



FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA
GRANADA

Registro de Salida número 50/2012

D. I. P. S. D. I. S. T. R. I. B. U. C. I. O. N. P. E. N. A. 44/2012

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

201200012209

24-07-2012

REGISTRO DE ENTRADA

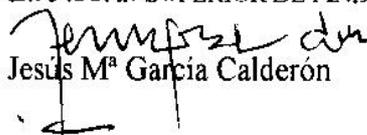
A través del presente y conforme a lo establecido en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, debo remitir a V. E. copia del *Decreto* de esta Jefatura del pasado 16 de Julio de 2012 y dictado en las *Diligencias de Investigación Penal* seguidas con el número 44/12. Estas Diligencias resultaron incoadas tras la presentación de su escrito del pasado 12 junio del mismo año.

Debo significarle que ya han sido impartidas las instrucciones pertinentes a la Unidad Adscrita de Policía Judicial. Quedo a su entera disposición para aclarar aquellos extremos que considere precisos.

Sin otro particular, atentamente.

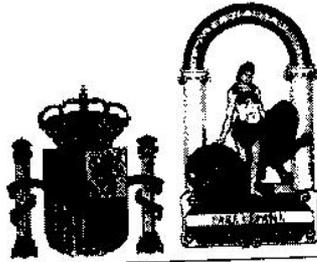
Granada, 18 de julio de 2012

EL FISCAL SUPERIOR DE ANDALUCÍA


Jesús Mª García Calderón



Excmo. Sr. don JOSÉ CHAMIZO DE LA RUBIA
DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ
Reyes Católicos 21
41001 Sevilla



FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA
Diligencias de Investigación Penal nº 44/2012

DECRETO

del Excmo. Sr. Fiscal Superior de Andalucía don JESÚS M^a GARCÍA CALDERÓN
Granada, dieciséis de julio de 2012

ANTECEDENTES

Primero

Con fecha 11 de junio de 2012, el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz, dirigió a esta Fiscalía Superior un escrito en cuya virtud 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 habrían aprovechado de su desconocimiento para obtener unos ingresos con promesas de unas ventajas o condiciones que finalmente no se han cumplido.*

Al margen de otras consideraciones y con remisión expresa a todo su contenido, señalaba el Defensor del Pueblo Andaluz, la coincidencia generalizada en la *mecánica* de los hechos, la deficiente información suministrada para la adquisición de un producto financiero que aparentemente se contrataba como un simple depósito a plazo y el posible incumplimiento de la normativa en materia de transparencia y protección de la clientela, así como de la buena práctica exigible en los usos financieros pudiendo existir, en general, un abuso de la confianza prestada por los particulares en materia tan especialmente sensible. Textualmente señala el escrito que *en los casos más graves se aportan copias de contratos sin firma, suscritos con la huella dactilar o por menores de edad.*

Los hechos revisten una gran importancia por la dimensión social del problema y por el número de personas que puedan resultar finalmente afectadas. Algunos colectivos que se han dirigido al Defensor del Pueblo, *calculan en torno a 67.000 las personas afectadas en Andalucía, aclarando que esta cifra podría incrementarse en el futuro dada la falta de información y transparencia mostrada a estos efectos por las entidades concernidas.*

Refiere el Defensor del Pueblo Andaluz la numerosa afectación a personas en una precaria situación económica, al colectivo de la tercera edad y un grave quebranto material y anímico al *no poder disponer de sus ahorros, ni siquiera para hacer frente a sus necesidades más básicas o a situaciones de urgencia sobrevenidas.*

La situación que ha sido brevemente descrita y el conocimiento público de algunas iniciativas jurídicas que han sido emprendidas por otras Fiscalías territoriales, lleva al Defensor del Pueblo Andaluz a solicitar, de una parte, *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 y en segundo lugar, el Defensor del Pueblo Andaluz, teniendo en cuenta el elevado número de personas que podrían verse afectadas y la inacción mostrada hasta la fecha por las autoridades administrativas que deberían velar por sus derechos como clientes y consumidores, entiende que puede analizarse por el Ministerio Fiscal la posibilidad de emprender acciones que posibiliten una adecuada salvaguarda de los derechos en riesgo.

El escrito aludido refiere que se pone a disposición del Ministerio Fiscal toda la documentación con la que cuenta la institución y está referida a las quejas recibidas que afectan, mayoritariamente, a una entidad financiera y, en menor medida, a otra distinta. La documentación aludida, al día de hoy, no ha sido trasladada a la Fiscalía, en tanto tenía lugar el dictado del presente Decreto.

