

SOBRE EL FRAUDE “FILATÉLICO” PRESUNTAMENTE OPERADO POR LAS SOCIEDADES AFINSA Y FORUM FILATÉLICO Y LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS DE CONSUMO A TENOR DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4ª DE LA Ley 35/2003

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

Introducción, hechos, límites. El objeto de examen

1. La difusión alcanzada en los medios por el escándalo financiero y social de las sociedades FORUM FILATÉLICO y AFINSA excusa al autor de esta nota del trabajo de rememorar las circunstancias, los hechos y los nombres que ya son de todos conocidos, con un conocimiento aumentado a medida que los días van sacando a la luz nuevos descubrimientos. Pero también la premura de la noticia, la parcialidad de los datos, el engrosamiento que les proporciona la difusión en los medios de masa hace imposible hoy para el estudioso conocer los detalles específicos y relevantes del tipo de contratos que se firmaban y de la naturaleza de la relación a largo plazo que ellos establecían. Este estudio quede para adelante. No hacen falta muchas palabras para identificar el supuesto que motiva esta nota. Aunque muchos datos nos son desconocidos, y las circunstancias contractuales de cada uno de los afectados es todavía una incógnita, sí puede afirmarse que las entidades a las que se refiere el escándalo actual realizaban actividades que se correspondían básicamente con el supuesto descrito den el apartado 1 de la DA 4ª de la Ley 35/2003; es decir, vendían (vale decirlo así al momento presente) sellos a ahorradores privados con el compromiso (más o menos diluido, según los casos) de recompra o de negociación de venta con una plusvalía en la que se cifraba la ganancia del ahorrador y que se quería hacer consistir- éste es el origen de la estafa- en una sobrevaloración de los activos tangibles en los que consistía la negociación. Indudablemente, en la percepción del inversor-comprador, eran entidades 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*, como reza el artículo 1.1 de la Ley 35/2003 al definir a las Instituciones de Inversión Colectiva, pero que, por expresa decisión de la DA 4ª de esta Ley, no estaban sometidas al régimen propio de las entidades de inversión colectiva- y al control del Banco de España, del ministerio de Economía o de la CNMV-, sino a una difusa competencia de supervisión de las autoridades (autonómicas) de consumo.

2. En este momento no se trata de ofrecer a unos u otros argumentos que les permitan *mirar hacia otro lado* y despachar las culpas a terceros. No es ésta la labor del jurista ni del político en el momento actual. Se trata de interpretar, a requerimiento de la Administración Autonómica de Castilla-La Mancha, cuál es el grado efectivo de competencia autonómica que resulta de esta DA, y qué pueden haber tenido que ver los escándalos actuales con las incumbencias propias de tales competencias.

Las competencias no autonómicas sobre las actividades y empresas de inversión filatélica

3. La DA 4ª de la Ley 35/2003 *no atribuye* a las Administraciones autonómicas competentes en materia de consumo las competencias *totales* de ordenación, supervisión, inspección y sanción sobre las prácticas comerciales o financieras de las entidades a que se refiere el apartado 1 de esta Disposición. De hecho, sobre tales entidades y sobre tales conductas son varias las instancias competentes y los sectores del ordenamiento jurídico implicados. Para empezar, es competente el Estado, en cuanto titular de la competencia exclusiva para producir normas de Derecho contractual civil o mercantil, normas de tipificación de conductas penales y normas relativas al régimen de insolvencia y concurso de las entidades que operan en el tráfico. Las CCAA competentes en materia de consumo no pueden producir regulación contractual relativa a estos contratos de compra-opción de venta; no pueden diseñar los deberes y los derechos de las partes, la carga de información precontractual, los deberes de documentación, las garantías de cumplimiento, las consecuencias del incumplimiento. Todo ello corresponde a la reserva sobre regulación civil o mercantil a favor del Estado. También corresponde al Estado la tipificación penal de las conductas implicadas en operaciones fraudulentas como las acontecidas. Y corresponde al Estado la regulación del régimen concursal de tales entidades, los derechos de los acreedores impagados, la extensión del concurso a las personas físicas administradoras de tales entidades, etc.

