

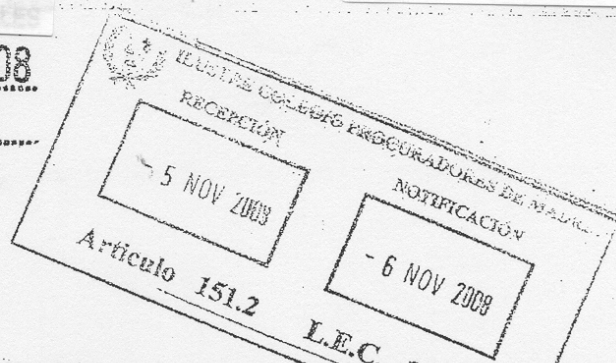
Notificada: 6 NOV. 2008

Vence: 13 NOV 2008

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS

MADRID



SUMARIO: I.- ANTECEDENTES DE HECHO: PRIMERO; SEGUNDO; TERCERO; CUARTO; QUINTO; SEXTO; SÉPTIMO; OCTAVO; II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO: PRIMERO.- Jurisdicción, competencia y procedimiento; SEGUNDO.- Cuestiones previas de carácter procesal; A.-) Solicitud de suspensión y nuevo señalamiento; B.-) Prueba documental propuesta por la actora en vista; C.-) Documento público incompleto y prejudicialidad penal; TERCERO.- Alcance de la impugnación; A.-) Posición de las partes; B.-) Marco legal; C.-) Extralimitación de la demanda concursal; CUARTO.- Naturaleza jurídica de los contratos; A.-) Posición de las partes y alcance del presente pronunciamiento; B.-) Planteamiento inicial; C.-) Interpretación de los contratos; D.-) Examen de las modalidades contractuales; E.-) Rasgos esenciales de dichas modalidades de contratos; F.-) Imposición o depósito a plazo; G.-) Naturaleza financiera de los contratos; QUINTO.- Propiedad de los sellos; SEXTO.- Derecho de separación; SÉPTIMO.- Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva; OCTAVO.- Impugnación de las partidas de la masa activa; A.-) Inmovilizado material e inmaterial; B.-) Participaciones en empresas del grupo; C.-) Existencias; C.1.- Valoración de los sellos; a.-) Planteamiento de las partes; b.-) Tacha del perito de parte D. Joaquín González Figueras; c.-) Valoración de la prueba; d.-) Alegaciones sobre la prueba pericial de la Administración concursal; C.2.- Valoración de las obras de arte; a.-) Planteamiento de las partes; b.-) Valoración de la prueba; C.3.- Valoración de los diamantes; a.-) Planteamiento de las partes; b.-) Valoración de la prueba; C.4.- Valoración de la colección "George Washington" y del denominado "Stock Afinsa Directo"; a.-) Planteamiento de las partes; b.-) Valoración de la prueba; D.-) Cuentas de acreedores; D.1.- Cuenta de clientes; D.2.- Hacienda Pública; a.-) Planteamiento de las partes; b.-) Normativa aplicable; c.-) Perjuicio para los acreedores; d.-) Impugnación de los pagos; NOVENO.- Impugnación de las partidas de la masa pasiva; A.-) Listado de acreedores por contratos CIF/CIT/MIP/PIC; ; A.1.- Reiteración de lo manifestado en Fundamentos de Derecho 5º y 6º; A.2.- Vigencia de los contratos y pendencia de obligaciones recíprocas; A.3.- Imposibilidad de cumplimiento y efectos sobre el concurso; B.-) Pagares pendientes de pago (CIT y PIC) y deudas representada por anticipo de compras de filatelia (PIC); DECIMO.- Costas; III.- FALLO.

SENTENCIA Nº 893/2008.

En la villa de Madrid, a TRES DE NOVIEMBRE DE DOS MIL OCHO.

Vistos por el SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta localidad y su partido judicial, los presentes autos de INCIDENTE CONCURSAL seguido en este Juzgado con el Nº 610/07; seguidos a instancia de AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A., quien compareció representada por el Procurador Sr. Torres Álvarez y asistida de los



Letrados D. Javier Gómez de Liaño y Botella y de D. Pedro Luis Elvira Martínez; contra la **1.- ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (O.C.U.)**, representada por la Procuradora Sra. De Zulueta Luschinger y asistida del letrado D. Ricardo Ibáñez Castresana, en su condición de coadyuvante; contra **2.- DÑA. TERESA CRESPO DE LA ROSA Y OTROS 59.006 AFECTADOS**, representados por la Procuradora Sra. Torrecilla Jiménez y asistidos del Letrado D. José María Gil-Robles, en su condición de coadyuvante; contra la **3.- AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (A.E.A.T.)**, representada y asistida por la Abogacía del Estado, en su condición de coadyuvante; contra la **4.- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS (A.D.I.C.A.E.)**, representada por el Procurador Sr. De Miguel López y asistida de los Letrados D. Juan Francisco Llanos Acuña y D. Agenor Gómez Álvarez, en su condición de coadyuvante; contra **5.- D. ALBERTO GRANDE BLÁZQUEZ Y OTROS**, representados por el Procurador Sr. Conde de Gregorio y asistidos de los Letrados D. Álvaro Baillo Osorio y D. Guillermo Alcover Garau, en su condición de coadyuvantes; contra **6.- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS_CONSUMO**, representada por el Procurador Sr. Rodríguez Teijeiro y asistida de la Letrado Dña. María Isabel Cámara Rubio, en su condición de coadyuvante; contra **7.- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS_EMPRESAS**, representada por el Procurador Sr. Rodríguez Teijeiro y asistida de la Letrado Dña. María Isabel Cámara Rubio, en su condición de coadyuvante; y contra la **8.- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**, asistida del Letrado administrador concursal D. Javier Díaz-Gálvez de la Cámara; **sobre impugnación de informe de administración; y,**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado demandante formuló demanda de fecha 4-6-2007 que fue turnada a este Juzgado, contra los ya citados demandados, por los cauces del incidente concursal, interesando en el suplico de su demanda, junto a pronunciamientos de carácter meramente procesal, se declarase: **1.1.-** que las actividades llevadas a cabo por la concursada en cumplimiento de su objeto social, a las que se refiere el hecho 1º de la demanda [apartado 1.4] son de naturaleza civil o mercantil y no financiera; **1.2.-** que los negocios jurídicos llevados a cabo por Afinsa en los contratos tipo CIT, CIF, MIP y PIC se ajustaron a la legalidad vigente en cada

momento y en especial a la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre; **1.3.-** que las cuentas anuales de la compañía Afinsa, S.A. correspondientes a los ejercicios 2002, 2003 y 2004 fueron redactadas con claridad y mostraron la imagen fiel de su patrimonio, de sus situación financiera y de los resultados de la compañía, y que las del 2005 se redactaron en las mismas condiciones, pendiente de la revisión de los auditores y aprobados por Junta General, sin que ninguna de ellas fuera impugnada; **1.4.-** que los lotes filatélicos que constan adjudicados individual y nominativamente en los contratos CIT, CIF, PIC y MIP a favor de terceras personas, no son propiedad de Afinsa, S.A.; **1.5.-** que las masas activa y pasiva deben ajustarse a lo expuesto por esta parte en los hechos 3º y 4º de la demanda, apartados 3.2.3. y 4.10, respectivamente, de esta demanda; **1.6.-** que la valoración de los bienes propiedad de Afinsa, S.A. deben ajustarse a lo fijado en el anterior apartado 3.2.2.; **1.7.-** que se reduzcan los créditos contra la masa para acomodarlos a las definitivas masas pasivas y activas, según se expone en los apartados 4.10 y 3.2.3., de ésta demanda, **1.8.-** que la relación de litigios pendientes debe acomodarse a lo expuesto en los apartados 3.3 y 4.9 de ésta demanda; solicitando la condena de la Administración concursal: **2.1.-** a la modificación de la exposición motivada de su informe y la composición de las masas activa y pasiva, para acomodarla a las anteriores declaraciones; y **2.1.-** [sic; debe decir 2.2.-] al pago de las costas; alegando, a tal fin, los hechos y fundamentos de derecho que constan en las actuaciones, así como los documentos unidos a la demanda, proponiendo los medios de prueba que estimó oportunos.

SEGUNDO.- Previa subsanación de defecto de copias, por Providencia de fecha 21-6-2007 fue admitida a trámite la demanda formulada, acordándose de conformidad con el 184.4 de la Ley Concursal el traslado de la demanda a las partes demandadas y ya personadas como parte en la pieza 1ª; haciendo las advertencias legales.

TERCERO.- Por escrito de fecha 30-7-2007 de la Procuradora Sra. De Zulueta Luschinger en representación de la 1ª Organización de Consumidores y Usuarios (O.C.U.) se contestó a la demanda en el sentido de interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Por escrito de 30-7-2007 del Procurador Sr. Torrecilla Jiménez en representación de 2^a Dña. Teresa Crespo de la Rosa y otros 59.006 afectados, se contestó a la demanda en el sentido de interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Por escrito de 23-7-2007 de la 3^a Agencia Estatal de la Administración Tributaria (A.E.A.T.), representada por la Abogacía del Estado, se contestó a la demanda en el sentido de interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Por escrito de 31-7-2007 del Procurador Sr. De Miguel López en representación de la 4^a Asociación de Usuarios de Banca, Cajas y Seguros (A.D.I.C.A.E.) se contestó a la demanda en el sentido de interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Por escrito de fecha 22-6-2007 del Procurador Sr. Conde de Gregorio en representación de 5^a D. Alberto Grande Blázquez y otros, se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación se contestó a la demanda en el sentido de interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Asimismo, por escrito de 31-7-2007 de la Procuradora Sra. Rodríguez Teijeiro, en representación de 6^a Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios/Consumo, se contestó a la demanda en el sentido de oponerse parcialmente a la misma e interesar su parcial estimación, todo ello en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Del mismo modo, por escrito de 31-7-2007 de la Procuradora Sra. Rodríguez Teijeiro, en representación de 7^a Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios/Empresas, se contestó a la demanda en el sentido de oponerse parcialmente a la misma e interesar su parcial estimación, todo ello en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Finalmente, por escrito de fecha 6-2-2008 de la Administración concursal, se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación, proponiendo los medios de prueba que estimó oportunos, acompañando la documental unida.

De igual modo por escrito de fecha 10-3-2008 de la 8^a Administración concursal se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a demanda formulada, en



base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

CUARTO.- Admitidas a trámite las contestaciones, por Providencia de fecha 8-2-2008, de conformidad con el Art. 194 de la Ley Concursal y Art. 414 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convocó a las partes a la celebración de la vista.

QUINTO.- Dentro de los tres días siguientes a la citación para la vista, las partes propusieron de conformidad con el párrafo 3º del Art. 440.1 de la L.E.Civil, las citaciones de testigos y demás citaciones que estimaron oportunas, las cuales previa su admisión, fueron practicadas en el acto de la vista.