Segundo

Las Diligencias de Investigación Penal fueron incoadas el pasado 13 de junio de 2012 y han sido turnadas al Ilmo. Sr. Fiscal don Arturo Gómez Pardo si bien esta Jefatura, con carácter previo a su traslado, ha estimado oportuno el dictado del presente Decreto para facilitar su labor y para, conforme a lo prevenido en el artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/81, de 30 de diciembre, en adelante EOMF) informar de aquellas iniciativas que sean adoptadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía a la Fiscalía General del Estado.

FUNDAMENTOS

Primero

La intervención de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía viene determinada por una doble necesidad; de un lado, establecer claramente la distinta relevancia jurídica de los hechos que puedan ser denunciados y, de otro, aclarar la competencia del asunto, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 22.4 del EOMF que establece que los Fiscales Superiores además de dirigir su Fiscalía, actuarán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente, asumiendo en el mismo la representación y la jefatura del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal General del Estado. En consecuencia, como nos añade el mismo precepto, al margen de otras funciones de inspección y organización interna, ejercerán en su territorio todas las funciones previstas en los artículos 11, 21, 25 y 26 de la norma citada que corresponden al Fiscal General del Estado.

Es obvio que una descripción suficiente de los hechos, de una enorme extensión y especial complejidad, que sean puestos en su conocimiento, es la que permitiría a esta Fiscalía Superior, al margen de una posterior y más completa comprobación cuando se estime preciso, remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional o fiscal que resulte competente, señalando aquellas diligencias de prueba y medidas cautelares que debieran adoptarse y la

necesidad de acordar el ejercicio de las acciones legales que resulten necesarias en el ámbito jurisdiccional que corresponda.

De otra parte, las posibles iniciativas planteadas desde cualquier Fiscalía territorial de Andalucía, podrían ser puntualmente conocidas por esta Fiscalía de manera que, conforme a su naturaleza y fines, se realizaran las gestiones necesarias para sostener el principio de *unidad de actuación* conforme a lo previsto en el artículo 2.1 del EOMF y de forma siempre coordinada con la Fiscalía General del Estado.

Por último, 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 por si pudiera, conforme a sus atribuciones, facilitar la información precisa al Ministerio Fiscal, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 4.3 del EOMF, facilitando su labor.

Segundo

Teniendo en cuenta toda la normativa aplicable, las Participaciones Preferentes son recursos propios de las entidades de crédito que pueden ser consideradas activos financieros de carácter complejo y de un alto riesgo. Son aportaciones perpetuas que no están protegidas, además, por el Fondo de Garantía de Depósitos. Su colocación masiva en el mercado minorista, con la idea de incrementar los recursos propios, en una actividad comercial dirigida a personas con un perfil inversor de poco riesgo y de escasos o nulos conocimientos financieros, sin proporcionar una información suficiente y adecuada a las circunstancias y aprovechando una previa relación de confianza, puede entenderse, cuando menos, como una práctica totalmente abusiva expresamente prohibida y contraria al ordenamiento jurídico.

Tercero

La cuestión planteada por el Defensor del Pueblo Andaluz, permite esbozar una triple consideración, al margen de lo manifestado en el fundamento anterior, en orden al tratamiento jurídico que merezcan los hechos. Se trata de una cuestión largamente debatida durante los últimos meses en la sociedad española y muy controvertida que afecta a distintas entidades financieras y que ha producido incluso resoluciones judiciales o actuaciones del Ministerio Fiscal que han tenido un amplio eco en los medios de comunicación social.

En términos generales y sin ánimo exhaustivo, teniendo en cuenta la información suministrada a la Fiscalía, podríamos distinguir, con carácter previo al análisis de la documentación aludida, las siguientes situaciones.