4. La *ejecución* de tales regulaciones, reservadas a la competencia estatal, tampoco corresponde a las CCAA. La competencia autonómica en materia de consumo no llega nunca a la ejecución o cumplimiento de la regulación contractual civil, que es competencia de los jueces. Tampoco tienen competencias las CCAA para actuar supliendo los deberes del Ministerio Fiscal en cuanto a la vigilancia de la observancia del Derecho. Más aún, por lo que se refiere a la regulación estrictamente societaria (artículo 149.1.8º Constitución), las CCAA carecen de competencias ejecutivas de cualquier clase para imponer requisitos de funcionamiento o modos de extinción de la personalidad jurídica de tales sociedades o de sustitución de sus órganos y aparato directivo.

5. De hecho, la misma DA 4ª comentada reconoce todo esto. La regulación del contenido contractual, documentación y deberes precontractuales, está regulada con tanta minuciosidad y detalle, que al legislador estatal no le cabe duda alguna sobre su propia competencia exclusiva para producir esta regulación. Regulación que es enteramente exclusiva, y que no deja a las CCAA – como fundamentada en el art. 149.1.8º de la Constitución- ningún margen de desarrollo reglamentario a las CCAA en el ejercicio de sus competencias de consumo. Es decir, y como colofón, *la regulación jurídica de estas operaciones mixtas de compra e inversión financiera corresponde enteramente al Estado*. Y es evidente, en consecuencia, que es responsabilidad del Estado cuando se realizan los riesgos propios del modelo o de la forma de regulación elegida. En otros términos, es una *decisión plena y única* del legislador estatal que puedan existir, constituirse y actuar tales sociedades, con tales actividades, y generando tan alto nivel de riesgos externalizables en terceros ahorradores.

6. Tampoco opera el Estado sobre una pretendida competencia en materia de consumo cuando tipifica en el apartado 3 las dos conductas infractoras (sometimiento a auditoría de cuentas e incumplimiento de obligaciones relativas a documentación y puesta a disposición de información). De hecho, el Estado no puede *producir derecho sancionador de consumo de rango supletorio*, pues la competencia para producir tales normas corresponde a las CCAA, que tienen competencia plena. Y es que, efecto, las tipificaciones de infracciones contenidas en el apartado 3 no pueden ser tipificaciones de infracciones de consumo. Si así fuera, las CCAA podrían desconocer estas normas, o modificarlas o desarrollarlas. Y es claro que tal cosa no ha estado nunca en el entendimiento de nadie. Las CCAA han actuado bajo el común entendimiento que no el supuesto de hecho que se recogía

en la DA 4ª no era del tipo que justificara el ejercicio de una competencia normativa propia.

7. La *realización de actividades reservadas* a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva u otra entidad inscrita en los registros del Banco de España, de la CNMV o Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones está *prohibida* a las personas que se dediquen a las operaciones de compra y venta de bienes tangibles a que se refiere el apartado 1 de la DA 4ª de la Ley. El incumplimiento de esta prohibición *no es una incumbencia* de las CCAA, como resulta la (corta) lista de infracciones específicas de consumo listadas en el apartado 3 de la DA. Pues es la lista de conductas prohibidas como infracciones específicas de consumo las que contienen un mandato de actuación y una regla de competencia de las Administraciones autonómicas de consumo.

Los límites de la competencia atribuida a las Administrraciones autonómicas de consumo

8. La DA 4ª *atribuye competencia inspectora y sancionadora limitada* a las CCAA. Al margen de las reservas que puede presentar una norma de esta clase, que, operando en el rango de la legalidad ordinaria, procede atribuyendo competencias territoriales, en una labor reservada a la Constitución y los Estatutos de Autonomía, lo cierto es que el Estado atribuye a las CCAA, competentes en materia de consumo, y sobre la base de esta competencia, tres funciones: recibir copia de las auditorías contables, sancionar las inobservancias de este deber y sancionar el incumplimiento de las normas de documentación e información precontractual. Sólo sobre estos extremos pueden operar las CCAA, por expresa decisión del legislador estatal.