SEXTO.- Abierto el acto de la vista, compareció la parte actora, asistida del Letrado D. Javier Gómez de Liaño y Botella y D. Pedro Luis Elvira Martínez, ratificando su escrito de demanda, interesando los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental, pericial de parte y testifical.

Del mismo modo compareció la parte demandada ¹⁻ Organización de Consumidores y Usuarios (O.C.U.), con la representación procesal indicada y asistida del Letrado D. Carlos Javier Yunta Gastón, ratificando su escrito de contestación a la demanda; solicitando las partes los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental.

Del mismo modo compareció la parte demandada coadyuvante ²⁻ Dña. Teresa Crespo de la Rosa y otros 59.006 afectados, con la asistencia y representación procesal señalada, ratificando su escrito de contestación a la demanda; solicitando las partes los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental.

Del mismo modo compareció la parte demandada coadyuvante ³⁻ Agencia Estatal de la Administración Tributaria (A.E.A.T.), representada por la Abogacía del Estado, ratificando su escrito de contestación a la demanda; solicitando las partes los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental.

Del mismo modo compareció la parte demandada coadyuvante ⁴⁻ Asociación de Usuarios de Banca, Cajas y Seguros (A.D.I.C.A.E.), con la representación procesal señalada y asistida del Letrado D. Agenor Gómez Álvarez, ratificando su escrito de contestación a la demanda; solicitando las partes los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental.

Asimismo compareció la parte demandada coadyuvante ^{5.-} D. Alberto Grande Blázquez y otros, con la representación procesal señalada y asistida del Letrado D. Álvaro Baillo Osorio, ratificando su escrito de contestación a la demanda; solicitando las partes los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental y testifical.

Asimismo compareció la parte demandada coadyuvante ^{7.-} Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios/Empresas y ^{6.-} Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios/Consumo, representados en el modo indicado y asistidos de la Letrado Dña. María Isabel Cámara Rubio, ratificando su escrito de contestación a la demanda; solicitando las partes los medios de prueba que estimaron oportunos, consistente en documental y testifical.

Finalmente, compareció la demandada ^{8.-} Administración concursal, asistida del Letrado Administrador concursal Abogado D. Francisco Javier Díaz-Gálvez de la Cámara, ratificando su escrito de contestación a la demanda, proponiendo los medios de prueba que estimó oportunos, consistentes en interrogatorio de parte, pericial de parte y documental.

SÉPTIMO.- Admitida parcialmente la prueba propuesta y finalizada la práctica de la prueba en sucesivas sesiones, las partes, por su orden, realizaron las alegaciones finales que tuvieron por convenientes, con el contenido que resulta del acta de la vista, quedando los autos conclusos para resolver.

OCTAVO.- De la prueba practicada y de una valoración racional y conjunta de la misma aparece acreditado y así se declara expresamente probado: **1.-** que la entidad mercantil Afinsa Bienes Tangibles, desde 1980 hasta 2006, ha venido realizando captaciones de ahorro de cientos de miles de inversores, tanto mediante aportaciones únicas como periódicas; **2.-** que a cambio de la entrega temporal de tales cantidades de dinero por los ahorradores a favor de Afinsa Bienes Tangibles, S.A., ésta remuneraba a los aquellos con un porcentaje prefijado en concepto de retribución; **3.-** que para la fijación de la inversión de los ahorradores individuales y su remuneración contractual, se usaba el valor referencial de catálogo de lotes filatélicos propiedad de Afinsa, S.A. y adjudicados como subyacente a dichos contratos; **4.-** que no ha podido acreditarse que Afinsa Bienes Tangibles, S.A. intermediara en la venta a terceros de los lotes filatélicos adjudicados a cada contrato –mandato de venta- ni que adquiriera



para sí por cuenta de tercero; **5.-** que, por el contrario, ha resultado acreditado que Afinsa, S.A., de modo automático y universal, reintegraba a los cientos de miles de inversores su aportación de numerario y la retribución pactada previamente, afirmando optar por una denominada "recompra"; **6.-** que la voluntad real de los inversores era la obtención de una remuneración a cambio de la privación temporal – mediante cesión a Afinsa, S.A.- de sus ahorros, careciendo –en una enorme generalidad de los casos- de conocimientos filatélicos; **7.-** que la real voluntad contractual de Afinsa, S.A., descartada la intermediación, era la retribución del dinero adquirido y recibido con un porcentaje fijado contractualmente de antemano; **8.-** que los lotes filatélicos eran y son propiedad de Afinsa, S.A., siendo adquiridos por ésta en el mercado filatélico nacional e internacional por un precio que oscilaba entre el 15% y el 50% de su valor de catálogo filatélico, siendo adjudicados a los inversores por el 100% de su valor catalogado, llegando a acumular 150 millones de sellos en 25 años, sin que los mismos retornaran –salvo contadísimos casos- al mercado nacional o internacional; **9.-** que el riesgo y ventura en la variación del valor de mercado de los lotes filatélicos respecto al referencial de catálogo "Brookman" y "Brookman Europa", permanecía, de modo íntegro y en la universalidad de los contratos, durante toda la vigencia del contrato, en el patrimonio de Afinsa, S.A., quien retribuía a los inversores con la remuneración contractual fija pactada; **10.-** que la calidad de la filatelia adquirida por Afinsa, S.A. era escasa, apareciendo conformada –en su generalidad y salvo excepciones- por sellos sueltos, por colecciones incompletas y por sellos no dotados de las notas de escasez y demanda en el mercado, lo que dificulta su venta y disminuye su valor en el mercado; **11.-** que los catálogos utilizados por Afinsa, S.A. para la catalogación de la filatelia y la determinación de su valor contractual, llamados "Brookman" y "Brookman Europa" eran poco conocidos y utilizados en el mercado nacional e internacional de filatelia, siendo –en general- sus precios algo más altos que en otros catálogos, pero no sustanciales tales diferencias, así como absolutamente desconocidos para personas no expertas o aficionadas a la filatelia y su coleccionismo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Concursal; debiendo tramitarse por los cauces del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 192 y 194 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- Cuestiones previas de carácter procesal.

Dada la formulación por las partes de diversas cuestiones procesales, relativas tanto a la continuación del proceso como a la admisibilidad o no de determinados medios de prueba, así como a su valoración, procede su examen previo y separado.

A.-) Solicitud de suspensión y nuevo señalamiento.

En el acto de la vista, en la primera de sus sesiones, se dio cuenta a las partes de la existencia de escritos de solicitud de suspensión de la vista, formuladas por ¹⁻Inbaruiz, S.L., representada por su administrador D. Gabriel Ruiz Ramírez, ²⁻D. Jesús González Martín, ³⁻Dña. Isabel Luisa Bellido García, ⁴⁻D. José Rodríguez López, ⁵⁻D. José Manuel Gallo López, ⁶⁻D. Oscar Peral Martín y ⁷⁻D. José Antonio Navarro Romero, en base a los hechos y alegaciones que constan en sus escritos de fecha 6-6-2008.

Llamados los solicitantes para la ratificación de sus escritos, comparecieron en la vista la mercantil ¹⁻Inbaruiz, S.L. y ²⁻D. José Antonio Navarro Romero, ratificando sus escritos y la solicitud de suspensión, siendo la misma desestimada, acordándose —en base al Art. 183.5 y Art. 247 de la L.E.Civil, dar audiencia a Inbaruiz, S.L. a través de D. Gabriel Ruiz Ramírez, para alegaciones, al apreciar la posible existencia de mala fe procesal y animo dilatorio de la solicitud; no habiendo realizado manifestación alguna.

Así las cosas, debe recordarse que, a diferencia de otros ámbitos procesales [donde la existencia de partes procesales necesarias y la asistencia Letrada resultan de obligada necesidad, incluso designables de oficio], en el proceso civil es carga procesal de la parte el hacerse valer de la necesaria postulación de su elección que le

asista y represente, de tal modo que el libre cambio de dicha postulación puede realizarse en cualquier momento, sin exigencia procedimental alguna respecto al Letrado y más exigencias que las dispuestas en el Art. 30.1.1º L.E.Civil respecto al Procurador. Resulta de ello que la libre voluntad de cambio de postulación expresado por los solicitantes debió materializarse con la comparecencia de los designados al acto de la vista, circunstancia que en modo alguno realizaron los mismos, limitándose a solicitar –con evidente ánimo dilatorio- la suspensión para tal designación.

Aún mas; alegando los solicitantes –a través de escrito modelo- la suspensión por no estar de acuerdo con las alegaciones realizadas por su Letrado, no se alcanza a comprender –porque nada alegan respecto a tal cuestión- el motivo de la revocación del poder de representación al Procurador; salvo la finalidad dilatoria y entorpecedora del proceso.

Mas a mas; consta que la contestación a la demanda realizada por el Letrado D. José María Gil-Robles en asistencia técnica de los solicitantes de suspensión es de fecha 30-7-2007, siendo que días antes [el 6-6-2008, recibidos en este Juzgado en fecha 9-6-2008] del señalado para la vista [10-6-2008] es cuando los solicitantes manifiestan su disconformidad con las alegaciones contenidas en dicho escrito; elemento temporal que permite afirmar rotundamente la mera voluntad rebelde, paralizadora y obstaculizadora de los solicitantes.

Pero aún más; es hecho conocido y notorio, publicado a través de internet [<http://asambleasfederacion.blogspot.com>] que D. Gabriel Ruiz Ramírez fue Presidente de la Plataforma Blanca de Cádiz y actual Tesorero de la misma, compareciendo en fecha 21-7-2007 a una Asamblea de plataformas blancas, donde estuvo presente D. Gabriel Ruiz y de cuya Acta se deduce que fueron informados de las actuaciones procesales realizadas por su asistencia Letrada, por lo que la afirmación realizada por los solicitantes (todos ellos de la plataforma de Cádiz) relativa a la ausencia de información resulta contraria a la verdad.

Por último, ya desestimada en el acto de la vista tales solicitudes de suspensión y teniendo por revocado el poder de representación, resta determinar si procede o no la imposición de sanción a D. Gabriel Ruiz por tal solicitud, al amparo de los Art. 183.5 y 247 L.E.Civil; estimando éste Juzgador que, pese a resultar evidente el ánimo dilatorio y obstaculizador del proceso y sus trámites, no procede tal imposición, al no haber alcanzado su propósito aquella voluntad entorpecedora y paralizadora del impulso procesal.

B.-) Prueba documental propuesta por la actora en vista.

