



Informe sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas contra la CNMV por parte de los clientes de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. y FONRUM FILATÉLICO, S.A.

DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO

Madrid, 22 de junio de 2007

I. CONTENIDO DE LAS RECLAMACIONES

Han tenido entrada en el Registro de la CNMV numerosos escritos por medio de los cuales se están planteando reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la CNMV, y en su caso también contra el Banco de España y autoridades de las Administraciones Autonómicas competentes en materia de consumo, por parte de determinados clientes de las sociedades AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A. Y FORUM FILATELICO, S.A. (en adelante FORUM y AFINSA). Las reclamaciones siguen diferentes modelos si bien los argumentos en base a los cuales se solicita la indemnización de los daños presuntamente producidos a los reclamantes son básicamente los siguientes:

1. La actividad desarrollada por las referidas sociedades es de naturaleza financiera. En este sentido consideran los reclamantes que los contratos a través de los cuales operaban estas entidades encubrían realmente bajo distintas apariencias operaciones de inversión propias de las entidades financieras.
2. La CNMV ha incumplido sus funciones de control y supervisión de la actividad desarrollada por FORUM y AFINSA.
3. Se cumplen los requisitos exigidos por la normativa aplicable a los efectos de apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es: la existencia de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, la antijuridicidad de la lesión, y la existencia de una relación de causalidad entre el daño producido y el anormal funcionamiento de los servicios públicos.

En apoyo de estos argumentos algunos reclamantes hacen referencia a un cambio de criterio por parte de la Agencia Tributaria en el modo de entender la actividad de las citadas compañías, que se plasmaría en un informe emitido por Doña María Teresa Yabar Sterling, Inspectora Jefe del Equipo 16 de la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Tributaria, que se apartaría del criterio mantenido hasta ese momento según el cual la actividad de FORUM y AFINSA era mercantil.

En la misma línea en otras reclamaciones se reproduce parte de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal contra AFINSA según la cual *"... La apariencia empresarial es, pues, de una actividad lícita de contrato de compra de sellos por el particular, depósito de los mismos a*

cargo de la vendedora, -AFINSA- y mandato de venta o compromiso de recompra por la misma, que se configura como una opción para el comprador. Esta actividad queda excluida del ámbito de las actividades financieras y sujeta a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva,

Tales obligaciones se han mostrado insuficientes para la verdadera dimensión y naturaleza del negocio descrito, que por encima de su calculada formalidad debe calificarse de <financiero> por la certeza de la revalorización pactada, cuya cuantía queda supeditada exclusivamente al tiempo de duración del contrato y a un porcentaje anual sobre el capital, con total independencia de las eventuales oscilaciones de valor de los ellos, contingencia que en caso de resultar adversa, tendría nulo efecto sobre el cliente”.

Igualmente se menciona el Informe de la Administración Concursal de AFINSA en el que, con base en el informe pericial emitido por diversos catedráticos, se manifiesta lo siguiente: *“.....AFINSA, bajo la figura de los tipos contractuales por ella utilizados lo que realmente hacía era suscribir con los clientes contratos de inversión financiera....”*

Los reclamantes concluyen que las entidades FORUM y AFINSA, bajo la apariencia de diversos tipos de contrato, estaban incumpliendo la prohibición establecida en el apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, al realizar actividades propias de las instituciones de inversión colectiva, vulnerando por tanto el principio de reserva de actividad a que se refiere el artículo 14 de la Ley 35/2003.

De lo expuesto anteriormente, y según los reclamantes, resultaría que la CNMV es competente para supervisar la actividad desarrollada por FORUM y AFINSA. En este sentido señalan los reclamantes que corresponde a la CNMV, entre otras Administraciones, el control, supervisión y disciplina de la *“actividad financiera desarrollada por AFINSA y FORUM FILATELICO”*, de conformidad con los artículos 14, 69 y 70 de la Ley 35/2003, y 64.7, 84, 85 y 88 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Según los mencionados artículos están, sujetos al régimen de supervisión, inspección y sanción de la CNMV cualesquiera personas o entidades al efecto de comprobar si infringen las reservas de actividad y denominación previstas en los artículos 14 de la Ley 35/2003 y 64.7 de la Ley 24/1988.

II. VENTA DE SELLOS Y COMPETENCIA SUPERVISORA DE LA CNMV

Se trata de determinar si, tal y como afirman los reclamantes, la competencia supervisora de la CNMV se extiende a la actividad de venta de sellos desarrollada por estas compañías. Para ello debe examinarse el eventual encaje de esta actividad en el ámbito de aplicación de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores o, en su caso, en la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva.

