pontevedra de 25 de abril de 2012. **3)** Y finalmente la posibilidad brindada al Ministerio Fiscal , al amparo del artículo 124 CE, en relación con el artículo 3.7 EOMF y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para que por el mismo se promueva la ***Acción de Cesación*** en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores; a los que se acompaña la ***Acción de Resarcimiento*** contra las entidades de crédito que hayan realizado esas prácticas comerciales y financieras, para la declaración de la existencia de cláusulas abusivas y la consiguiente nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes celebrados con vulneración de la Ley 24/1998, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, Código General de Conducta de las entidades financieras, o *Recomendaciones* de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con la comercialización de productos financieros complejos y de alto riesgo.

Como consecuencia necesaria de los anteriores fundamentos, **el Excmo. Sr. Fiscal Superior acuerda**, además de remitir copia del Decreto al Excmo. Sr. Fiscal de Sala de lo Civil del TS y a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado

(conforme a lo prevenido en el artículo 25 del EOMF): **1)** Remitir copia del Decreto a todas las **Fiscalías Provinciales** de Andalucía reclamando que comuniquen a la Fiscalía Superior todas las acciones legales ejercidas, de índole civil o penal, en relación con esta cuestión. **2)** Poner el Decreto en conocimiento de la **Unidad de Policía Judicial adscrita a la Fiscalía Superior** para que, recabando el oportuno apoyo de las Jefaturas Superiores de Policía de Andalucía, informe a la Fiscalía Superior de las investigaciones que se puedan estar realizando o se realicen, normalmente por los Grupos de Delitos Económicos o Grupos de Estafas en relación con las participaciones preferentes. **3)** Remitir copia del Decreto a la **Secretaría General de Consumo dependiente de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía** por si pudiera facilitar información al Ministerio Fiscal sobre las actuaciones administrativas que hayan sido iniciadas en relación con la suscripción de este producto financiero. **4)** Remitir asimismo copia del Decreto al **Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz** para que remita cuanta documentación pueda obrar en su poder en relación con las quejas presentadas ante esa Institución en materia de participaciones preferentes.

3.- Por causa de las comunicaciones remitidas a los Organismos Oficiales citados anteriormente, así como la trascendencia social de esta materia, y la propia difusión mediática del citado Decreto, **se han recibido en esta Fiscalía Superior un ingente número de denuncias** (o hechos denunciados) que pueden ser **clasificados en tres grupos** y que han dado lugar a la apertura de Tres Anexos:

Anexo I: Integrado por las denuncias recibidas directamente en esta Fiscalía Superior, o remitidas por otras Fiscalías Provinciales. Se contabilizan ocho denuncias formuladas ante esta Fiscalía Superior (DIP 51/12, 55/12, 58/12, 60/12, 62/12, 90/12, 91/12 y 93/12). Asimismo constan tres denuncias formuladas ante la Fiscalía Provincial de Sevilla (DIP 336/12, 389/12 y 408/12) que han sido investigadas por la Unidad de Policia Judicial adscrita al Fiscal Superior, hallándose en trámite en aquella Fiscalía dos de ellas y archivada la tercera; y otras diecisiete (las DIP 92/12, 93/12, 97/12, 309/12, 310/12, 311/12, 312/12, 313/12, 314/12, 315/12, 316/12, 317/12, 318/12, 319/12, 320/12, 352/12 y 389/12) han sido archivadas directamente en dicha Fiscalía Provincial por irrelevancia penal o falta de competencia territorial. Habiéndose participado por la Fiscalía Provincial de Almería que sus DIP 140/12, relativas a Participaciones preferentes, han sido archivadas. Por su parte la Fiscalía Provincial de Granada informa que el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Granada sigue procedimiento ordinario sobre participaciones preferentes, en relación con las DI 95/12 de dicha Fiscalía Provincial, y que se han incoado DIP nº 325/12. Y la Fiscalía Provincial de

Huelva comunica que ha incoado DIP nº 27/12 y 31/12 por sendas denuncias relacionadas con participaciones preferentes.

Anexo II: Compuesto por todas las denuncias procedentes de la Oficina del Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz, que totalizan 388, y que a su vez componen tres Bloques o grupos, según la fecha de remisión: El primero (268 denuncias) fue entregada personalmente por el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz en fecha xxx; el segundo (55 denuncias) fue enviado en fecha xxx; y el tercero (65 denuncias) se recibió en esta Fiscalía en fecha. En nueve de las denuncias presentadas en el primer bloque no ha sido posible identificar a los denunciantes.