Dejando al margen ¹⁻ la tacha del perito de parte D. Joaquín González Filgueras [que se valorará en el momento procesal oportuno], así como ²⁻ la declarada preclusión en el acto de la vista de la aportación de más prueba pericial de parte respecto a la anunciada y a realizar por D. Francesc Graus i Fontova (punto 4º.1º de la proposición de prueba de la actora) así como por D. Celestino Lamas Bolaño (punto 4º.2º.1ª de igual escrito de demanda), por agente de la propiedad inmobiliaria (punto 5º de igual escrito) y por experto en obras de arte (punto 6º de la proposición de prueba de la demanda) y valorador de acciones (punto 7º de igual escrito), así como ³⁻ la inadmisión a la parte actora de la declaración pericial del Sr. Lamas Bolaños en cuanto el informe pericial anunciado no fue presentado en el momento procesal oportuno; y dejando al margen ⁴⁻ la inadmisión a la representación de D. Alberto Grande Blázquez y otros de determinados medios de prueba [por los motivos y razones que constan en el acta de la vista], las partes demandadas se opusieron a la admisión de la documental nº 10 aportada por la actora en el acto de la vista, consistentes en declaraciones de cientos de clientes de Afinsa (tomo IX de las actuaciones), alegando la extemporaneidad de la misma y suponer una declaración testifical encubierta.

Cierto es que el Art. 270.1.1º de la L.E.Civil permite la aportación de prueba documental en el momento posterior al escrito de demanda y contestación, siempre que sean de fecha posterior a tales escritos y no hubieran podido redactarse con anterioridad, de tal modo que siendo las cientos de declaraciones que el doc. Nº 10 contiene de fecha posterior a la demanda, la cuestión que surge es si debieron acompañarse o no con la demanda. Para resolver tal cuestión y tratándose de documentos redactados por terceros, debe estarse a la doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 2 de marzo de 2007 [JUR 200744664] al señalar que teniendo en cuenta que *"...el artículo 270.1º de la LECiv (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892) permite aportar los documentos de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales; en el presente caso, entendemos debemos valorar que el acta notarial de renuncia a la legítima que D. Jose Ignacio efectúa en favor de D.*

Simón, no es un documento cuya confección dependiera de la voluntad del demandante, sino que el otorgamiento de dicha acta notarial, dependía, exclusivamente, de la voluntad de un tercero, que podía otorgarla o no...”

Resulta de tal doctrina que la exigida limitación temporal en la aportación de prueba documental en momento posterior a los escritos iniciales debe circunscribirse a aquellos documentos cuya redacción, emisión y confección o la solicitud de tal confección dependa de la exclusiva voluntad de la parte procesal; de tal modo que cuando depende de tercero ajeno al proceso deberá estarse a la fecha de su redacción, sin que pueda entenderse que podían haberse aportado antes, pues el emisor del documento era libre de hacerlo o no.

Pero siendo tales documentos (doc. Nº 10) admisibles por razón temporal, los mismos deben calificarse como no aceptables a los efectos de la valoración de la prueba, en cuanto contienen declaraciones de inversores en la entidad concursada respecto a su voluntad negocial, actos coetáneos y posteriores a la perfección contractual y la opinión de los inversores sobre la calificación jurídica de los contratos por ellos celebrados; circunstancias de hecho que debieron aportarse al proceso por el cauce de la prueba testifical y no documental; pues tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de julio de 1991 [RJ 1991\5331] el “...*contenido del acta es una pseudo prueba testifical, encubierta bajo forma documental, con contenido que pudo y debió utilizarse en período probatorio. No es, por ello, ni documento ni documento nuevo...*”.

Cierto es, como alega la actora, que el correcto y adecuado desarrollo del proceso, y en especial de la vista, impide traer a la misma cientos de declaraciones testificales para someterlas a la necesaria y exigida contradicción, pero si admite la Ley Procesal la proposición de prueba testifical sobre tales extremos de hecho (sin perjuicio de la limitación del Art. 363 L.E.Civil), circunstancia que este Juzgador estima cumplida con la testifical admitida y que versó sobre los extremos a que se refieren las declaraciones testificales contenidas en los documentos aportados; cuya valoración probatoria debe rechazarse.

C.-) Documento público incompleto y prejudicialidad penal.

Por escrito de 9-6-2008 de la Abogacía del Estado se impugnó por incompleto el testimonio remitido por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 consistente en informe

de inventario y avalúo del administrador judicial Sr. Grávalos, adicionando declaración judicial de comparecencia del citado administrador de fecha 20-7-2006; documento que debe admitirse y adicionarse para su posterior valoración, tal como dispone el Art. 321 L.E.Civil; precepto que viene a consagrar el carácter contradictorio que la prueba documental ostenta en el sistema procesal civil vigente, de tal modo que la plenitud de efectos de los documentos públicos incompletos exige su adición y complemento por la parte a quien perjudica el incompleto, siendo carga procesal del mismo traer al proceso tales adiciones.

Del mismo modo y renunciada por la Organización de Consumidores y Usuarios (O.C.U.) a la cuestión procesal relativa a la prejudicialidad penal, nada se resolvió sobre tal cuestión.

TERCERO.- Alcance de la impugnación.

A.-) Posición de las partes.

Atendiendo a la extensión de la pretensión impugnatoria realizada por el actor a través del cauce procesal del Art. 96 de la L.Co., es necesario examinar de modo inicial tal cuestión, pues tratándose de impugnar cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de los contratos y de la actividad social de la concursada (pedimento 1.1 y 1.2), la sujeción de las cuentas contables a las normas y principios legales de contabilidad (pedimento 1.3), la titularidad de los lotes filatélicos (pedimento 1.4), la valoración de los bienes propiedad de Afinsa (pedimento 1.6) y la nueva conformación de las masas activa y pasiva, así como la relación de créditos contingentes (pedimentos 1.7 y 1.8) de conformidad con los anteriores pronunciamientos declarativos solicitados, alega la Administración concursal que los pedimentos nº 1.1 a 1.4 no tienen cabida en el Art. 96 L.Co. .

B.-) Marco legal.

Para resolver tal cuestión, estima este Juzgador, debe partirse de la lectura concordada de los Art. 96 y 75 de la L.Co., de cuya simple lectura resulta que el informe de la Administración concursal tiene un ámbito mucho más amplio y de diversa naturaleza que la escueta vía de la impugnación de inventario y relación de acreedores diseñada por la Ley Concursal.

En efecto, los antecedentes legislativos del Art. 96 L.Co. se encuentran en los Art. 1274 y 1275 de la L.E.Civil de 1881 –para quiebras y concurso de acreedores- y en el Art.11 de la Ley de Suspensión de Pagos –para tal proceso universal-, en virtud de los cuales se autorizaba a los sujetos afectados por la falta de reconocimiento o por un reconocimiento inferior al reclamado, así como por una graduación incorrecta, a impugnar dichos acuerdos de Junta o judiciales. Resulta de ello que, tanto por vía de antecedentes legislativos, como por la propia dicción del Art. 96 L.Co., del extenso contenido necesario y contingente del informe de la Administración concursal, sólo será impugnabile la conformación del inventario y la lista de acreedores, con el contenido y alcance señalado legalmente.

Del mismo modo debe significarse que no todo el contenido del informe de la Administración concursal a que se refiere el Art. 75 L.Co. tiene el mismo alcance y naturaleza; de tal modo que mientras las determinaciones de las masas activa y pasiva (dicho precepto está ubicado en el Título IV de la Ley, dedicada a “...la determinación de las masas activas y pasivas del concurso...”) tiene un contenido sustantivo, en cuanto fija de modo definitivo –sin perjuicio de su impugnación- tales masas, lo que permitirá la continuación del proceso concursal por cualquiera de sus cauces –convenio o liquidación-, resulta que el resto del informe y sus anexos tiene un carácter informativo para el Juez del concurso, partes procesales y demás interesados, al contener opiniones, valoraciones, juicios, apreciaciones o estimaciones subjetivas de los Administradores concursales, con las que se podrá estar o no de acuerdo e incluso impugnar en otros incidentes, pero ajenas al ámbito de impugnación diseñado en el Art. 96 L.Co. para las masas activa y pasiva.

Por todo ello, debe concluirse, que el incidente concursal a que se refiere el citado Art. 96 L.Co. debe limitarse en sus motivos –como es general a todos los medios de impugnación y de restrictiva interpretación- a los siguientes: 1.- la impugnación del inventario elaborado por la Administración concursal de conformidad con los Art. 82 y 83 de la L.Co, tanto por la inclusión o exclusión indebida de alguno de sus elementos, como por la incorrecta valoración de alguno de aquellos, en cuanto por algún interesado se pretensione su modificación; y 2.- la impugnación de la lista de acreedores en la triple vertiente de la inclusión o exclusión de acreedores de los Art. 85 a 87 L.Co., de la cuantía de los mismos de conformidad con los Art. 84 y 88 L.Co., así como de la clasificación de los créditos de los Art. 89 y ss de la L.Co.; quedando excluido de tal incidente cuestiones ajenas a las indicadas.



C.-) Extralimitación de la demanda concursal.

Siendo ello así, resulta de la lectura de la extensa y articulada demanda incidental formulada por Afinsa, S.A., que la misma viene a consistir en una contestación a todos los extremos contenidos en el informe de la Administración concursal, sean meramente informativos, de opinión, de juicio o valoración, junto a los sustantivos de la determinación de las masas activa y pasiva, lo que fuerza a examinar los motivos de impugnación y pretensiones, para inadmitiendo los primeros (dirigidos a la impugnación de datos, afirmaciones o juicios contenidos en el informe), resolver sobre los segundos (impugnación de las masas activa y pasiva).

Por ello, las manifestaciones, hechos y alegaciones contenidas en los hechos 1º y 2º de la demanda incidental (páginas 2 a 67), el Fundamento de Derecho 3º (páginas 302 a 329), en los **pedimentos 1.1 a 1.3** (páginas 338 y 339), así como parcialmente el pedimento 2.1 (página 340) en lo relativo a la condena de la Administración concursal a la modificación de la exposición razonada de su informe, deben tenerse por no formuladas en cuanto exceden del restrictivo ámbito de impugnación del Art. 96 L.Co.; y ello sin perjuicio de que determinadas cuestiones deban abordarse como antecedente lógico de las pretensiones si admisibles; procediendo el examen del resto de pedimentos en cuanto solicitan la alteración de las masas activa y pasiva por los hechos y razones contenidos en la demanda.

Por iguales razones procede estimar una extralimitación la pretensión relativa a la modificación de los litigios pendientes a que se refiere el **pedimento nº 1.8** de la demanda, pues limitada la cuestión debatible a las mencionadas, la relación de litigios resulta ajena al incidente del Art. 96 L.Co.

Igualmente, pretensiona la actora en el **pedimento 1.7** la modificación del listado de créditos contra la masa, instando la modificación de los mismos, atendiendo a lo solicitado en el punto 1.5 de la demanda. Rectamente entendida tal pretensión, acudiendo para ello a lo señalado en el punto 4.8 de la demanda (pág. 192), resulta que lo impugnado por tal cauce son los honorarios de los profesionales que intervienen en el proceso concursal en cuanto se determinan por aquellas magnitudes, procediendo la desestimación de tal pretensión, pues siendo tales cuestiones ajenas al presente incidente y debiendo hacerse valer contra la Resolución a que se refieren los Art. 34 de la L.Co., resulta la extralimitación del motivo.