En términos generales, la actividad realizada por estas entidades consiste en la celebración de un contrato de compraventa entre el cliente y la entidad, en el que ésta, a cambio de un precio, entrega al cliente uno o varios sellos, nacionales o extranjeros, incorporándose al clausulado del contrato un pacto de recompra, con precio cierto, y ejercitable transcurrido un periodo de tiempo prefijado. Adicionalmente, y con carácter facultativo para el comprador, se firma un contrato de depósito de los sellos, que constituye al cliente, como depositante, y en el que la entidad vendedora actúa como depositaria.

El artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, dispone que *“Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Reglamentariamente se establecerán los criterios de*

homogeneidad en virtud de los cuales un conjunto de valores negociables se entenderá integrado en una emisión.

También quedarán comprendidos dentro de su ámbito los siguientes instrumentos financieros:

a) Los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

b) Los contratos financieros aplazo, los contratos de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

c) Los contratos u operaciones sobre instrumentos no contemplados en las letras anteriores, siempre que sean susceptibles de ser negociados en un mercado secundario, oficial o no, y aunque su subyacente sea no financiero, comprendiendo a tal efecto, entre otros, las mercancías, las materias primas y cualquier otro bien fungible.

A los instrumentos financieros, les serán de aplicación, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esta ley para los valores negociables”.

En primer lugar, el artículo 2 de la LMV declara comprendidos en su ámbito de aplicación los valores negociables agrupados en emisiones, no teniendo tal consideración los sellos que son objeto de la actividad contractual analizada. En efecto, el sello es un signo estatal de franqueo, que con el paso del tiempo puede decaer en lo que a su uso original se refiere, convirtiéndose en un objeto de colección, e incluso de inversión, por las revalorizaciones que experimenta debido a factores tales como la antigüedad o el paso del tiempo, pero ni aquel uso original ni la finalidad con que luego se pueda adquirir lo convierten en un valor, no teniendo cabida en la enumeración normativa que de los valores negociables se hace en el artículo 3.2 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, ni tampoco en la relación de valores negociables que se contenía en el artículo 2.1 del actualmente derogado Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores. Tampoco quedan comprendidos en la definición general que de valor negociable contiene el apartado 1 del artículo 3 del Real Decreto 1310/2005, según el cual *“tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera”*, y que en los mismos términos recogía el apartado f) del artículo 2.1 del Real Decreto 291/1992.

El sello, evidentemente, no es un derecho, con contenido complejo de facultades de actuar produciendo efectos jurídicos, sino que es un mero objeto mueble con una utilidad natural como signo de franqueo, y aunque puede no ser destinado a tal fin, y ser conservado para colección, en ningún caso es apto para negociar en un mercado de índole financiera, sin que esta afirmación pueda verse afectada por la finalidad con que se verifique su adquisición.

En segundo lugar procede examinar la cabida de la actividad descrita en alguna de las variantes de instrumentos financieros del artículo 2 de la LMV.

La letra a) del artículo indicado se refiere a *“los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no”*. Se contempla aquí la figura de contratos que son en sí mismos objeto de negociación en un mercado organizado y, aunque el

precepto lo omita por obvio, de índole financiera. En el caso analizado, el objeto de la negociación es el sello y no el contrato, la mutación subjetiva en la posición de alguna de las partes contratantes debería hacerse por las reglas de la novación, y no con la agilidad propia de los contratos negociados en mercados secundarios, en los que la cualidad subjetiva de las partes del contrato pasan a un plano secundario, y, sobre todo, de hecho, los contratos no son objeto de negociación en ningún mercado secundario, requisito que el precepto exige con carácter cierto y efectivo, y no como meramente potencial.

La letra b) del artículo 2 de la LMV habla de *“los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no”*. Tampoco responden a esta tipología los contratos de compraventa de sellos, en tanto no son objeto de negociación y su eventual subyacente¹, el sello, no tiene naturaleza financiera, utilizando este adjetivo en el sentido propio de la normativa de Mercado de Valores, y no como equivalente a fiscal.

La letra c) se refiere a *“los contratos u operaciones sobre instrumentos no contemplados en las letras anteriores, siempre que sean susceptibles de ser negociados en un mercado secundario, oficial o no, y aunque su subyacente sea no financiero, comprendiendo, a tal efecto, entre otros, las mercancías, las materias primas y cualquier otro bien fungible”*. Aunque en este apartado desaparezcan las causas que han llevado a la no inclusión en las letras anteriores el supuesto de hecho analizado, es decir, la no negociación efectiva en mercado secundario y el subyacente financiero, la conclusión final debe ser la misma, la no inclusión tampoco en este apartado. Se hace referencia a contratos u operaciones sobre instrumentos, con lo que se configura un esquema contractual complejo en dos niveles, un contrato que a su vez tiene por objeto o subyacente un instrumento financiero, que también es un contrato. En el caso analizado no aparece esa estructura contractual de doble nivel, sino sólo una compraventa con objeto y precio ciertos, lo que hace que la conclusión apuntada sea indiscutible.