Dada la escasez de medios y la premura de tiempo, la Policía Judicial adscrita al Excmo. Sr. Fiscal Superior ha podido investigar un número reducido de tales denuncias (28) todas ellas pertenecientes a la primera entrega.

Aunque el número de las denuncias investigadas es pequeño (menos de 5%), el resultado de la investigación tiene cuando menos el innegable valor de un *muestreo* del conjunto de las denuncias, destacándose la variedad de situaciones diferenciadas: participaciones suscritas sin la firma del interesado, otras adquiridas por personas de edad avanzada a pesar del test de conveniencia negativo, aquéllas en que no existe el test de conveniencia, e incluso en algún caso la entidad financiera no ha remitido a la Policía la documentación requerida.

Sí parece conveniente significar que en un elevado número de las denuncias investigadas por la Policía Judicial (el 50% de ellas, aproximadamente) se han recibido noticias de que los denunciantes han sido reintegrados del importe de la suscripción, o están en vías de acuerdo con la Entidad financiera; aquí cabría preguntarse si ello es debido al efecto balsámico de la investigación policial.

Anexo III: En él se recogen las 315 denuncias remitidas por la Secretaría General de Consumo de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía

- CONSIDERACIONES JURÍDICAS -

1.- Sin ninguna pretensión doctrinal, se puede afirmar que **las denominadas *Participaciones Preferentes* son consideradas comúnmente por los analistas de este tipo de productos como activos financieros de carácter complejo y de alto riesgo**, que incluso ha sido calificado de *"híbrido financiero"* por sus especiales características, que los sitúan en un terreno intermedio entre los activos de renta fija y las acciones propiamente dichas.

Esencialmente tienen la **naturaleza** de acciones o participaciones en el capital social de la Entidad bancaria, aunque se distinguen de ellas en que el titular de las mismas no tiene derecho a voto y en su carácter preferente respecto de las acciones en el caso de insuficiencia patrimonial de la Entidad emisora.

Y se distinguen claramente de los activos de renta fija por su carácter perpetuo, en tanto que no tienen fecha de vencimiento; de tal modo que la recuperación del capital invertido solo tiene lugar en el mercado secundario. Por otra parte no se hallan protegidas por el Fondo de Garantía de Depósitos bancarios.

De ahí resulta precisamente el **alto riesgo** que comportan, pues al inversor le resulta necesario saber con precisión que, aunque haya sido atraído por una alta rentabilidad, al menos en los tramos iniciales y en la coyuntura económica de un mercado expansivo, esa rentabilidad se encuentra condicionada por que la Entidad financiera obtenga beneficios de importancia, de forma tal que la no obtención de tales beneficios supone su no percepción, y al propio tiempo la devaluación de la participación. De esta forma, si al tiempo del vencimiento los beneficios han disminuido o no existen, no solo no pueden ser percibidos sino que la propia *participación* queda devaluada, pues no encuentra compradores en el mercado secundario (o los encuentra a un valor muy inferior al de su suscripción), Mercado Secundario de Renta que es el único al que se puede acudir pues la Entidad emisora las ha concebido como perpetuas.

Es por esa razón que la **Directiva Europea 2004/39, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Abril de 2004**, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID), asi como sus normas de desarrollo, entre otras la Directiva 2006/73 CE, **obligan a los bancos a someter a un examen a sus clientes antes de venderles productos financieros complejos**; entre los cuales destacan los denominados test de idoneidad y testo de conveniencia.

La finalidad del *test de idoneidad* es que la Empresa de Servicios de Inversión (ESI) comprenda los factores esenciales del cliente y disponga de una base razonable para creer que el asesoramiento o la gestión de carteras que se realice responde a los objetivos de inversión del cliente, puede ser asumida financieramente por él y es entendida por el cliente dada su experiencia y conocimientos.

Por su parte, el *test de conveniencia* tiene por objetivo determinar si el cliente comprende los riesgos de la inversión , y por tanto, el producto o servicio ofrecido o solicitado es adecuado.

2.- Pues bien, del análisis pormenorizado de la investigación realizada por la Unidad de Policía Judicial adscrita al Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía sobre un

número significativo, aunque no importante, de las denuncias interpuestas ante el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz (investigación que como se dijo puede servir al menos como *muestreo*) **se puede concluir que ha existido una *mala praxis* generalizada por parte de las Entidades financieras denunciadas**, pues en la casi totalidad de las denuncias investigadas se observan anomalías.