CUARTO.- Naturaleza jurídica de los contratos.

A.-) Posición de las partes y alcance del presente pronunciamiento.

La primera de las pretensiones formulada por la actora y admisible en impugnación de la masa activa es la relativa a la exclusión del inventario de los lotes filatélicos, afirmando la actora que los mismos son propiedad de los clientes de Afinsa, S.A. en virtud de contratos de compraventa con opción de recompra por la concursada, a lo que se oponen las demandadas sosteniendo la propiedad de la actora sobre el fondo filatélico en su integridad.

Como es obvio, tal pronunciamiento requiere la inicial determinación, como antecedente lógico, de la naturaleza jurídica de los contratos, en el recto entendimiento que es competencia de la jurisdicción civil su fijación y determinación, atendiendo a la letra de los contratos, a la voluntad de las partes y los actos anteriores, coetáneos y posteriores de los contratantes, tal como señala reiterada doctrina jurisprudencial que luego se analizará, sin atender a actos de terceros ajenos a los contratos; y ello sin perjuicio de lo que pueda determinarse en otros ámbitos administrativos o judiciales; pues ello excede de la jurisdicción y competencia de este Tribunal.

B.-) Planteamiento inicial.

Para resolver tal cuestión y determinar si nos encontramos ante actos preparatorios contractuales o ante un contrato perfecto y consumado [amén de la existencia o no de obligaciones recíprocas], estima este Tribunal, debe partirse de la naturaleza jurídica del concurso y de la declaración de tal estado, de tal modo que tratándose la declaración de concurso de una resolución de carácter constitutivo, que somete al concursado y a la universalidad de sus derechos y obligaciones al proceso concursal y a las consecuencias jurídicas señaladas para cada una de ellas – atendiendo a su naturaleza y circunstancias-, la aplicabilidad de las normas y principios de la teoría general del derecho en cuanto a las causas de ineficacia negocial y a las consecuencias de tal ineficacia, estarán sujetas a la específica normativa dispuesta en la Ley Concursal, en cuanto mecanismo material y procesal para que el concurso alcance su finalidad legal.



Si tal argumento, genérico y abstracto, sirve para enmarcar —a criterio de este Tribunal— la perspectiva global del examen de las alegaciones de la concursada, debe añadirse de un modo más concreto que para la determinación de si resulta de aplicación lo dispuesto en el Art. 61.1 L.Co (obligaciones recíprocas cumplidas por una de las partes) o Art. 61.2 y 62.1 L.Co (obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento recíproco), en cuanto específicos efectos sobre los contratos en supuestos concursales, procede establecer primeramente la naturaleza jurídica y calificación de los contratos celebrados por la concursada con sus clientes.

C.-) Interpretación de los contratos.

Para tal cuestión debe partirse de la doctrina jurisprudencial recogida, por todas, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 13 de diciembre de 2001 [RJ 2001\9355] al señalar, en materia de interpretación de los contratos, que “...es pacífica y constante la concerniente a que las normas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil son un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario respecto a la que preconiza la interpretación literal (aparte de otras, SSTS de 20 de mayo de 1991 y 1 de junio de 1997)...”; para sostener en lo concerniente al alcance y elementos de tal interpretación, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de abril de 1997 [RJ 1997\2877] que “...esta Sala tiene afirmado el deber de tener en cuenta otros datos en la labor interpretativa, sobre todo la conducta completa de los contratantes, constituida por sus actos anteriores, coetáneas y posteriores al contrato para conocer su voluntad (Sentencias de 28 octubre 1966, 23 septiembre 1975 [RJ 1975\3133] y 28 junio 1976 [RJ 1976\3112]), así como que el artículo 1281 no excluye la interpretación sino que la presupone (Sentencia de 24 junio 1964 [RJ 1964\3684]), y forma con el artículo 1282 un conjunto orgánico, completándose ambos (Sentencia de 26 mayo 1965 [RJ 1965\3079])...”, para concluir en materia de calificación contractual la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de septiembre de 2006 [RJ 2006\6362] que “...esta Sala tiene reiteradamente declarado en sentencias como la de



18 de septiembre de 2006 que a su vez recoge la de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001\6207) que «los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que le hayan dado los contratantes (SS. 26 enero 1994 [RJ 1994\445]; 24 febrero [RJ 1995\2774] y 13 noviembre 1995 [RJ 1995\8122]; 18 febrero [RJ 1997\1004], 18 abril [RJ 1997\3247], y 21 mayo 1997 [RJ 1997\3871], y 7 julio de 2000 [RJ 2000\6679], entre otras), pues para la calificación, que constituye una labor insertada dentro de la interpretación (SS. 30 mayo [RJ 1992\4831] y 15 diciembre 1992 [RJ 1992\10406] y 9 abril 1997 [RJ 1997\2875]), habrá de estarse al contenido real, es decir, que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligatorio convenido y el protagonismo que las partes adquieren (entre otras Sentencias las de 20 febrero [RJ 1991\1514], 4 julio [RJ 1991\5325] y 30 septiembre 1991 [RJ 1991\6074]; 10 abril [RJ 1992\2989], 20 [RJ 1992\6442] y 23 julio 1992 [RJ 1992\6450]; 26 enero y 25 febrero 1994 [RJ 1994\1197], y 9 abril 1997), con prevalencia de la intención de las mismas sobre el sentido gramatical de las palabras (S. 22 abril 1995 [RJ 1995\3493]), al tener carácter relevante el verdadero fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar con el contrato (S. 4 julio de 1998 [RJ 1998\5413])...”.

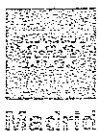
D.-) Examen de las modalidades contractuales.

Atendiendo a tales pronunciamientos y en el caso que nos ocupa, del examen del informe de la administración concursal y de la lectura de los distintos contratos denominados "CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN TEMPORAL" (CIT) resultan como datos relevantes: **1.-** que se trata de contratos celebrados a medio plazo, teniendo normalmente una duración de un año, como ocurre en el presente supuesto; **2.-** que al tiempo de la formalización de la adquisición de los lotes filatélicos, se formalizaban y documentaban, de manera general, tres contratos por cada lote; uno de mandato de compra de lote, uno de mandato de venta de tal lote al plazo estipulado y un tercer contrato de depósito de tal lote a favor de la concursada –aunque éste último no se producía en todo caso, como ocurre en la presente causa-; **3.-** que con voluntad de las partes la obligación dineraria nacida de la recompra por Afinsa, S.A. era autónoma e independiente del mandato de venta y por voluntad de los contratantes era vencida, líquida y exigible desde el momento del vencimiento del plazo de la inversión; **4.-** que en la inmensa mayoría de los casos era Afinsa, S.A. quien recompraba los sellos,

haciendo entrega al adquirente del precio fijado para el mandato de venta; 5.- que tales precios de venta tras la finalización del plazo eran fijados de antemano por las partes, atendiendo a un porcentaje de revaloración fijado contractualmente, ajeno al mercado de sellos, donde no accedían los lotes objeto de mandatos de compra y venta; 6.- que en una abrumadora mayoría los adquirentes de sellos carecían de conocimientos filatélicos, no llegándolos a tener en su posesión; siendo que si los poseían los mantenían cerrados; 7.- que en la inmensa mayoría de los casos los adquirentes-inversores buscaban una rentabilidad financiera como contrapartida a la entrega temporal de numerario a favor de Afinsa, S.A. quien adquiría su propiedad y aplicaba a su giro y tráfico; 8.- que en la práctica totalidad de los supuestos y para hacer efectivo el reintegro de lo invertido y la remuneración, era Afinsa quien ejercía la opción de recompra, por el precio previamente pactado.

Del mismo modo, del examen de dicho informe y de la lectura de los estereotipados contratos denominados "CONTRATOS DE INVERSIÓN FINANCIERA" (CIF) resultan hechos relevantes: 1.- que iban dirigidos a inversores –pues así se les denomina contractualmente- con la finalidad comercial de invertir, de modo prolongado y estable en el tiempo, en valores filatélicos; 2.- que, pese a su denominación como compraventa de sellos, la liquidación de la posición compradora por el inversor determinada un "*rendimiento financiero*" calculado de modo inicial –a la perfección del contrato- mediante porcentajes fijos aplicables al principal, rendimiento que se articulaba a través de la llamada "*recompra*" de los lotes filatélicos por Afinsa, S.A. por el precio más el rendimiento indicado; 3.- que los lotes filatélicos, que podía tener en su poder el inversor o nominalmente "depositarlos" en Afinsa, S.A., eran mero elemento referencial para determinar la inversión y su teórica garantía.

Asimismo, del examen del informe de la administración concursal y de la lectura de los distintos contratos denominados "PLAN DE INGRESOS COMPLEMENTARIOS" (PIC) resultan como datos relevantes: 1.- que se trata de contratos celebrados a muy largo plazo, como ocurre en el presente supuesto, donde estuvo en vigor más de diez años; 2.- que por disposición contractual al adquirente de los sellos se le denomina "*inversionista*" y a lo adquirido "*patrimonio filatélico*"; 3.- que el inversor asume la obligación anual de adquisición de lotes filatélicos, pudiendo fraccionar el pago de aquella cantidad anual en periodos más cortos –mes, trimestre, semestre-, comprometiéndose a actualizar anualmente el importe de su inversión entre un 4% y un 8% respecto a la anualidad anterior; 4.- que hasta transcurridos tres años desde la





formalización contractual el inversor no podría recuperar el dinero invertido con sus sobreadjudicaciones anuales; 5.- que pasados dichos años y a voluntad del inversor podría optar por la recuperación íntegra de su inversión, en cuyo caso Afinsa se comprometía a vender los sellos por tal valor con sus revalorizaciones y caso de no encontrar comprador, adquirirlos por igual precio, entregando al inversor el 75% del valor del baremo de tasaciones; 6.- que si el inversor optaba por el reintegro en diversas anualidades, recibía de Afinsa el 85% del valor del baremo de tasaciones, siguiendo en cada reintegro el orden inverso de adquisición de los lotes; 7.- que en una abrumadora mayoría los adquirentes de sellos carecían de conocimientos filatélicos, no llegándolos a tener en su posesión; 8.- que en la inmensa mayoría de los casos los adquirentes-inversores buscaban una rentabilidad financiera como contrapartida a la entrega temporal de numerario; 9.- que en la práctica totalidad de los supuestos y para hacer efectivo el reintegro de lo invertido y la remuneración, era Afinsa quien ejercía la opción de recompra, por el precio previamente pactado.

Finalmente, del examen de dicho informe y de la lectura de los contratos denominados "CONTRATOS DE MODULO DE INVERSIÓN PLANIFICADA" (MIP) resultan hechos relevantes: 1.- que los mismos representan una inversión estable y prolongada en el tiempo, 2.- que tales contratos se asemejan a los contratos "Plan de ingresos complementarios (PIC) en sus elementos esenciales, si bien en los que nos ocupan, la inversión o aportación se realizada, bajo la figura de la "compraventa" en un solo pago inicial; 3.- que, al igual que en los contratos PIC, la retribución se pactaba al formalizarse el contrato, según porcentajes fijos, bien bajo la figura de la recompra propia o a favor de tercero, bien bajo la gestión de venta.

