

VIAJE DE IDA Y VUELTA A LA NADA EN MATERIA DE ACCIONES DE CESACIÓN SOBRE CLÁUSULAS EN CONTRATOS DE PARTICIPACIONES PREFERENTES Y DEUDA SUBORDINADA¹

Angel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 17 de junio de 2014

Un fiscal activista de Galicia intentó hacer ejercicio de su legitimación colectiva ex art. 11.4 LEC y 54 LCU para interponer una acción colectiva de cesación contra las cláusulas de los contratos de adquisiciones preferentes, acumulando a ella una acción de nulidad de los contratos celebrados con consumidores y la correspondiente acción resarcitoria. El AAP de A Coruña, secc. 3ª, de 15 de febrero de 2013 desestimó esta acumulación, porque la legislación vigente sólo reconocía legitimación colectiva al Ministerio Fiscal respecto de la acción de cesación.

Con objeto de arreglar esta carencia, parece, el nuevo contenido del art. 53 LCU, producido por la Ley 3/2014, permite que a la acción de cesación se acumulen las de “nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas declaradas abusivas o no transparentes”. La DA 2ª de la Ley añade un apartado 5 al art. 11 de la LEC conforme al cual el Ministerio Fiscal “estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”; no aclara si se trata sólo de defensa de intereses colectivos o difusos.

Estas modificaciones legales son un despropósito y no podrán hacerse realidad por las limitaciones lógicas que los principios de audiencia y contradicción imponen a nuestro

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

proceso civil. Se prueba esta afirmación con la doctrina establecida por la muy ponderada SAP Cáceres, secc. 1ª, 20 marzo 2014. Conforme a la sentencia, no puede ejercitarse acción de cesación – y por ende decae la posibilidad de solicitar la declaración subsiguiente de nulidad de las cláusulas afectadas- cuando el objeto de las mismas son cláusulas contenidas en contratos de adquisición de obligaciones subordinadas de la otrora Caja de Extremadura (hoy Liberbank) que ya no existen, porque se han extinguido y no podrán reproducirse en el futuro, merced a la normativa sectorial. Lo mismo ocurre con las participaciones preferentes de las Cajas de los llamados Grupos 1 y 2 que hayan sido objeto de “medidas de gestión sobre instrumentos híbridos” por parte del FROB en el ejercicio de las competencias que le confiere la Ley 9/2012. Es decir, que fueron objeto de canje obligatorio.

Si la acción de cesación-nulidad general (basada exclusivamente en el estándar de abusividad del art. 82 LEC) no puede tener lugar por carencia de objeto de la demanda, no se podrán “acumular” otras acciones no colectivas, como las de anulabilidad por vicios ocultos o la de resolución por incumplimiento contractual, ni, evidentemente, la de restitución de cantidades pagadas en virtud del contrato en cuestión. Obsérvese, además, que no cabe una acción colectiva de nulidad abstracta (fundada en el art. 82 LCU) si ya no tiene cabida, por falta de objeto, una acción de cesación.

Más aún, aunque fuera susceptible de ejercicio la acción de cesación o cualquier otra acción de contenido abstracto, ni las asociaciones de consumidores ni el Ministerio Fiscal pueden ejercitar acciones de ineficacia de contratos sobre la base del error o del incumplimiento. No sólo porque se trata en ambos casos de derechos potestativos impugnatorios que están reservados al contratante afectado, sino por la necesidad de articular una práctica contradictoria de la prueba, que puede llevar, naturalmente, a que la resolución fuera distinta para unos y otros consumidores, y también la condena en costas. Acciones de este tipo sólo se pueden ventilar en juicio si se hubieran personado consumidores individuales y hubiesen formulado la correspondiente pretensión (cfr. art. 221.1.3º LEC). Estas pretensiones, estimadas, no serían susceptibles de “ejecución colectiva” por el art. 519 LEC, ni siquiera con el Ministerio Fiscal como legitimado por sustitución.

En consecuencia:

1. No procede estimar ninguna acción colectiva de cesación-nulidad del art. 82 LCU relativas a cláusulas de entidades y contratos que han sido objeto de una “medida de gestión de instrumentos híbridos” por parte del FROB en el sentido de la Ley 9/2012. Ni de presente, porque han sido canjeados los valores, ni de



www.uclm.es/centro/cesco

futuro, porque la legislación vigente prohíbe negocios futuros de esta clase con clientes consumidores.

2. Salvo que el consumidor afectado se persone y formule demanda al respecto, no cabe legitimación “colectiva” de entidades ni del Ministerio Fiscal relativas a acciones de nulidad por error/dolo, resolución por incumplimiento o devolución de cantidades entregadas en virtud de contrato.