Esta *mala praxis* ha consistido desde luego en **no observar** escrupulosamente las directrices comunitarias ya mencionadas, en la **vulneración** de diversos preceptos de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), en particular los artículos 27, 78, 79 y 79 bis, en el **incumplimiento** de varios preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, de 16 de Noviembre), en concreto sus artículos 8, 59 y 60, y en los casos más graves en la **utilización de engaño** respecto de la naturaleza del producto, su carácter perpetuo y la facilidad de colocación en el mercado secundario para de esa forma conseguir la suscripción de las participaciones por personas que si hubieran recibido una información adecuadas nunca las hubieras suscrito; no siendo descartable, incluso, en algún supuesto, la **utilización de los fondos** existentes en libretas de ahorro o imposiciones a plazo para la suscripción del citado producto, sin el consentimiento del titular.

De la investigación policial realizada se desprende asimismo que, **con posterioridad al inicio de esa investigación** (normalmente cuando la Policía Judicial reclama a las Entidades la documentación de que disponen), pero bastante tiempo después de que los presuntos perjudicados hubieran reclamado en vano a las Entidades financieras la devolución del capital invertido erróneamente o mediante engaño, en un número estadísticamente no desdeñable de casos las dichas Entidades han procedido a satisfacer a los titulares de participaciones preferentes en forma diversa (generalmente mediante la devolución íntegra del capital invertido), hasta el extremo de que los denunciantes han renunciado a su reclamación.

3.- Expuesta en los términos anteriores la variada panoplia de irregularidades en que parecen haber incurrido las Entidades financieras denunciadas (aunque en algún supuesto la suscripción haya sido efectuada conscientemente por el inversor), y sin perjuicio de las **facultades sancionadoras atribuídas a las *Administraciones públicas competentes*** por el artículo 46 LGDCU (cuyas infracciones a este respecto se encuentran tipificadas en el artículo 49, específicamente en sus apartados h ó i), **en abstracto podrían iniciase tres tipos de actuaciones legales encaminadas a la reinstauración del Derecho y de los derechos individuales conculcados**: **la acción** de cesación pura en defensa de los intereses

colectivos y difusos de los consumidores, **la acción** para reclamar la nulidad o anulabilidad de la suscripción por defecto absoluto o vicio de consentimiento, y finalmente **la acción** penal en los supuestos en que en virtud de engaño se hubiese defraudado al inversor.

La *acción de cesación pura* en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se encuentra establecida en el **artículo 53 del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los derechos de los Consumidores y Usuarios** (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre), Ley General que además debe ser interpretada actualmente a la luz de los principios informadores de la Directiva 2009/22/CE que entró en vigor el 29 de Diciembre de 2009. Conforme al citado precepto, la acción de cesación pura se dirige a obtener *una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura.* Esta acción podrá ejercitarse asimismo para *prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.*

La finalidad, por tanto, de esta acción, es la de conseguir solamente el inmediato cese de la conducta abusiva frente a los consumidores y prohibir su reiteración futura aunque ya haya cesado, siempre que existan indicios que hagan temer en su reiteración inmediata, por cuyo motivo venimos a denominarla *pura*, de acuerdo con algunos teóricos. Por ello, y aunque resulte admisible su ejercicio cuando se ha producido *de facto* el cese de la conducta por parte del empresario (toda vez que la acción de cesación es imprescriptible conforme al artículo 56 de la ley citada), parece que carece de trascendencia práctica cuando la actividad ha cesado y además no resulte razonable suponer que se va a reiterar la conducta abusiva.

Para su ejercicio se hallan **legitimados**, conforme al artículo 54 LGDCU el Instituto Nacional de Consumo (u Órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales), determinadas Asociaciones de Consumidores y usuarios, el Ministerio Fiscal, e incluso Entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituídas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

La *acción de nulidad o anulabilidad del contrato* por virtud del cual el consumidor suscribe participaciones preferentes, es ejercitable en todos los supuestos en que se haya producido ausencia total o vicio de consentimiento, lo que en el caso que nos ocupa tiene múltiples manifestaciones: suscripción de participaciones sin que conste la firma del inversor, variedad de supuestos en que no se ha hecho test de conveniencia o se han suscrito participaciones a pesar del test de conveniencia negativo, contratos concertados con personas de quienes cabe suponer un perfil

inadecuado para este tipo de productos bien sea por su edad o por su escasa formación, o la ausencia de una información adecuada. El fundamento de la anulabilidad se encuentra en los artículos 1265 a 1270 del Código civil (relativos al consentimiento como requisito esencial para la validez de los contratos), y en los artículos 1300 a 1314 del mismo Cuerpo legal (que versan sobre la nulidad de los contratos).