E.-) Rasgos esenciales de dichas modalidades de contratos.

De tales hechos y siendo los citados contratos los más numerosos de los celebrados por Afinsa con sus clientes, resulta que las denominaciones contractuales utilizadas por las partes contratantes no responden a su real finalidad, pues pretendiendo las partes la cesión (inversor) y adquisición (Afinsa) de numerario por un plazo determinado, para su reintegro cumplido el plazo con la retribución estipulada en contrato como retribución de la plena disposición de tal dinero por la concursada, resulta que nos encontramos ante una operación financiera semejante al depósito irregular a plazo, sirviendo los lotes filatélicos como mero referente de valor y teórica



garantía accesoria a la principal de reintegro de numerario, llegando a constituir ésta – por vía de contrato- como obligación autónoma del mandato de venta o subsidiaria recompra. De ello resultan –a criterio de éste Tribunal- los dos rasgos esenciales de los contratos, su naturaleza de depósito irregular o imposición a plazo así como su carácter financiero, que se examinarán separadamente.

F.-) Imposición o depósito a plazo.

En cuanto a la imposición o depósito a plazo debe recordarse que es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de mayo de 1990 [RJ 1990\4091] que “...en el contrato de cuenta a plazo, cual el de que ahora se trata, parece que los rasgos típicos del contrato de depósito inherentes a aquél se atenúan de tal modo que hace pensar en su transformación en un préstamo, contrato en el cual, al contrario de lo que acontece en el depósito, es esencial que el prestatario tenga a su favor un plazo de disfrute del capital prestado en tal supuesto la doble disponibilidad que caracteriza al depósito se reduce a una disponibilidad unilateral a favor del Banco, significando la falta de disponibilidad típica del depósito, que es la reconocida por la Ley a favor del depositante, dando origen, en consecuencia, a un contrato mercantil «sui generis», que no es puramente préstamo ni depósito aunque contenga aspecto característico de uno y otro, pues que la intención de la parte no es la de conceder y recibir un préstamo, sino simplemente el convenir la finalidad perseguida por el cliente del Banco de mantener una determinada y fluctuante cantidad de dinero, por más o menos tiempo, según el que se establezca, en las Cajas de la correspondiente entidad bancaria, como verdadera colocación de capital, documentada en lo que se designa «imposición a plazo», cuando esa colocación sea con ese carácter, con el alcance de que aunque se le califique de contrato de préstamo subsiste el carácter real y unilateral propio del depósito, en el que las obligaciones fundamentales a cargo del Banco (restitución y abono de intereses) son las mismas que en el depósito a la vista, con la diferencia de que en el depósito a plazo estriba en que la restitución no se hace a requerimiento simplemente del depositante, sino que ha de hacerse precisamente al término del vencimiento fijado en el contrato, que viene establecido exclusivamente en favor del Banco...”, añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección Única, de 18 de mayo de 2000 [AC 2000\1106] que “...nos recuerda la

doctrina de la Sala Primera que la doctrina científica viene distinguiendo, entre los variados tipos de depósitos bancarios, aquel que comporta para el banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo en que éste lo exija, operación esta que ha venido en denominarse en la técnica mercantil y bancaria, «depósito en cuenta corriente», dado que las relaciones del banco con sus clientes se instrumentan y contabilizan como en autos en la forma expresada, dándose la circunstancia de que, cuando ese depósito es de cosas fungibles, se le autoriza para disponer del objeto del depósito, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, generando entonces la figura del depósito irregular caracterizado por el hecho de que el depositario adquiere, desde el momento de la constitución de aquél, la propiedad de las cosas depositadas, y, por eso, en esta clase de depósito de cuenta corriente, la concesión de crédito no es del banco hacia el cliente, como ocurre en la simple «cuenta de crédito», sino del cliente hacia el banco (SS. 4-12-1975 [RJ 1975\4361] y 11-3-1992 [RJ 1992\2170]).

Atendiendo a tal doctrina resulta que la real intención de los inversores y de la concursada, corroborada por actos coetáneos y posteriores en la absoluta mayoría de los contratos, era la cesión a plazo de numerario, adquiriendo la concursada su propiedad y plena disposición, para reintegrarlo -a solicitud del inversor- cumplido el plazo o a la finalización de las sucesivas prórrogas, recibiendo por ello el inversor una retribución a la pérdida de tal disponibilidad, sirviendo la filatelia -sea con entrega de posesión o constituida en depósito- como valor referencial en el momento de la formalización del depósito, de sus ampliaciones o incrementos anuales, así como de supuesta garantía patrimonial ante los eventuales riesgos de ausencia de restitución a la fecha del vencimiento, al tiempo que mecanismo generador de confianza y relativa seguridad en el inversor; y todo ello fijado de antemano y en el momento de la formalización del contrato o contratos unidos teleológicamente.

No impide tal conclusión la circunstancia de que formalmente se realizara un pacto de "gestión de venta" o un "pacto de recompra" y que en excepcionales supuestos la filatelia estuviera en poder de los inversores hasta el abono del principal e intereses remuneratorios, ya que tal transmisión de la posesión o propiedad de los sellos responde a una mera garantía de la inversión, a semejanza de las operaciones financieras denominadas "repo" (siglas en inglés de *repurchase agreement*), donde -si bien recaen sobre valores emitidos por entidades financieras públicas o privadas-: 1.- los intereses serán la diferencia entre los precios de compra y de venta, 2.- la ventaja

es que cedemos el dinero a una entidad financiera a cambio de un tipo de interés, pero tenemos en nuestro poder o posesión el activo que nos ceden como garantía –de ordinario mediante simple anotación en cuenta-, 3.- el riesgo se encuentra en la solvencia del emisor del título y no tanto en la solvencia de la entidad de crédito con quien se realiza la inversión y 4.- su liquidez está sujeta al plazo de recompra o reintegración del capital con sus intereses remuneratorios.

Todo lo cual fuerza a integrar tales cesiones de posesión o propiedad en el completo negocio celebrado por las partes, no permitiendo escindir la compra y la recompra, con o sin transmisión del dominio o posesión, pues ambos negocios están destinados finalísticamente a una inversión a plazo y a remuneración fijada de antemano.

G.-) Naturaleza financiera de los contratos.

En cuanto al carácter financiero de los contratos y siguiendo en este punto a D. FRANCISCO VICENT CHULIÁ (Cuadernos de Derecho Judicial 23/1993) debe reseñarse que *“...el sistema financiero es el conjunto de instituciones de que canalizan el ahorro que generan las unidades de gasto con superavit hasta las de déficit. Es el marco institucional del mercado financiero, caracterizado por el objeto sobre que versan las transacciones: el dinero, directamente o representado por valores (promesas de pago de dinero) a diferencia de los mercados de bienes y servicios [ver Luís de Carlos Bertrán y Juan Fernández-Armesto: “El derecho del mercado financiero”. Ed. Cívitas, Madrid, 1992, págs. 41 y ss...”]; añadiendo, para la distinción entre el mercado de crédito y el mercado de valores, que “...en el mercado del crédito los intermediarios –entidades de crédito- captan el ahorro y se obligan a restituirlo al ahorrador, ofreciendo su propia solvencia y garantía, y asumiendo el riesgo de las inversiones que hacen con dichos fondos por cuenta propia. Mientras, en el mercado de valores, el inversor asume directamente el riesgo (que varía según la solvencia y rentabilidad de la entidad emisora y los mecanismos institucionales de inversión: por ejemplo la inversión colectiva, mientras que el intermediario nunca asume dicho riesgo (De Carlos/Fernández-Armesto. Págs, 42-43). Son valores las promesas de pago de dinero en cuantía fija o predeterminada (valores de renta fija o de empréstito) o de cuantía aleatoria (valores de renta variable o de inversión de riesgo) que se denominan “valores”, por ser objeto de contratación en el “mercado de*

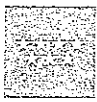


valores" o "activos financieros", por constituir riqueza para sus titulares y pasivos para sus emisores (a diferencia de sus activos reales), que pueden representarse mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta o registros informáticos. A diferencia de los productos o servicios, los "valores" con creación puramente contractual (F. Galgano)...".

Partiendo de tales clarificadores conceptos resulta que la actividad en masa realizada por la concursada puede y debe calificarse —a efectos civiles— como financiera y ejercida en el ámbito de la actividad crediticia [con exclusión de la actividad propia del mercado de valores, pues las promesas de pago emitidas por la concursada no salieron del ámbito contractual que las generaron], al captar dinero de ahorradores, adquiere su titularidad y lo dedica a su propios fines e intereses —baste ver el conglomerado societario existente junto a la concursada y las transferencias de numerario y bienes que aparecen en el informe concursal— de su giro y tráfico, asumiendo el riesgo de tales inversiones, para comprometerse con el ahorrador a restituir el numerario con la retribución fija o variable pactada; sin que impida tal conclusión los pronunciamientos jurisprudenciales citados por la concursada respecto a las normas contables y su interpretación respecto a los contratos que nos ocupan, pues es propio de la Jurisdicción Civil el fijar la naturaleza e interpretar los contratos sometidos a su Jurisdicción.

Debe añadirse que la captación por la concursada del ahorro de más de 180.000.- personas, a lo largo de más de veinticinco años, para la aplicación a distintas actuaciones dentro de su giro y tráfico, así como su transmisión a otras entidades del grupo, supone una actividad mercantil dirigida a la financiación de su propia actividad empresarial; actividad civil financiera que no excluye su carácter mercantil de depósito irregular a plazo —con las notas esenciales del contrato de préstamo—; oposición conceptual en que insiste la concursada a efectos contables, cuestión ajena al presente incidente.

Ayudando tal conclusión resulta, en extremo significativo, el doc. nº 12 de los acompañados con la demanda incidental (soporte digital) consistente en valoraciones de tipo contable —sin ningún vínculo con cuestiones actuariales, propias de los seguros— respecto a la explicitación en las cuentas sociales del riesgo asumido por la actora en los supuestos de "recompra" de la filatelia con compromiso de "revalorización", donde se afirma que "...Al vencimiento del contrato el cliente, que es un inversionista y no un coleccionista, exigirá, de acuerdo con lo



firmado, el que AFINSA haga frente a su obligación de garantía de precio más revalorización. La forma en que la Entidad lo haga ya sea recolocando en el mercado los valores filatélicos o recomprándolos para sí misma no es significativa para nuestro estudio, lo verdaderamente significativo es que el cliente tiene una mercancía que tiene un determinado valor en venta garantizado, que no coincidirá con el valor en el mercado y ello da lugar a que la diferencia entre ambas cifras origine un resultado al final..."; de lo que resulta que tanto para los clientes como para Afinsa, S.A. el objeto del contrato era el dinero que se entregaba por aquellos a ésta a cambio de la denominada "remuneración", siendo que el riesgo y ventura por la diferencia entre los llamados "precios de venta", "precios de reventa" y "precio contractual con revalorización" eran asumidos íntegramente por la demandante; máxime cuando por propia voluntad y decisión eliminó de su actividad ordinaria el segundo de ellos (precio de reventa de los sellos en el mercado filatélico con libre fijación del precio), de tal modo que las prestaciones dinerarias surgidas del contrato quedaban fijadas de modo previo e invariable en el contrato, convirtiendo al numerario y a su remuneración en el único objeto de las reales prestaciones nacidas del contrato. Y si tal era el objeto de los contratos, desde la perspectiva civil, debe afirmarse el carácter financiero de la captación de ahorro realizada masivamente por la concursada.