Analizado el ámbito objetivo de la LMV, restaría por determinar si cabría justificar la eventual sujeción de la actividad descrita a la supervisión de la CNMV por considerarla sujeta a la normativa reguladora de las instituciones de inversión colectiva. En este sentido señala el artículo 1.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, que son Instituciones de Inversión Colectiva *“aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”*. La actividad desarrollada por FORUM y AFINSA no cumple la premisa básica de que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos por lo que queda excluida del ámbito de aplicación de la Ley 35/2003.

Una vez examinado el ámbito objetivo de la Ley 24/1988 y de la Ley 35/2003, procede analizar la posible sujeción de la actividad descrita a la aplicación de la LMV y a la supervisión de la CNMV en base al antiguo art. 26 bis de la Ley 24/1988, introducido por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores, y vigente hasta el 15 de marzo de 2005, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, por el que se da nueva redacción al Título III de la Ley del Mercado de Valores, que se configuraba como una cláusula de cierre del sistema, en tanto que sometía a la LMV

¹ No es tal subyacente el sello, pues constituye el objeto del contrato, y no el índice de cuya evolución depende la del precio del contrato en cuanto que objeto, tal contrato, de negociación.

cualquier apelación o captación del ahorro público que no estuviera sujeta a otra normativa especial (bancaria, de seguros o de inversión colectiva).

La actividad de venta de sellos en ningún caso puede calificarse como de captación de ahorro público en el sentido empleado por el antiguo artículo 26 bis de la LMV, y por ende, no quedaría sujeta a la normativa del mercado de valores, por más que se incluya en el clausulado del contrato un pacto de recompra, pacto que ni desnaturaliza la figura contractual ni cambia la naturaleza de la propia actividad trocándola en actividad financiera.

No estamos en presencia de una captación pública de ahorro, toda vez que en dicha actividad es ese ahorro el objeto directo del contrato, en la entrega inicial y en su posterior restitución, instrumentada jurídicamente esa transferencia en formas diversas, pero sin que exista nada distinto de ese ahorro que se transfiere o se materializa en valores diversos. En el caso analizado, no hay esa captación de ahorro, sino que el dinero es la contraprestación en que se materializa el precio en el contrato bilateral de compraventa, y que se entrega, por exigencia del carácter sinalagmático de la misma, a cambio de una cosa cierta que constituye su objeto: los sellos.

El hecho de que, por un lado, el bien adquirido no sea destinado a satisfacer una necesidad de consumo y, por otro, que se adquiera con excedentes monetarios del adquirente, una vez deducido el importe de sus necesidades de consumo (es decir, ahorro, en términos económicos), unido a la expectativa de revalorización que por el transcurso del tiempo el adquirente tiene, no convierten esta actividad de venta de sellos en una actividad financiera sujeta a la LMV.

Debe enfatizarse en que el objeto contractual de la actividad es el sello, siendo el dinero el precio de la compraventa, y no esa captación de ahorro, que se produciría en la actividad supervisada típica, fuese cual fuese el producto financiero en que la transmisión del ahorro se materializase. En resumen estamos en presencia de compras de objetos ciertos al contado y con entrega física, y no ante un sistema contractual complejo ligado a la evolución del precio de una determinada mercancía en un mercado organizado.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que aunque la actividad que llevan a cabo FORUM y AFINSA entrañe, en sentido económico, captación de ahorro del público, esa actividad no implica, sin embargo, tal captación en el sentido a que se refiere la normativa del mercado de valores. Según lo anterior las manifestaciones de los reclamantes en el sentido de que nos encontramos ante actividades que estaría vulnerando el principio de reserva de actividad recogido en los artículos 14 de la Ley 35/2003, y 64.7 de la Ley 24/1988, deben rechazarse, y consecuentemente, debe concluirse que, dada la inexistencia de vulneración de la normativa del mercado de valores, no existe posible ejercicio de potestades supervisoras, inspectoras, o sancionadoras, por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no existiendo por ello nexo de causalidad entre los presuntos daños sufridos por los reclamantes y una pretendida inactividad por parte de la CNMV.

