

Responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros en el caso Fórum y Afinsa

Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de febrero de 2010

En primer lugar debemos felicitar al ponente D. Diego Córdoba, por su claridad y buen orden en la redacción de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de febrero de 2010, por la que se rechaza la reclamación de responsabilidad patrimonial de la CNMV, del Banco de España y otras administraciones públicas en relación con la omisión de control sobre Fórum Filatélico y Afinsa. También debemos reconocer su esfuerzo en justificar lo injustificable, que la captación de ahorro del público durante años por parte de Fórum Filatélico y Afinsa, para su inversión en sellos con un compromiso de liquidez, no es una actividad financiera. Lo cual le lleva a excluir la responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros por omisión de su deber de identificar y obligar al cese inmediato actividades de quienes sin estar habilitados ejercitan actividades financieras.

Para la sentencia los clientes de Fórum y Afinsa operaban conociendo que contrataban por empresas que sin estar habilitadas captaban ahorro del público. Según esta argumentación, los clientes, de común acuerdo con Fórum y Afinsa, en fraude de ley, utilizaban contratos de compraventa de sellos con pacto de recompra, para disimular una operación financiera. Para concluir que de dar amparo a las pretensiones indemnizatorias de los clientes de Fórum y Afinsa, podríamos encontrarnos “con la paradójica situación de que una de las partes que ha intervenido en la operación de simulación, trataría de hacer

valer la situación jurídica disimulada e ilegal, frente a un tercero –la Administración Pública- para reprocharle, precisamente, que no ejercitó las facultades que legalmente le correspondían para impedir una actividad en la que ella misma ha sido directa partícipe, que está en la raíz del daño sufrido y que quiere convertir en lesión resarcible.”

Este argumento ya fue utilizado en el caso Gescartera en el que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009, el cliente “concertó de forma voluntaria con Gescartera operaciones de depósito remunerado (imposición a plazo fijo según su propia expresión), que esta no estaba habilitada para efectuar por su propia condición de sociedad gestora de carteras, condición plenamente conocida por la entidad inversora que, no obstante la naturaleza de la operación concertada, suscribe un contrato formalizado de gestión de cartera, de manera que asume no solo los riesgos del contrato sino los que derivan de concertar la operación con una entidad no habilitada al efecto. En estas circunstancias, no puede trasladar a la actuación de la CNMV la responsabilidad por el resultado negativo de la gestión encargada, alegando que si la Administración, apreciando la realización de tales operaciones por la entidad de inversión, hubiera revocado convenientemente su autorización para operar en el mercado de valores, habría evitado el perjuicio al no poder contratar con Gescartera por cese de actividad, pues la falta de habilitación de Gescartera para la concertación de las operaciones

de depósito en cuestión existía desde el principio, lo que no impidió que la entidad recurrente, conociendo su naturaleza, acudiera a la misma, voluntariamente, para concertar tal operación propia de las entidades de crédito y no de la entidad a la que acudía, por lo que no puede ampararse en la confianza en la actividad de control de la CNMV, que intervino la entidad gestora cuando comprobó la gravedad de su situación financiera y la ineficacia de las medidas alternativas que se venían adoptando.”

La clave del planteamiento del Tribunal Supremo reside en considerar que el cliente de Gescartera conocía que operaba con una entidad sin licencia y que voluntariamente, siendo conocedor de esta circunstancia, le entregó sus ahorros. Según esta ficción los clientes de Gescartera querían voluntariamente operar con una agencia de valores que se apropiaba de su dinero como si fuera un banco. Esta argumentación no se soporta. No es razonable. ¿Qué cliente de Gescartera le habría entregado sus ahorros siendo conocedor de que no iban a ser destinados a inversiones sino que iban a ser objeto de una apropiación indebida? Además, la postura del Tribunal Supremo presupone que los clientes de los intermediarios financieros son expertos en regulación financiera y saben calificar las operaciones por su naturaleza jurídica, con carácter previo a su dictamen sobre la correspondiente habilitación administrativa. Y que una vez hecho el anterior ejercicio intelectual son capaces de orquestar un fraude de ley para disimular una operación financiera.

Calificar una operación como financiera o no financiera y si es objeto o no de reserva legal es una actividad que exige un alto grado de cualificación, fuera del alcance del ahorrador medio.

Ahora en Fórum y Afinsa, la sentencia de la Audiencia Nacional vuelve a utilizar esta misma argumentación. En

este sentido, considera que los clientes de estas empresas eran conocedores de que operaban sin la necesaria licencia financiera, y que simulaban con Fórum y Afinsa la realización de compraventas de sellos, para ocultar que en realidad se trataba de operaciones financieras.

Los clientes Fórum y Afinsa eran inversores minoristas, desconocedores de las complejidades del mercado financiero. Sus ahorros eran captados por empresas con establecimientos abiertos al público que les prometían una remuneración a plazo. Sus decisiones de inversión fueron fruto de la oferta de la empresa y de la notoriedad con que actuaba. Decida la inversión se limitaron a firmar unos contratos de adhesión, con determinadas condiciones generales. La cultura de ¿Dónde hay que firmar?, que decía Garrigues.

En la sentencia, se da la vuelta a la realidad para convertir a pequeños inversores en expertos conocedores del mercado y de la regulación financiera. ¿Cómo puede mantenerse que los clientes de Fórum y Afinsa actuaban de forma concertada con Fórum y Afinsa para disimular la verdadera naturaleza de los contratos? ¿Cómo puede decirse que voluntariamente se querían colocar fuera de la ley, al contratar con operadores no habilitados?

Se trata de justificar que durante años Fórum y Afinsa captaron ahorro del público para su inversión en sellos con compromiso de liquidez, ante la pasividad de los supervisores financieros en el ejercicio de sus potestades. La CNMV y el Banco de España si que tienen la experiencia y el conocimiento necesarios para distinguir entre una operación comercial y una financiera. Disponen además de asesorías jurídicas capaces de determinar la verdadera naturaleza de los contratos, por mucho que los asesores legales de Fórum y Afinsa los hubieran enmascarado.

Es cierto que como recuerda la sentencia “no puede exigirse a la Administración en el ejercicio de sus facultades de supervisión e inspección una garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema y que la mera apelación al ejercicio de las referidas facultades no puede constituir título suficiente para la imputación de responsabilidad patrimonial”. Pero no es menos cierto que los supervisores financieros deben responder del daño que ocasionan en la omisión en el ejercicio de sus potestades. De haber actuado habrían obligado al cese de la actividad de Fórum y Afinsa, que captaban ahorro para su inversión sin estar habilitadas.

La sentencia se acoge a la letra de la Ley para considerar que Fórum y Afinsa no captaban ahorro del público. Desconoce el carácter funcional de la regulación financiera, que debe interpretarse conforme a su finalidad, que no es otra

que la protección del ahorrador como mejor forma de garantizar la existencia de un mercado eficiente.

La exigencia de responsabilidad de los supervisores financieros y su reconocimiento en casos, como el de Fórum y Afinsa, en que el mal funcionamiento causa daños a los ahorradores, es el mejor mecanismo para mejorar la prestación de este servicio público. La responsabilidad patrimonial funciona como control de calidad de los supervisores financieros. A la larga les fortalece. Excluir a los supervisores financieros de los principios y reglas generales es un flaco favor, que desconcierta a los ahorradores y crea desconfianza hacia el conjunto del sistema financiero.

Prof. Dr. Fernando Zunzunegui,
fernando@zunzunegui.net