Finalmente, con relación a tal cuestión, debe señalarse que no es objeto de éste incidente —circunscrito al ámbito del Art. 96 L.Co.— ni función de esta Jurisdicción Civil —como ya se razonó anteriormente— el determinar si la actividad realmente desarrollada por Afinsa, S.A. es calificable como financiera a los efectos de lo dispuesto en las Leyes reguladoras del Sistema Financiero Español y de sus organismos regulatorios; pero sí debe afirmarse que en cuanto Afinsa, S.A. captaba, de modo masivo, el ahorro de cientos de miles de personas mediante contratos de depósito irregular a plazo y remunerado de modo fijo, para aplicarlo a su propia actividad comercial, suponía una actividad de financiación en masa, en cuanto reportaba a su patrimonio el ahorro de miles de personas; sin que impida tal conclusión la aportación y alegación de la Memoria de la Comisión Nacional del.

Mercado de Valores de 1999 (aportada por la representación de D. Alberto Grande Blázquez y otros) así como la Orden de 24-3-2008 de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia (aportada por la actora y Ausbanc/Consumo y Ausbanc/Empresas), así como los informes o dictámenes contrarios a ellos, en cuanto emanados de organismos administrativos en el legítimo ejercicio de sus funciones en materia ajena a la que nos ocupa, limitada a los efectos jurídico-civiles entre las partes contratantes de contratos de depósito irregular remunerado y su relevancia en un proceso concursal; nada más.

QUINTO.- Propiedad de los sellos.

De lo indicado no puede sino concluirse, entrando ya en el examen de la primera de las pretensiones admisibles como tutela autónoma y principal (apartado 1.4 del suplico) en el presente incidente, que los lotes filatélicos adquiridos por Afinsa, S.A., estuvieran o no adjudicados a alguna de las modalidades antes descritas en el momento de la declaración concursal, eran y son propiedad de Afinsa, S.A., debiendo figurar en el activo social a que se refieren los Art. 75.2 y 82 de la L.Co. .

En efecto, de la prueba practicada en el acto de la vista, atendiendo especialmente a la declaración de interrogatorio del representante legal de la entidad concursada –hoy demandante- así como al contenido del informe de la Administración concursal y la contabilidad llevada por la concursada, resulta que durante más de 25 años la concursada no ejerció labores de mediación en la venta de los lotes, no percibiendo comisión alguna por tales labores, limitándose de modo universal y continuado a la adquisición para sí de tales lotes a la finalización de los contratos, para seguidamente romper tal unidad de adjudicación contractual y adjudicar tales lotes a otros clientes.

Resulta de ello que las mencionada “gestión de venta” y “opción de compra” expresados en los contratos no eran, por los propios actos coetáneos y posteriores de la concursada, la plasmación de una alternatividad, sino un mecanismo automático y universal de recompra de los lotes filatélicos, que en la mayoría de los supuestos no salían del ámbito de la posesión de la concursada; actuación de la parte contratante que por propia y prolongada debe resultar decisiva, sustancial y relevante a la hora de fijar la naturaleza de los contratos y la propiedad de los sellos. Así resulta de la propia declaración del Sr. Cano Cuevas, Presidente de Afinsa, S.A., al afirmar al ser



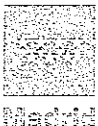


interrogado que existieron ventas directas de filatelia y gestión de la venta a terceros – incluyendo dentro de las mismas tanto titulares de otros contratos como personas ajenas a los distintos contratos antes analizados-, pero que no se emitían facturas de tales comisiones de gestión de venta –por el porcentaje contractual pactado- ni por las ventas directas realizadas; de lo que solo puede concluirse que tales actos y negocios no fueron realizados por la concursada durante el periodo 1980-2006.

Pero a igual conclusión debe llegarse, como antes se indicó, si se analizan los actos coetáneos y posteriores de los inversores, pues de tal alternatividad resulta que no era finalidad de los inversores la adquisición final de los lotes filatélicos, sino la posterior venta de los sellos al mejor postor, fuera un tercero o la propia Afinsa, S.A. por un precio fijado de antemano; si a ello unimos la fijación previa de la denominada “revalorización” atendiendo a un porcentaje fijo y determinado, referenciado a un teórico incremento del valor de los sellos -que continuaban en poder de la concursada en la inmensa mayoría de los supuestos-, así como la prolongada trayectoria temporal de la concursada en la remuneración de las cantidades recibidas y adquiridas –no dejando de abonar en ningún momento ninguno de sus compromisos contractuales-, resulta que el inversor quien se acercaba a los dependencias y/o agentes de la concursada lo hacía con la finalidad de obtener una retribución a la entrega de un capital, sirviendo los lotes filatélicos de mero referente contractual para la determinación del importe de la inversión y su segura revalorización, pero sin transmisión de la propiedad –aunque en algunos supuestos, sí la posesión-, que permanecía en el patrimonio de Afinsa, S.A. .

Tales conclusiones resultan acreditadas de las declaraciones testificales practicadas en el acto de la vista a propuesta de la parte actora, de cuyas declaraciones se concluyó: 1.- que era su finalidad esencial contractual la obtención de una rentabilidad garantizada; 2.- que carecían de conocimientos filatélicos; 3.- que su intención comercial no era hacerse titulares de unos sellos, ni siquiera temporalmente, sino la obtención de unos rendimientos fijos y garantizados por el dinero entregado temporalmente a Afinsa, S.A.; y 4.- que no fueron informados por los dependientes y/o agentes de Afinsa, S.A. del modo de formación del precio de compra de los sellos y del precio de venta de los sellos, limitándose a solicitar y obtener información de la teórica “revalorización” y segura remuneración a sus ahorros.

A tales afirmaciones, debe añadirse la especial circunstancia concurrente en la operativa comercial de la concursada en la captación de clientes, pues utilizando una



red de agentes y sucursales extendidas por toda España y Portugal, era el ofrecimiento entre conocidos, familiares y amigos, así como el conocimiento de personas cercanas ya inversoras en la entidad concursada, de una segura remuneración fija como compensación al dinero invertido, así como la seriedad demostrada por la concursada en sus compromisos contractuales, lo que determinó a cientos de miles de personas a invertir sus ahorros en Afinsa, S.A., pero con la finalidad de obtener una segura y prefijada retribución a su ahorro, nunca intervenir en el mercado filatélico y sujetar su inversión a la fluctuación de divisas y/o inflación nacional o extranjera, tal como sostuvo el Presidente de Afinsa, S.A.; aseveración que no se ajusta a la realidad contractual.

Todo ello obliga a desestimar la **pretensión 1.4** formulada por la actora, manteniendo en el activo que conforma la masa activa los lotes filatélicos adjudicados a los inversores-clientes.

SEXTO.- Derecho de separación.

Alega e invoca, en igual pretensión de exclusión del activo de la mercantil concursada de los lotes filatélicos adjudicados a los inversores, el derecho de separación a que se refiere el Art. 80 de la L.Co, alegando que siendo propiedad de los clientes, a ellos corresponde su titularidad y la facultad de reclamar su separación de la masa activa concursal.

Dejando al margen ^{1.-} que la legitimación "*ad causam*" para el ejercicio de la acción de separación la ostenta quien afirme ser dueño de la cosa reivindicada, dada su naturaleza real [Art. 348 C.Civil y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de junio de 1964, por todas], propiedad que la actora atribuye a tercero, y ^{2.-} que la acción de separación debe ejercitarse contra el tercero detentador de la cosa cuya titularidad se sostiene, pues en otro caso, serían procedente la acción declarativa del dominio, con exclusión de la reivindicatoria [por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de junio de 1955], resultando que la detentación de la filatelia, salvo escasísimos supuestos, la ostenta la concursada –ahora demandante–; debe recordarse que la acción de separación del Art. 80 de la L.Co está íntimamente unida –aunque no puede equipararse– a la acción reivindicatoria, en cuanto protectora del dominio y los demás derechos reales –Art. 348 C.Civil–, de tal modo que lo pretensionado por tal vía es que un bien o derecho incluido en el activo es titularidad del demandante, lo que fuerza a

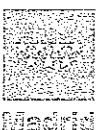
su extracción del activo concursal –activo que responde tanto de los créditos contra la masa como de los concursales-.

En este sentido señala la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, de 12 de mayo de 1970 [RGD 1971, p. 613] que “...*las dificultades planteadas por la falta de desarrollo procesal de los arts 908 y 909 del C. comercio, han sido resueltas por la doctrina científica a base de aplicaciones analógicas de otros preceptos de Derecho positivo, estableciéndose: 1. Las acciones contempladas en aquellos preceptos no son verdaderas, propias y puras acciones reivindicatorias; y no lo son, de ninguna manera, las del número 3.º del art. 909, que no se refieren a bienes detentados por el quebrado, sino poseídos por él en nombre de otro, cuya devolución se exige una vez extinguido el título por el que se poseían y mediante la declaración de dominio del reclamante...*”.

Atendiendo a tal doctrina, en coherencia con lo manifestado anteriormente, debe concluirse que los lotes filatélicos no eran objeto del complejo contrato celebrado entre las partes, sino mero referente de valor contractual –que no de mercado- para la formalización de operación de depósito irregular de dinero con contraprestación de intereses, rentabilidad determinada igualmente por referencia al valor contractual futuro –que no de mercado- de dichos lotes, como lo acredita su fijación de antemano, por voluntad contractual de las partes y ajeno a cualquier control del mercado de filatelia; por lo que no puede afirmarse que la propiedad de los sellos fuera adquirida a la actora por alguno de los medios admitidos en Derecho –Art. 609 C.Civil- de la actora, ni puede sostenerse que la detentación de los sellos por la concursada lo fuera en el concepto de depósito, pues tal contrato se integra en uno complejo de imposición a plazo remunerada donde los sellos se integran en el patrimonio de la concursada como garantía patrimonial –Art. 1911 C.Civil- de cumplimiento de obligaciones presentes y futuras; lo que fuerza a desestimar tal alegación.

SÉPTIMO.- Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva.