En conclusión, y sin ánimo de dogmatizar, se podría concluir que la inmensa mayoría de las denuncias formuladas podrían prosperar convenientemente reconducidas a esta vía de resolución contractual por defecto total o vicio de consentimiento. Por ello no es de extrañar que diversas asociaciones de consumidores y personas individuales hayan iniciado esta vía y obtenido múltiples sentencias favorables, de las que son ejemplo las recientes sentencias de la AP de Zaragoza, de 17 de Abril de 2012, o la de la AP de Pontevedra, de 25 de Abril de 2012, entre otras menos recientes.

En cuanto a la **legitimación** para el ejercicio de esta acción y la de resarcimiento de daños y perjuicios, no puede ofrecer dudas la individual de cada uno de los perjudicados, como principio general del Derecho, y según resulta con toda precisión del artículo 11.1 LEC, así como el 1302 Código civil, y de los artículos 19.1 y 18.3ª, 5ª y 6ª de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal (artículos m33.1 y 32.1 de la misma Ley. Según la redacción dada por la Ley 29/2009, de 30 de Diciembre)

Por su parte, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituídas se hallan plenamente legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, según resulta evidente del artículo 24 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU); siquiera esta última legitimación resulta discutible en relación con la acción de declaración de nulidad, toda vez que la misma se halla establecida en el artículo 54.b) de la LGDCU, que solo contiene la acción de cesación pura, la cual no permite reclamar la nulidad de una cláusula abusiva

Por eso algún autor ha girado la vista hacia la Ley de la Competencia Desleal, que en la redacción actual (Ley 29/2009, de 3º de Diciembre), y con fundamento en sus artículos 4, 4 y concordantes, permite ejercitar a estas asociaciones (artículo 33.2) entre otras las acciones de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, pero no la de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados (artículo 33, en relación con el 32.1 LCD)

No obstante ello, y aunque no se encuentre recogido expresamente en la LEC ni en la LGDCU, de acuerdo con el **artículo 16.3** de la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (**LCGC**), en relación con el artículo 12.2 de la misma Ley las acciones previstas en ese precepto podrán ser ejercitadas, entre otras entidades, por las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos

establecidos en la LGDCU, lo que queda confirmado por la Disposición final sexta de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil; pues bien, el citado artículo **12.2 LCGC** se refiere a la denominada *"acción de cesación"* –que no debe confundirse con la acción de cesación de la LGDCU, y por eso la denominamos "mixta"- , cuya acción *"se dirige a obtener sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo"*. Por otra parte, añade el precepto que *"Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados"*.

Por lo tanto, esta acción de cesación de la LCGC abre una doble vía: la de eliminación de las condiciones generales nulas, y la accesoria de restitución del daño causado. Pero es de destacar que con fundamento en esta LCGC la acción de cesación (mixta) solo podrá ejercitarse en relación con aquellas condiciones particulares, de entre las condiciones generales, que resulten nulas; y ese no parece ser el supuesto de las participaciones preferentes que, en puridad, no contienen cláusulas o condiciones particulares nulas por abusivas, sino que el contrato integro es anulable por falta o vicio de consentimiento (dolo o error)

Tambien se pretende fundamentar la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones de anulabilidad de las participaciones preferentes en la Ley de Competencia Desleal. En efecto, la actual redacción dada a la citada Ley en 30 de Diciembre de 2009 atribuye tal legitimación para el ejercicio de la acción para la remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, pero no para las acciones de resarcimiento de años y perjuicios ni de enriquecimiento injusto, legitimación que sí tienen los consumidores perjudicados (artículos 32.1 y 32.2), que en este aspecto no ha modificado esencialmente la redacción originaria.

Más problemática aún resulta la legitimación del <u>Ministerio Fiscal</u> para el ejercicio de estas acciones. En efecto, el artículo 11.4 LEC solo reconoce la legitimación del MF para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, es decir, la acción de cesación "pura" descrita en el artículo 53 TRLGDCU.