9. Una consecuencia ineludible de estas observaciones es que las CCAA carecen de cualquier competencia sobre *las actividades financieras*, las operaciones de tráfico comercial y la regulación contractual de contenido, de tales entidades. Más aún, a diferencia de las autoridades regulatorias estatales, carecen de la competencia de intervención y sustitución de tales entidades en casos graves. Especialmente, las CCAA no tienen competencia – no es su incumbencia- sobre la actuación de tales entidades como captadoras de fondos derivados del ahorro privado y la colocación de tales fondos en operaciones que comporten retribución de los fondos entregados. Y al respecto hay que afirmar dos cosas indiscutibles a estas alturas de los acontecimientos. *Primero*, que, con independencia de la calificación jurídica que se hace de las operaciones cuestionadas en el apartado 1 de esta DA, las operaciones realizadas por las entidades en cuestión son actividades de captación y empleo de fondos del ahorro privado. *Segundo*, que ha sido precisamente como consecuencia y en el ámbito de riesgo de esta conducta como ha tenido lugar la eclosión del escándalo y la defraudación de miles de ahorradores.

10. Operar como entidades financieras y como instituciones de inversión colectiva *sin serlo*, sin estar sometidas al estatuto que para tales entidades establece la Ley 35/2003, es *una incumbencia competencial de la CNMV*. Si una entidad de las descritas en el apartado 1 de la DA 4ª realiza actividades reservadas a las entidades de inversión colectiva, y si el fraude actual resulta ser precisamente realización de ese riesgo, la competencia de inspección, control y sanción corresponde a las autoridades financieras y monetarias del Estado. Pues la realización prohibida de actividades reservadas a las instituciones de inversión colectiva es una infracción específica del sistema estatal de regulación de los mercados financieros, y no una infracción consumerista (artículo 80 g) de la Ley 35/2003).

11. Hay que determinar a continuación cuáles son los riesgos propios de las *obligaciones consumeristas* de estas entidades y cuáles son propios de su *actividad contractual como entidades de captación del ahorro privado*. Pues la realización del riesgo- del “sinistro” actual- será imputada a una u otra fuente regulatoria o competencial, en función de las incumbencias asignadas a cada una. Empecemos con las obligaciones de información y documentación contractuales. Se regulan éstas en el apartado 2 de la DA 4^a. Se exige que los contratos consten por escrito, en el que deberá reflejarse con claridad y explicitud los compromisos adquiridos, los derechos y obligaciones, los elementos que determinan el contrato, y deberá entregarse al cliente un ejemplar de los contratos. Antes de la celebración del contrato deberá informarse al cliente sobre la legislación aplicable al contrato, reclamaciones que puedan formularse, sistemas de valoración de los bienes, valor nominal de los productos comercializados, valor mínimo garantizado en el contrato y garantías que en su caso se presten. El cliente tiene derecho a obtener en todo caso un documento en soporte papel de tales extremos, y a que durante la duración del contrato se le informe sobre su situación contractual.