No impiden tales conclusiones la alegación –que no pretensión aceptable en este incidente- de la parte actora -a cuya argumentación se adhieren parcialmente las asociaciones Adicae/Consumo y Adicae/Empresas- que la actividad de la concursada esta sujeta a lo dispuesto en tal Disposición y que ajustándose la actuación de la





concurrada a tal Disposición, existente gestión de compra y posterior recompra, los lotes filatélicos son propiedad de los inversores.

Tales alegaciones no pueden ser aceptadas. Inicialmente, tras el examen de la mencionada Ley, debe significarse la orfandad que provoca la ausencia de toda referencia a la citada Disposición en el Exposición de Motivos de la Ley 35/2003, lo que priva del esencial elemento interpretativo que supone la "*voluntas legislatoris*"; orfandad que aparece subsanada por la Exposición de Motivos de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre –que deroga aquella-, al señalar en su párrafo 3º que "*...cuando la actividad de venta directa a los particulares de dichos bienes lleva aparejado un pacto de recompra de los mismos, el consumidor, desde una situación asimétrica respecto a la información, tiene a prestar poca atención a los bienes objeto del contrato y a las condiciones del vendedor, debilitándose su posición frente a este último. Con el objeto de reforzar la posición del consumidor, se dictó la Disposición Adicional 4ª de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, cuya inclusión tuvo por objeto o finalidad completar la regulación integral de la comercialización y publicidad de los bienes de que se trata, en el sentido de asegurar que el consumidor recibe una información precontractual amplia acerca de los bienes, su proceso de valoración y de la situación económico financiera del vendedor, que tiene que facilitar, entre otra información, una copia de sus cuentas auditadas...*"; añadiendo que "*...la realidad ha evidenciado, no obstante, que el tráfico de este tipo de bienes, bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando el pacto de recompra acompaña de una promesa o compromiso de revalorización cierto, hace que el consumidor atienda principalmente a la promesa de revalorización y no preste atención suficiente a elementos importantes como las garantías ofrecidas para respaldar la mencionada promesa...*".

Resulta de todo ello que con ocasión de la modificación de la regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante I.C.C.) de 1984, el Legislador de 2003 dice qué no es (inversión colectiva) y quiénes no son (instituciones de inversión colectiva), dejando fuera del sistema financiero -definido legalmente- a las personas físicas o jurídicas que intermedian en la compra y venta de sellos y otros bienes tangibles, por mandato de tercero, con o sin compromiso de recompra, en cuanto la formación de voluntad negocial de la parte más débil –adquirente- y la desigual información de las partes, hace vulnerable al consumidor.



Si ello es así, en coherencia con lo antes indicado, debe concluirse que la actividad comercial desarrollada por la concursada, bien directamente, bien a través de sus agentes –a lo que formaba, instruía y dotaba de documentos de información y contratación- no puede incardinarse en dicha Disposición Adicional 4ª, por la poderosa razón de que Afinsa, S.A. no ejerció en ningún momento labor alguna de intermediación en la compra y en la venta a tercero por cuenta y mandato del cliente, ni fue en ningún momento su intención contractual ni el objeto de su actividad comercial; limitándose –como ya se razonó anteriormente- a adjudicar, dividir y readjudicar su fondo filatélico a los cientos de miles de contratos que celebró a lo largo de su prolongada actividad comercial. Como ya se indicó, así resulta del examen de la contabilidad de la concursada, donde no resulta documento alguno donde se plasmen los derechos y obligaciones dinerarias tales funciones de intermediación en la compra por mandato individualizado y expreso del cliente, así como su posterior venta a tercero por “precio” superior al fijado para la recompra, la infructuosidad de tales gestiones y la imposibilidad de su venta, limitándose a automatizar la universal “recompra” por el precio garantizado –que incluía u ocultaba, como sostiene este Juzgador, la remuneración de un depósito de numerario a plazo-.

Aún más, y esto resulta en extremo esencial, la real y efectiva actividad comercial de la concursada aparece excluida de dicha Disposición Adicional porque recogiendo los contratos el valor nominal de los bienes –entendiendo por tales los valores de catálogo, se informase o no a los clientes- se hurtaba a las partes el conocimiento de la previa información contractual respecto al valor de mercado y los sistemas de formación de los mismos. Nótese que junto a la información de las garantías externas a la entidad intermediaria –que tampoco en los contratos consta entregada- el párrafo 2º del apartado 2º de la D.A. 4ª de la Ley 35/2003 hace referencia a tres valoraciones de los bienes tangibles, y que la Ley define como normalmente divergentes, cuales son 1.- el nominal o contractual, el 2.- de mercado y 3.- el de recompra mínimo garantizado; de tal modo que siendo esencial la información sobre el precio de mercado y los sistemas para su determinación o evolución en el tiempo –en cuanto garantía primordial en una auténtica intermediación de compra y venta con posibilidad de recompra [en cuanto permite al cliente decidir si vende a precio de mercado u opta por la recompra del intermediario], dicha información no era entregada ni facilitada a los clientes ni en el momento de formalizar el contrato ni a la finalización del mismo; sin que pueda afirmarse que cumpla tal función los catálogos filatélicos, pues carentes

los mismos de contenido respecto a los sistemas de valoración y modificación de los valores del mercado, se limitan a recoger un valor nominal y meramente referencial en el tráfico jurídico de la filatelia; como se examinará más extensamente al analizar la valoración de las partidas del activo.

Si a todo ello unimos la ausencia de ^{1.-} información contractual respecto a la legislación aplicable, de los ^{2.-} sistema de acciones y vías de reclamación que el cliente tenía frente al intermediario y ^{3.-} las garantías externas al patrimonio del intermediario; debe concluirse la inaplicabilidad de la misma a la actividad comercial desarrollada por la concursada.

Tal exclusión de la aplicabilidad de las normas señaladas en la citada Disposición Adicional 4ª exige acudir a la teoría general de las obligaciones y contratos, así como a las diversas formas típicas y atípicas de los contratos, calificando –como ya se razonó– la actividad real desarrollada por Afinsa, S.A. como mercantil y financiera, pues quien en el mercado y por actividades en masa, capta ahorro con la promesa de su restitución con una remuneración, excluyendo de su propia actividad la intermediación en la compra y en la reventa, está desarrollando una actividad en que el dinero se convierte en el objeto del contrato, resultando secundario el bien, objeto y subyacente que se una al contrato, lo que convierte tal actividad en financiera.

Y tal planteamiento aparece corroborado, a criterio de este Tribunal, en la nueva regulación contenida en la Ley 43/2007, ya citada, pues si bien excluye de su ámbito de aplicación las actividades reguladas por la legislación financiera, si sujeta a su ámbito de aplicación los contratos de compraventa de bienes tangibles a consumidores con promesa de recompra por el precio pactado más una revalorización por el empresario o profesional, extremando las exigencias formales y garantías de restitución del precio y su revalorización –que forzosamente ha de constituirse en el sistema financiero– hasta el punto que el subyacente –bienes objeto del contrato– desaparecen como objeto contractual, siendo el numerario el real y efectivo objeto contractual, en cuanto elemento prestacional esencial deseado por las partes y garantizado por imperativo de la Ley, máxime cuando el empresario o profesional excluye de su actividad la intermediación y solo realiza las recompras con promesa de revalorización.

OCTAVO.- Impugnación de las partidas de la masa activa.



Siendo varias las partidas del mismo y diversa su agrupación contable, así como distintos los motivos para tal impugnación contenida en el punto 5º del suplico de la demanda en cuanto a su inclusión y en el punto 6º del suplico en cuanto a su valoración, procede su examen separado; partiendo para ello de las inclusiones o exclusiones de partidas del activo pretensionadas en el apartado 1.5 de la demanda (apartado 3.2.3. de la demanda –pág. 179 y 180-) en contraposición con las partidas y valoraciones contenidas en el informe de la Administración concursal (pág. 372 y 373 del informe), así como de las valoraciones contenidas en el informe de la Administración concursal (págs. 372 y 373 del informe) en contraposición con las partidas del activo pretensionadas por la actora (págs. 176 y 177) en cuanto a valoraciones contenida en el apartado 6º del suplico; ello, rectamente entendido, mediante la adición de los informes, alegaciones y motivos que constan en los puntos 3.1 a 3.2 de la demanda y sus anexos (para la actora) y apartado V del informe y sus anexos (para la Administración concursal demandada), de lo que resulta que sólo se alza el demandante contra algunas de las partidas del activo y contra algunas valoraciones de las partidas, no contra todas las divergencias existentes en el cuadro recogido en demanda (págs. 176 y 177) e informe (págs. 372 y 373); que se procede a examinar.

A.-) Inmovilizado material e inmaterial.

De las partidas contenidas en el informe de la Administración concursal y cuyo total asciende a 2.441.824,19.-€ impugna la actora la valoración de una de ellas, cual es la relativa al importe de la denominada “Colección S.XXI”, valorada por la Administración en la cantidad de 1.237.600.-€ y que la concursada estima en la cantidad de 3.647.526,26.-€.

Constituye la denominada “Colección S.XXI” una serie de obras artísticas de pintura de diversos autores y referenciada de modo individualizado en el Anexo A.2-3 del soporte digitalizado del informe de la Administración concursal, propiedad de Afinsa Bienes Tangibles, S.A.; y para sostener la impugnación la concursada anunció y propuso prueba pericial de parte (punto 4.6 de la proposición de prueba [pág. 343 de la demanda]), siendo que tal prueba no se aportó en tiempo y forma oportuna; de lo que resulta que debe prevalecer la valoración sostenida por la Administración concursal, pues el informe de valoración unido al informe al Anexo A.2.-1 de igual

soporte fue ratificado en el acto de la vista por Dña. Blanca Laviña Richi, Licenciada en Historia del Arte, siendo sometido a contradicción, resultando su contenido objetivo y ajustado a la realidad [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de abril de 2000]; por lo que procede mantener la valoración contenida en activo del informe de la Administración concursal para el inmovilizado material e inmaterial.

B.-) Participaciones en empresas del grupo.

Del mismo modo en las partidas contenidas bajo tal epígrafe en el activo del informe de la Administración concursal, aceptadas siete de ellas, impugna la actora dos, cuales son las relativas a la valoración de las participaciones de Afinsa, S.A. en Oikia Real Estate, S.L. y en Auctentia, S.L.U .

Según consta en el informe de la Administración concursal (folios 29, 79 y 339) la entidad Auctentia, S.L.U. es una sociedad española cuyas participaciones pertenecen en su integridad a Afinsa, S.A. (también Afinsa Bienes Tangibles, S.A.) dedicada a la tenencia de acciones que integran en grupo social o entidades asociadas, de tal modo que en el momento de la declaración del concurso en su activo tenía acciones de tres entidades, "Finarte Casa D´aste España, S.L.", "Spectrum PMI, Inc." y "Escala Group, Inc"; resulta de dicho informe que la primera carecía de actividad comercial en el último ejercicio, por lo que ha sido valorada por sus fondos propios; valorando la segunda en virtud de oferta recibida para la compra de dichas acciones; y valorada la tercera según criterios de mercado, dada su cotización en el mercado de valores norteamericano, por todo lo cual procede mantener tales importes en dichas partidas del activo; máxime, como ya se indicó anteriormente, la actora anunció informe pericial contradictorio y nada ha aportado; sin que impida tal conclusión el informe acompañado como doc. Nº 77 de la demanda –informe de Citigroup- sobre la valoración de "Escala Group, Inc", pues debió ser ratificado de modo contradictorio en el acto de la vista.