- ✓ Algunos de los datos señalados por la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz permiten considerar la existencia de un fraude o engaño que pueda alcanzar relevancia penal, aprovechando la relación de confianza existente entre algunas oficinas bancarias y los particulares afectados, normalmente como delito de estafa, al margen de la eventual responsabilidad que pueda existir por la supuesta comisión de otros ilícitos penales.
- ✓ Es un hecho notorio que han tenido lugar en los últimos meses algunos pronunciamientos judiciales en los que han resultado anulados los contratos

de adquisición de *Participaciones Preferentes*. En tales procedimientos civiles, seguidos ante los Juzgados de Primera Instancia y, en segunda instancia, ante las Audiencias Provinciales, podría no ser parte el Ministerio Fiscal si bien siempre cabría la aplicación de lo establecido en el artículo 4.1 del EOMF. Teniendo en cuenta el carácter *complejo* de este producto financiero, la ausencia de una información adecuada, el perfil acreditado del inversor y la vulneración de la normativa estatal reguladora del mercado de valores, se establece la responsabilidad civil contractual de la entidad financiera con indemnización por daños y perjuicios y con devolución de las cantidades que habrían sido invertidas (por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 206/2012, de 17 de abril; Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 1.155/2012, de 25 de abril o Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cambados 83/2012, de 10 de julio).

- ✓ Situaciones en las que tienen lugar para que el Ministerio Fiscal, al amparo de lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución Española, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del art. 3.7 del EOMF y de lo preceptuado en el art. 11.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueda promover una *Acción de Cesación* en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, a la que se acompaña *Acción de Resarcimiento*, contra las entidades de crédito que hayan realizado estas prácticas comerciales o financieras.

Conforme a los anteriores fundamentos jurídicos, muy sucintamente expuestos, procede llevar a cabo las siguientes actuaciones para que el Ministerio Fiscal pueda llevar a cabo las funciones que tiene encomendadas:

1. Remítase copia del presente Decreto al Excmo. Sr. Fiscal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, para su conocimiento y conforme a lo prevenido en el artículo 25 del EOMF.
2. Remítase copia del presente Decreto a las Fiscalías Provinciales de Andalucía, reclamando comuniquen a esta Jefatura, sin perjuicio de la coordinación pertinente con la Fiscalía de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, todas las acciones legales ejercidas, civiles o penales, en relación con las llamadas *Participaciones Preferentes* y con el ruego de su traslado a las Fiscalías de Área y Secciones Territoriales.
3. Póngase el presente Decreto en conocimiento de la Unidad Adscrita de Policía Judicial para que informe a esta Fiscalía Superior, recabando el apoyo oportuno de las Jefaturas Superiores de Policía de Andalucía Occidental y Oriental, de las investigaciones que puedan haberse realizado o se realicen, normalmente por los Grupos de Delitos Económicos o Grupos de Estafas, en relación con las llamadas *Participaciones Preferentes*. Deberá la citada Unidad verificar las mismas investigaciones, recabando el auxilio oportuno, que puedan haberse realizado por efectivos de la Guardia Civil.
4. Remítase copia del presente 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, conforme a sus

atribuciones, facilitar la información precisa al Ministerio Fiscal sobre actuaciones administrativas que hayan sido iniciadas en defensa de los consumidores respecto a la suscripción de *Participaciones Preferentes*, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 4.3 del EOMF, así como fórmulas de mediación o arbitraje de las que pueda tener conocimiento en el desarrollo de sus funciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

5. Remítase copia del presente Decreto al Excmo. Sr. Defensor del Pueblo Andaluz para que, dando cumplimiento en todo caso a las previsiones de la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, *de protección de datos de carácter personal*, hagan entrega, en principio, de todas aquellas situaciones en las que puedan existir situaciones de fraude con relevancia penal a través de la Unidad Adscrita de Policía Judicial que, tras elaborar el informe correspondiente y comprobando la falta de actuaciones judiciales o fiscales sobre cada particular para dar aplicación a lo establecido en el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo pondrá en conocimiento de la Fiscalía Superior para su traslado a la que resulte territorialmente competente.
6. Asimismo, procede llevar a cabo el traslado de la documentación que obre en poder del Defensor del Pueblo Andaluz, conforme a lo manifestado en el escrito de denuncia, para comprobar si es preciso, conforme a las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, instar las acciones legales pertinentes. En particular, el Ministerio Fiscal podría ejercer la llamada *Acción de Cesación* en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores junto con la *Acción de Resarcimiento* contra las entidades de crédito que hayan realizado estas prácticas comerciales o financieras declarando la existencia de cláusulas abusivas y la nulidad de los contratos de adquisición de Participaciones Preferentes que hayan sido celebrados por la vulneración de diversos preceptos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), Código General de Conducta de las entidades financieras, *Recomendaciones* de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con la comercialización de productos financieros complejos y de alto riesgo, así como otras normas de derecho comunitario.

Derivadas.