12. En el momento presente, de urgencia, escándalo y confusión, no existen elementos de juicio que permitan examinar fríamente – para lo que deberá analizarse la situación concreta de cada contrato y cada cliente- en qué medida tales prescripciones han sido cumplidas. Lo que al respecto cabe decir es que, aquí como en otros extremos de las relaciones *contractuales* de consumo – a diferencia de las situaciones de riesgo abstracto o concreto para la salud e integridad física de los consumidores-, las CCAA actúan y sólo pueden actuar a iniciativa y denuncia del consumidor afectado por la práctica contractual prohibida o irregular. No me consta en este momento si tales denuncias han tenido lugar, y dónde y con qué intensidad. Pero es totalmente *excesivo y fuera de medida* pedir a las Administraciones autonómicas de consumo, dadas sus limitaciones de medios, una actuación de oficio en el ámbito contractual cuando no han existido denuncias o quejas de los consumidores, especialmente cuando el riesgo de tales conductas no tiene en principio nada que ver con el cumplimiento formal de obligaciones de información y documentación, sino con *los incumplimientos sustanciales de los contratos* o con prácticas desviadas desde el punto de vista de la actividad financiera desarrollada. Es importante ya considerar que los incumplimiento *de fondo* de los compromisos contractuales (suponiendo la correcta observancia de los deberes de documentación y de suministro de información) no es incumbencia autonómica. Más aún, que la norma atribuye a éstas exclusivamente una función de vigilancia del cumplimiento formal de tales deberes: que se entrega informe de auditoría, que se ha dado cierta información. La *mentira* no es incumbencia autonómica- probablemente tampoco de la Administración estatal- sino empeño de la judicatura civil, de los tribunales penales y del Ministerio Fiscal. La *estafa* consistente en la sobrevaloración de los sellos comprados a cuenta del cliente tampoco es una competencia consumerista específica de la DA 4^a, pues las autoridades autonómicas de consumo no estaban investidas del poder de controlar, vigilar y contrastar el valor real de las contraprestaciones ofrecidas en un negocio de ahorro privado masivo. Más aún, es que sobre tales contingencias la CCAA no puede ni siquiera operar ex post por la vía del Derecho administrativo sancionador.

13. En el estado actual de los acontecimientos- con todas sus premuras, sus lagunas, su provisionalidad- parece que *puede afirmarse que la situación de siniestro colectivo financiero nada tiene que ver con el cumplimiento o no cumplimiento de los deberes formales de documentación o información precontractual*. No afirmo, ni puedo afirmar honradamente, que no se hayan podido producir conductas infractoras en este particular. Lo que sí puede afirmarse hoy con una dosis razonable de certeza que el escándalo y el fraude no provienen de la realización de los riesgos propios de tales obligaciones, sino de los (i) incumplimientos contractuales *de fondo* de estas entidades, o/y (ii) del fraude

penalmente criminalizado (estafa, apropiación indebida, insolvencia punible, administración desleal), y/o (iii) de la realización aventurada y prohibida de actividades reservadas a las instituciones de inversión colectiva, y/o (iv) en el más suave de los casos, de las contingencias propias del mercado que conducen a la insolvencia sobrevenida de tales entidades.

14. La segunda incumbencia consumerista específica, que además se tipifica como infracción, es la entrega o depósito del informe de auditoría de cuentas. No puedo aseverar aquí en qué medida esta obligación ha sido cumplida o exigida. Al respecto sólo quiero observar dos cosas. La primera, que las autoridades de consumo no tienen competencia para *controlar e intervenir* tales informes. Sus competencias se reducen – como ocurre en otro aspecto de modo igual con el Registro Mercantil para las cuentas anuales auditadas de las sociedades- a aceptar la entrega y depósito de tales informes. Es decir, que legalmente no les corresponde una competencia de intervención y control. Ni constitucionalmente puede exigirse el desempeño de esta competencia, pues las CCAA no disponen de medios técnicos ni de competencias específicas para controlar las cuentas de entidades mercantiles privadas. La segunda, que esta competencia *consumerista* no puede ser universal por razón del territorio. Aunque falta en nuestro Derecho sancionador administrativo de consumo (y en otros) una regla clara de determinación de la ley aplicable y de la competencia oportuna en función de la localización territorial del injusto, es evidente por razones de practicabilidad que tiene que aplicarse la norma de conflicto interterritorial de Derecho privado societario. Es el lugar del domicilio social de la entidad el que rige el Derecho aplicable y el que determina la competencia para el cumplimiento y desempeño de competencias públicas típicamente societarias. Ninguna entidad mercantil tiene que depositar sus cuentas en la totalidad de la totalidad de los Registros Mercantiles nacionales en cuya jurisdicción opera. Es completamente absurda la exigencia de que una entidad mercantil registrada tenga que cumplir deberes de depósito de sus cuentas anuales en un lugar distinto del competente por razón del domicilio social, o distinto del lugar centralizado estatal que asuma competencias sectoriales por razón de la materia. *En cualquier caso*, y con todas la dosis de prudencia exigidas en este momento, puede predecirse con una seguridad rayana en la certeza que la realización del siniestro colectivo que nos ocupa no ha tenido que ver con el cumplimiento o no cumplimiento de los deberes formales de depósito de los informes de auditoría exigidos.