No obstante ello, al amparo de los citados artículos 16 (esta vez en su apartado 6) y 12.2 LCGC, en relación con la Disposición final sexta LEC, y mediante una interpretación amplia de los mismos, se podría afirmar la legitimación del MF para intervenir en la en esa ley llamada acción de cesación, de carácter más amplia que su homónima de la LGDCU. Con todo, y con fundamento en el artículo 3.6 EOMF, la Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado señalaba que *"La intervención del Ministerio Fiscal en*

defensa de los intereses colectivos o difusos responde además a la evidente dificultad que entraña el ejercicio de reclamaciones individuales por parte de los consumidores y usuarios perjudicados, y a la irrenunciable necesidad de facilitarles el acceso a la tutela jurisdiccional en el marco de una razonable economía procesal. Y es que resulta evidente que la posición procesal de un consumidor o usuario aislado en un pleito seguido contra una gran empresa, aunque teórica y formalmente sea equivalente a la de ésta última, no lo es en la práctica. La desigualdad y el desequilibrio de medios existente entre ambas partes, una de las cuales goza habitualmente de mayor poder económico, constituye una de las razones justificativas de la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés social eventualmente comprometido".
Por esa razón continúa afirmando la citada Circular, haciendo suyo el informe del Consejo Fiscal emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo que *"resulta difícil justificar que la legitimación del Ministerio Fiscal esté limitada, conforme al artículo 11.4 LEC, al ejercicio de la acción de cesación...",* para terminar por afirmar que *"...debería modificarse el artículo 11 LEC incluyendo un ordinal con el siguiente tenor: [El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios}"*
Finalmente, y al amparo de la Ley sobre Competencia Desleal no parece posible predicar la legitimación del MF para el ejercicio de las acciones de remoción, resarcimiento de daños y enriquecimiento injusto, pues el artículo 33.4 es tajante al afirmar que *"El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios";* es decir, la acción de cesación "pura" de la LGDCU.

4.- En relación con la **competencia funcional y territorial de los Fiscales Superiores de las diversas Comunidades Autónomas para investigar esta materia presuntamente delictiva** en el ámbito de su respectiva Comunidad , y para intervenir en los procedimientos incoados en cualquier Órgano Jurisdiccional de ese territorio, conforme al **artículo 22.4 EOMF**, según la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de Octubre, no parece ofrecer dudas, bien sea directamente o mediante el nombramiento de un Fiscal Especial delegado de la Jefatura, en cualesquiera asuntos que considere oportuno, bien por razones gravedad o de trascendencia social.
En su virtud, y por que a este Decreto concierne, el Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía podría **intervenir directamente** (y así lo ha hecho mediante el dictado del Decreto que incoa estas DIP y mediante el Decreto posterior, de fecha 16 de Julio de 2012), dirigiendo la investigación de las denominadas participaciones preferentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dando las instrucciones necesarias a la Unidad de Policía Judicial adscrita al mismo, remitiendo oficios y órdenes a distintos

Organismos oficiales, adoptando cualquier tipo de resolución conducente al esclarecimiento de los hechos, formalizando las correspondientes denuncias o querellas ante cualesquiera Órganos jurisdiccionales de Andalucía, y constituyéndose en ellos para el ejercicio de la acción penal.
Como también podría llevarlo a cabo (como en cierto modo ha hecho) mediante el **nombramiento de un Fiscal Especial**, o la asignación de todas o parte de las funciones a un Fiscal adscrito a la Fiscalía Superior.

5.- De otra parte, y ya con fundamento en el **artículo 25, párrafo 3 EOMF**, el **Fiscal Superior de una Comunidad Autónoma puede** ***impartir*** a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial y a los miembros del Ministerio Fiscal que le estén subordinados, las ***ordenes e instrucciones*** *convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos.*
En aplicación de esta norma, el Excmo. Sr. Fiscal Superior remite a la actuación de los Ilmos/as. Sres/as. Fiscales Jefes Provinciales, y a todos/as sus subordinados/as, la investigación de los hechos presuntamente delictivos cometidos en su ámbito territorial, así como el posible ejercicio de las acciones penales y la intervención en los procedimientos incoados.
Pero se reserva el derecho a impartir órdenes e instrucciones tanto de carácter general con referidos a asuntos específicos.