Por otro lado debe señalarse que esta solución ha sido avalada por el legislador español cuando, en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/2003, atribuye a la Administración Pública competente por razón de la materia de protección de los consumidores y usuarios, la protección de la clientela en la comercialización de determinados bienes entre los que se incluyen los sellos. En este mismo sentido el Proyecto de Ley 121/000133 por la que se regula la protección de los consumidores y usuarios en la contratación de bienes con oferta de restitución posterior de todo o parte del precio y, en su caso, con ofrecimiento de revalorización, actualmente en tramitación, incide nuevamente en el carácter no financiero de las inversiones en dichos bienes tangibles atribuyendo a las autoridades competentes en materia de protección de los consumidores y usuarios la competencia para sancionar las posibles infracciones cometidas en este ámbito.

Por último, y a título informativo, se indica que, en abril 2003, coincidiendo con el lanzamiento del rincón del inversor en la página web de la CNMV, se publicó en la sección de advertencias, una información dirigida a los potenciales inversores en bienes tangibles en la que se advertía a éstos de que las empresas que comercializaban dichos productos no son entidades financieras, y en consecuencia (i) no están sometidas, por dicho motivo, al control ni a la potestad sancionadora de los organismos supervisores de las entidades financieras (entre ellos la CNMV), (ii) no están amparados por los sistemas de indemnización que aseguran los fondos y valores confiados a las entidades bancarias (Fondo de Garantía de Depósitos) y a las entidades de valores (Fondo de Garantía de Inversiones), y (iii) que las reclamaciones que puedan formular los clientes contra estas empresas deben encauzarse a través de los mecanismos generales de protección de los consumidores o de los tribunales de justicia. A la luz de lo anterior, en dicha página web se proporcionaban a los potenciales inversores determinadas pautas de comportamiento a fin de que aumentaran sus precauciones y cautelas en la adquisición de dichos productos.

III. OPERACIONES SIMULADAS

Habiéndose llegado, por las consideraciones expuestas en el apartado anterior, a la conclusión de que la actividad descrita de venta de sellos no está sometida a supervisión por parte de la CNMV, debe examinarse la posibilidad de que, tal y como sostienen los reclamantes, las operaciones de venta de sellos sean operaciones simuladas que encubran operaciones propias de entidades sometidas a supervisión de la CNMV.

En este sentido, cabría pensar que la actividad descrita no es más que una cobertura de legalidad que permitiría eludir la aplicación de la normativa propia del mercado de valores, y consecuentemente la supervisión de la CNMV. En tal caso estaríamos, desde una perspectiva jurídica, en presencia de una simulación relativa de contrato, en la que se realiza un negocio aparente o simulado, la compraventa de sellos, y un negocio oculto y disimulado, que es el realmente querido por las partes.

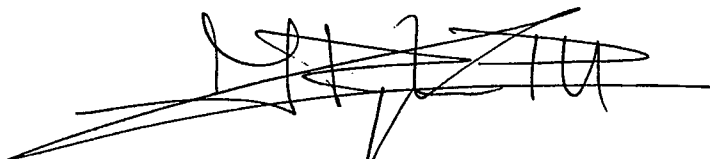
Esta forma de abordar la cuestión, sin embargo, tiene una problemática evidente, cual es la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la acción declarativa de simulación, quedando fuera de las competencias del regulador esa declaración. Además, tal acción declarativa de simulación, que en todo caso debe destruir la presunción "*iuris tantum*" que establece el artículo 1277 del Código Civil cuando dice que "*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*", con lo que conlleva de dificultad probatoria, es una acción para lo que tienen legitimación las partes, sus herederos y, según cierta jurisprudencia, cualquier tercero ajeno a la simulación que acredite tener un interés legítimo: así, se ha reconocido esa legitimación activa a los acreedores o legitimarios de las partes, o a los arrendatarios cuyo derecho se trate de burlar, pero parece más que discutible la eventual legitimación de una Autoridad Pública supervisora, máxime cuando el ejercicio de acciones civiles se encuentra fuera del ámbito ordinario de actuación que su ley reguladora configura.

Por lo anterior, siendo ajena a las funciones de un supervisor la de ejercitar acciones civiles derivadas de contratos entre particulares, (sumado a la discutible legitimación activa para ello), y, al estar amparada la apariencia contractual en una presunción legal, cuya destrucción necesita sentencia de un juez civil, este enfoque de la simulación no puede servir de argumento para atribuir a la CNMV una falta de cumplimiento en sus funciones.

IV. CONCLUSIÓN

La actividad descrita de venta de sellos no está sujeta a la legislación del mercado de valores, al no tener acomodo en los conceptos de valor negociable ni de instrumento financiero del artículo 2 de la Ley 24/1988, tampoco tiene acomodo en las entidades desarrolladas por las Instituciones de Inversión Colectiva.

El Director General del Servicio Jurídico,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, stylized lines that form a complex, somewhat abstract shape. The signature is written over a horizontal line.

Javier Rodríguez Pellitero