15. La diferencia entre los dos extremos consumeristas se entenderá con una intuitiva comparación. Si, por ejemplo, al cliente no se le entrega la documentación escrita exigida, la infracción se produce en cada punto del territorio en el que tiene lugar una conducta contractual de esta clase. Hay un concurso real de infracciones, pues se trata de una conducta relacional cuya *lex sitae* es el lugar de celebración del (cada) contrato. Pero la entrega de informes de auditoría no es una actividad relacional, sino corporativa de la sociedad afectada. La realización o no realización del deber en cuestión no es multiplicable en el espacio, no da lugar a una situación de concurso real de infracciones. La conducta (la omisión) se realiza una vez, y no se difunde por el territorio con una afectación subjetiva plural.

Conclusión

16. *En conclusión*, y con las reservas debidas, puede afirmarse con seguridad que la situación actual *no constituye la realización del riesgo propio de los deberes consumeristas que son incumbencia de las Administraciones autonómicas competentes en materia de consumo. Con independencia del grado de cumplimiento de estas competencias por parte de las CCAA*. Quiero decir que la pequeñez de las competencias atribuidas a las CCAA, su carácter meramente formal, y la entidad del fraude producido, son situaciones que no guardan entre sí

una relación de correspondencia causal adecuada. El fraude, si lo hubo, proviene de la sobrevaloración de los activos prometidos como soporte de la plusvalía, de la carencia de cobertura suficiente para responder de estos créditos a largo plazo. Las obligaciones meramente formularias de recibir en depósito informes de auditoría y de prescribir el cumplimiento de normas formales de documentación o puesta a disposición de información (que podrá ser incompleta, mentirosa o luego desmentida por los hechos) no constituye una incumbencia administrativa cuyo riesgo realizable- en caso de incumplimiento- pueda ser algo parecido a la decepción actual masiva de ahorradores que confiaron en la solidez de sus inversiones en sellos.

Excurso de Derecho privado

17. Se me ha comunicado a través del INC que existen reclamaciones y solicitudes de aclaración de diversos clientes de estas entidades, relativas a compromisos contractuales asumidos de hacer periódicamente aportaciones de fondos de capitalización de sus inversiones. Estos compromisos son inejecutables. Existe un principio general del Derecho, extraído de dos disposiciones históricas y de ámbito limitado (arts. 1467 y 1502 Código Civil) que autorizan al deudor en un contrato de prestaciones recíprocas a suspender el cumplimiento de sus obligaciones cuando exista un temor racional y fundado de que la insolvencia de la otra parte ponga en peligro el cumplimiento de las obligaciones correspondientes. Como es el caso presente.

18. Si se declara- por iniciativa propia o de algún cliente u otro acreedor- la situación de concurso de acreedores, no existe ninguna posibilidad de actuación individual o colectiva distinta que someterse a las reglas y a las consecuencias del concurso. Con todo lo que ello supone. Las CCAA nada pueden hacer para evitarlo. Sus actuaciones administrativas sancionatorias únicamente supondrían incrementar el pasivo de la quiebra, pero en ningún caso garantizar la efectividad de las reclamaciones individuales. Nada cambia porque se habilite o se consienta que las asociaciones de consumidores hagan valer ante esta tesitura su legitimación para la defensa de intereses colectivos. En último extremo, ante una situación de concurso, que no difiere de otra situación de concurso, a los acreedores sólo les asiste la asunción del riesgo de que sus créditos resulten finalmente incobrables. Nada pueden hacer en esto las Administraciones de consumo. Ni ninguna otra Administración. Si se decide crear para ello un fondo de ayuda, será una decisión ulterior, estatal o autonómica, que operará ex post, y en un terreno diverso del actual. El terreno de las decisiones públicas discrecionales.