

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

FORUM/AFINSA: EL ESTADO NO RESPONDE ANTE TERCEROS POR EL FUNCIONAMIENTO DE SUS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN FINANCIERA

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo del País Vasco
Miembro del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo*

El Estado no incurrió en responsabilidad patrimonial por las estafas de Forum Filatélico y Afinsa. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación n.º 1416/2010), que confirma la Sentencia desestimatoria dictada por la Audiencia Nacional en uno de los recursos deducidos contra la resolución de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, por la que se desestimó la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la actividad desarrollada por Forum Filatélico (de 9 de octubre de 2008).

El interés de la Sentencia radica en que, habiéndose presentado más de 450 recursos contra la misma resolución ante la Audiencia Nacional, la Sentencia objeto de recurso de casación consideró oportuno "abordar la problemática jurídica desde una perspectiva global que atienda a la mayoría de los motivos recogidos en las distintas reclamaciones de los perjudicados", con lo que, al desestimar el recurso de casación contra la misma, el TS marca ya la línea a seguir en todos los demás recursos contra la desestimación de responsabilidad del Estado en esta estafa.

La Sentencia basa argumentos sobre los motivos de casación en un anterior pronunciamiento de la misma Sala y Sección de 9 de diciembre de 2010, que resolvió otro de los recursos contra la AN con el mismo objeto. La inexistencia de responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta en que no se ha acreditado en ningún momento que los distintos órganos competentes no ejercieran "adecuadamente" las potestades de "inspección y comprobación de los

hechos imponible", y ello por las siguientes razones:

- (i) En relación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) niega el título de imputación consistente en la "omisión del deber de vigilancia en beneficio del interés de los inversores del mercado al que se refiere", por calificar la actividad de la empresa Fórum Filatélico como mercantil y no incluida en la actividad financiera propia del mercado de valores o de las entidades de crédito o de inversión colectiva.
- (ii) En lo que a la actuación del Ministerio de Economía y Hacienda se refiere, la Sentencia considera que no incurrió en actividad respecto a la facultad, reconocida por la Disposición Adicional Décima de la Ley 26/1988, para solicitar información e incluso a realizar inspecciones por sí o través del Banco de España en relación con las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos, legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrecieran al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que fuera su naturaleza. Ello es así por la misma razón, consistente en que "los contratos suscritos entre las empresas y sus clientes no consistían en operaciones financieras de activo o pasivo o la prestación de servicios financieros (...) en las que las empresas recibiesen de sus clientes depósitos con los que pudieran a su vez realizar otras operacio-

nes sin perjuicio del compromiso de su devolución y en su caso con interés. Lejos de ello se trataba de otros contratos y de otras operaciones con ellos vinculadas y cuya garantía la constituía el valor de un timbre o estampilla postal y la revalorización que presuntamente el mismo habría de alcanzar”.

- (iii) Respecto a la actuación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), la Sentencia comienza por aclarar que sus funciones se dirigen a investigar y comprobar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y no incluyen la de investigar la existencia de delitos o la detección de fraudes realizados a particulares, sin perjuicio de que, si en el curso de su actividad se detectan indicios de actividad constitutiva de delito, la ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal o interponga directamente querrela frente a los presuntos autores. Lo primero es lo que finalmente hizo la AEAT como consecuencia de las actuaciones de comprobación practicadas a partir de 2003, sin que a juicio de los tribunales concurra excesiva dilación en la puesta en conocimiento de las irregularidades detectadas (que tuvo lugar en 2005) “teniendo en cuenta la complejidad y dificultad de las actuaciones inspectoras” (fundamento jurídico octavo de la SAN).

Los argumentos jurídicos en los que se fundamenta la falta de concurrencia “de nexos causales” entre las presuntas omisiones de las Administraciones responsables de velar por el buen funcionamiento del sistema financiero y los fraudes cometidos resultan, a mi juicio, discutibles a la vista de la normativa aplicable y de las circunstancias concurrentes.

Tanto la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, modificada por la Ley 37/1998) como la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, prohíben apelar o captar ahorro del público por quienes no reali-

cen actividades relacionadas con las entidades de crédito u operen en el mercado de valores, y, según la Ley del Mercado de Valores, se somete al régimen de supervisión, inspección y sanción de la CNMV “cualquier persona o entidad, a los efectos de comprobar si infringe las reservas de denominación y actividad” establecidas en esta Ley (art. 84.7).

Y lo cierto es que, en el presente caso, la circunstancia de captación de ahorro por el público de Forum (con carácter “materialmente” financiero y no comercial), era conocida por la CNMV y los demás órganos de supervisión financiera. Así resulta de su Memoria Anual del año 1999 y de la Recomendación del Defensor del Pueblo efectuada a la Secretaría de Estado de Economía el 12 de diciembre de 2006, y en el propio informe de la AEAT que puso en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos se aludía a la naturaleza financiera de la actividad desarrollada por Forum y Afinsa.

En realidad, en la argumentación para declarar la no concurrencia de responsabilidad subyace la necesidad de evitar una responsabilidad objetiva general de las Administraciones Públicas en este ámbito, que resultaría económicamente insoportable e indefendible en términos de simple justicia, por lo que se limita la posibilidad de que la CNMV, o cualquier otro órgano de supervisión del sector financiero, incurra en responsabilidad a aquellos supuestos en los que, más allá de la simple omisión o pasividad, concurre “un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma”.

Así lo declaró el Tribunal Supremo en la Sentencia Gescartera (STS de 27 de enero de 2009, recurso n.º 5291/2004), y la propia Sentencia de la AN recurrida en casación se remite a su doctrina sobre el alcance de las facultades de supervisión e inspección en el ámbito financiero, reiterando que “no puede... exigirse del órgano de control la garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema, en el que resulta determinante la actitud y conducta de

& Noticias breves

los distintos operadores del mercado". El ejercicio de las facultades de supervisión no constituye, en definitiva, salvo en supuestos de ejercicio manifiestamente erróneo o ilegal, título suficiente para trasladar al Estado los daños derivados del riesgo que entrañan las operaciones financieras.