6.- En el presente supuesto, **dada** la gran cantidad de denuncias recibidas, cuyos supuestos hechos delictivos parecen haberse cometido en los más diversos lugares de Andalucía, y **vista** por tanto la enorme dispersión geográfica de los presuntos ilícitos penales porque la competencia territorial se determinaría por el lugar de comisión de cada hecho *("forum delicti commissi")*, en los que sería muy difícil establecer la conexidad delictiva, y más aún el único Órgano territorialmente competente (si es que cupiera la conexidad); parece de todo punto razonable, luego de una investigación inicial sobre la posible magnitud y alcance en Andalucía de las posibles anomalías en el marco de la participaciones preferentes, **remitir a cada una de las Fiscalías Provinciales de Andalucía las denuncias por los presuntos hechos delictivos en su respectivo ámbito territorial**, las que deberán ordenar la **investigación** de los hechos aún no investigados (siguiendo el protocolo llevado a cabo por la Unidad de Policía Judicial adscrita al Fiscal Superior), **incoando** las correspondientes Diligencias de Investigación Penal, **formalizando** las denuncias o querellas que consideren oportunas o **archivando** aquéllas en las que no concurran

méritos para el ejercicio de la acción penal, **consultando** a esta Fiscalía Superior cuantas dudas puedan asaltarles, y en todo caso **dando cuenta** de las vicisitudes procesales. Todo ello a efectos de conseguir la unidad de acción que ha de presidir las actuaciones del Ministerio Fiscal, para un efectivo control, e incluso con fines estadísticos.

7.- Finalmente, **y en relación con el ejercicio, por parte del Ministerio Fiscal, de las acciones civiles correspondientes** -la acción de cesación pura del artículo 53 LGDCU, y la acción de cesación mixta del artículo 12.2 de la LCGC- (que en puridad no constituyen el objeto de estas Diligencias de Investigación Penal), esta Fiscalía Superior de Andalucía valorará la viabilidad de su ejercicio, conforme con las **instrucciones que en su caso reciba de la Fiscalía General del Estado** y desde una **doble óptica**: en cuanto a la **acción de cesación pura**, que en la actualidad parece carecer de virtualidad práctica, pues ni los productos supuestamente abusivos están siendo comercializados por las entidades financieras, ni parece pensable en la existencia de cualquier inversor dada la trascendencia y publicidad mediática que actualmente están mereciendo las denominadas "preferentes"; y en cuanto a la **acción de cesación mixta** (que permitiría interesar la eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas, así como la devolución de las cantidades cobradas en su caso con ocasión de las cláusulas consideradas nulas y solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados) por la dificultad de asegurar la legitimación activa del Ministerio Fiscal, y por la dispersión territorial de las demandas a formalizar, toda vez que conforme los artículos 51.1 ó 52.14, párrafo segundo LEC (probablemente éste último) la competencia territorial correspondería, en cada caso, el *"tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento"* (que debe entenderse como la población en que la entidad financiera demandada tenga establecimiento abierto)

En su virtud

- ACUERDO -

1.- El **Archivo** de las presentes Diligencias de Investigación Penal

2.- Remítanse a cada una de las ocho Fiscalías Provinciales de Andalucía las denuncias acumuladas en estas DIP, y referidas a hechos presumiblemente delictivos cometidos en su respectivo ámbito territorial, a fin de que procedan a la incoacción de las correspondientes Diligencias de Investigación Penal en averiguación de las licitud o ilicitud de los hechos denunciados. Debiendo poner en conocimiento de

esta Fiscalía Superior la resolución que en cada caso se adopte, a los efectos de conocimiento, control y unidad de actuación por parte del Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía. Quedando copia de todo ello en esta carpeta, a efectos de constancia. Y haciéndose saber a los/as. Ilmos/as Sres/as Fiscales Jefes que para las labores de investigación policial se han cursado oficios a las distintas Jefaturas Superiores y Comisarías por si necesitaran asesoramiento por parte de esta Unidad de Policía Judicial Adscrita al Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía.

3.- Notifíquese esta resolución al Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz, con ruego de que lo haga llegar a todas las personas físicas que han formulada denuncia o queja ante esa Institución.

4.- Notifíquese esta resolución a la Secretaría General de Consumo dependiente de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía; asimismo con ruego de traslado a las personas mencionadas en el listado que en su día fue remitido a esta Fiscalía Superior.

5.- Notifíquese asimismo, personalmente, este Decreto, a cuantas personas hayan formulado denuncia directamente ante esta Fiscalía Superior de Andalucía.

6.- Notifíquese este Decreto al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, a través de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General de Estado, para su conocimiento y demás efectos.

Granada, 12 – Diciembre – 2.012

Visto y Conforme

Arturo Gómez Pardo

El Fiscal Superior de Andalucía