C.-) Existencias.

Con la salvedad que representa la conformidad del demandante con la valoración de la partida relativa a la numismática, impugna la actora la valoración de las demás partidas de existencias del activo recogidas en el informe de la Administración

concurzal; lo que exige su examen separado; si bien comenzando con la cuestión de la valoración de los sellos, dada su relevancia cuantitativa.

C.1.- Valoración de los sellos.

a.-) Planteamiento de las partes.

Ya desestimada la pretensión relativa a la exclusión de los sellos adjudicados a los distintos contratos y a los clientes-inversores, impugna la actora la valoración de los lotes filatélicos, de tal modo que frente a una valoración por la Administración concursal de la totalidad de la filatelia por importe de 248.769.621,36.-€, la actora valora tal filatelia en 2.128.399.868,07.-€, al remitir en demanda su valoración a lo que resultase de la prueba pericial solicitada y practicada (pág. 180 y 181 –nota 4ª- de la demanda).

b.-) Tacha del perito de parte D. Joaquín González Figueras.

Llegados a este punto, es momento, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2º del Art. 344 de la L.E.Civil, de examinar la tacha formulada mediante escrito de 30-5-2008 por la A.E.A.T. frente al indicado perito, en base a los hechos, documentos y alegaciones que constan en su escrito e invocando las causas 2ª y 3ª del apartado 1º del Art. 343 L.E.Civil [tacha a la que se adhirieron –acompañando la documental unida- la representación de Dña. Teresa Crespo y otros 59.006 afectados mediante escrito de 9-6-2008, la O.C.U. mediante escrito de 9-6-2008 y la Administración concursal mediante escrito de 5-6-2008], siendo impugnada por la actora mediante escrito de 11-6-2008, con el contenido y alegaciones unidas.

Nótese que frente a los peritos designados judicialmente y que pueden ser objeto de recusación según las causas del Art. 124 L.E.Civil y por remisión del Art. 219 L.O.P.J., los peritos designados por las partes sólo podrán ser objeto de tacha por las causas y motivos señalados en el apartado 1º del Art. 343 L.E.Civil; con la lógica consecuencia de que las causas invocadas son idénticas o sustancialmente similares a las recogidas en el Art. 219 L.O.P.J. .

Siendo ello así, en relación con el interés directo o indirecto en el asunto del nº 3 del Art. 343.1 L.E.Civil, debe significarse que es doctrina constitucional, recogida en el

Auto de dicho Tribunal, de 20 de noviembre de 2002 [RTC 2002\224] que "...*Aunque no sea necesario definir de modo exhaustivo qué sea «interés directo o indirecto en el pleito o causa» (art. 219.9 LOPJ), una primera aproximación al concepto puede ser la que ofrece el Diccionario de la Lengua Española del término «interés» en su acepción de «inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración»...*", señalando la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 28 de junio de 1982 [RJ 1982\3581] que "...Que, por «interés directo o indirecto en la causa» se ha de entender la confusión de los conceptos de Juez y parte,..., de tal modo que, dicha resolución, afecta, mediata o inmediatamente, de modo próximo o de manera remota, a la persona o bienes del recusado -véanse SS. de 14 noviembre 1897 y 13 marzo 1899-, debiendo desde luego, tratarse de un interés meramente personal, bien individual, bien gracias a formar parte el recusado de una persona jurídica de naturaleza privada...".

Haciendo aplicación de tal doctrina al perito de parte resulta procedente estimar que concurre en el mismo causa de tacha por interés directo e indirecto en el pleito, en otro similar y en su resultado, a que se refiere el nº 2 del Art. 343.1 L.E.Civil. En efecto, de lo actuado, ha resultado acreditado: 1.- que D. Joaquín González Figueras fue proveedor de la mercantil concursada en los años 2002 y 2003 –así lo reconoció el mismo al ser interrogado y así resulta de la documental acompañada por la A.E.A.T. y la Administración concursal-, de lo que resulta que en su pericia está valorando la filatelia que suministró a Afinsa, S.A. y que hoy continúa siendo propiedad de ésta, por lo que concurre un razonable fundamento para entender que concurre un específico ánimo a sobrevalorar los sellos por él suministrados, máxime cuando vendidos muy por debajo de su valor de catálogo ahora afirma que valen lo que el catálogo indica; 2.- que D. Joaquín González, con extralimitación de sus funciones, actuó en el proceso en su nombre propio y propio interés, pretensionando de éste Tribunal la ampliación del objeto de la pericia, incluso más allá de lo solicitado por la parte que le propuso, asumiendo facultades que no le correspondían en ánimo de favorecer o beneficiar a una de las partes; y 3.- porque existiendo notoria similitud entre los procesos concursales de Afinsa bienes Tangibles, S.A. y Forum Filatélico, S.A., e identidad procesal en cuanto a la pretensión de valoración de los sellos mediante su valoración en catálogo, resulta que D. Joaquín González Figueras era miembro del Consejo de Administración de Forum Filatélico, S.A. al tiempo de emitir su informe pericial y al tiempo de ratificarle y exponerle en la vista celebrada ante éste Tribunal, lo que



permite concluir la existencia de un evidente ánimo de beneficiar o favorecer a una de las partes.

Consecuencia de ello es que su informe debe desmerecer en su valoración, al apreciar la concurrencia de circunstancias anímicas –derivadas de hechos objetivos– en el perito que desdican su imparcialidad y objetividad, presupuesto –Art. 335 L.E.Civil– esencial de una prueba pericial.

c.-) Valoración de la prueba.

Pero como la tacha y su apreciación no eximen del deber legal de valoración de la prueba, a que se refiere el Art. 376 L.E.Civil y del que la tacha es un elemento valorativo más, es momento de proceder a su examen.

De la lectura de la pericia practicada por D. Joaquín González Figueras, así como de su exposición, aclaración y ampliación –solo admisible en aras a un pleno ejercicio por la actora de su derecho a la tutela efectiva– resultó que aquel se conforma de distintos elementos inconexos extraídos de distintas páginas “web” españolas y extranjeras especializadas en filatelia, traducidas éstas de modo automático con medios informáticos y sin revisión posterior, careciendo dicho informe de los esenciales elementos que deben configurar una prueba pericial, cuales son 1.- la exposición del objeto de la pericia y la valoración de experto de aquel objeto, 2.- la exposición de las distintas operaciones realizadas por el perito para el examen de tal objeto, 3.- las técnicas y reglas científicas utilizadas en tales operaciones, 4.- las conclusiones técnicas y/o científicas alcanzadas y 5.- los razonamientos que llevan a aquellas conclusiones y la valoración de éstas desde la perspectiva del técnico; en cuanto –todos ellos– elementos básicos para 6.- la introducción en el proceso de conocimientos técnicos y científicos y 7.- la posterior ponderación y valoración de la pericia por las partes y el Juez, en cuanto profanos en tales conocimientos.

Pues bien, siendo así y frente a los extensos y razonados argumentos contenidos en la demanda respecto a las reglas del mercado, estado de la filatelia, conservación de la misma, carácter de los sellos desde la perspectiva de la estructura del mercado, los catálogos y su relevancia respecto a la fijación de precios, la revalorización de los sellos y las reglas del mercado que rigen la misma y los distintos criterios de valoración (págs. 90 a 167 de la demanda), en lógica contradicción con lo expresado en la pericial de valoración que acompaña al informe de la Administración



concurzal (informe pericial Anfil-Yepes, anexo digital A.7-26), la pericia de parte se limita -lisa y llanamente, sin más explicación- a sostener en conclusiones que la íntegra filatelia de Afinsa, S.A., estuviera o no adjudicada a inversores-clientes, tiene un valor catalogado de 2.128.399.868,07.-€, sin razonar en virtud de qué, cómo, por qué criterios técnicos y en base a qué examen y circunstancias, alcanza tal conclusión; dejando con ello huérfano de prueba a las alegaciones contenidas en demanda.

Pero aún más; como ya se indicó anteriormente [Fundamento de Derecho 3º], el activo impugnado por el cauce del Art. 96 L.Co., es el conformado por la Administración concursal siguiendo los mandatos contenidos en los Art. 82 y ss de la L.Co., de tal modo que imponiendo el apartado 3º del Art. 82 L.Co. atender al valor de mercado al evaluar los bienes y derechos que integran el activo; siendo que, frente a ello, el perito D. Joaquín González Filgueras se limitó a establecer su valor de catálogo, llegando a afirmar que desconocía y no podía informar sobre el valor de mercado de la filatelia que había examinado, de lo que puede concluirse que el informe no se ajusta a los extremos y criterios de valoración fijados legalmente para las partidas impugnadas, utilizando otros criterios que deben rechazarse.

d.-) Alegaciones sobre la prueba pericial de la Administración concursal.

Muestra la actora su disconformidad e impugna la valoración pericial realizada por la Administración concursal, sosteniendo (págs. 82 a 89) que tal valoración se asienta sobre elementos no representativos de la totalidad, la errónea conformación de las muestras, sus dudas sobre la cualificación de los expertos filatélicos que realizaron la misma y la valoración de mercado alcanzada.

Dejando al margen que la valoración pericial de la Administración concursal es la única aportada al proceso que se pronuncia sobre el valor de venta o valor de mercado de los sellos, tales alegaciones deben ser desestimadas.

Del examen del informe pericial Anfil-Yepes (soporte digital_Anexo A-7.26, parte 1 y 2) unido al informe de la Administración concursal, así como de su exposición en el acto de la vista y de las manifestaciones realizadas por los peritos, resulta como probado y relevante:



- en cuanto a los **catálogos**: 1.- que los mismos tienen una doble finalidad en el mercado filatélico tradicional, cual es la identificación de los sellos y la fijación de un precio de referencia, variando significativamente entre los sellos de una misma tirada, 2.- que el específico precio de mercado de un sello o elemento dentro de una misma serie o tirada lo determinan muchos factores, tales como la calidad de la impresión, su colorido, su centrado, sus perforaciones, su conservación, etc, por lo que no es posible que un catálogo recoja para cada pieza su valoración, limitándose a señalar una valoración de referencia a cada serie o tirada, salvo sellos significados, 3.- que pueden existir y, de hecho existen, confluencia de intereses en los redactores, asesores y colaboradores de los catálogos, en cuanto suelen dedicarse profesionalmente al mercado filatélico, 4.- que los propios catálogos de uso nacional (Edifil) e internacional (Yvert o Michel) advierten que sus precios son orientativas, eximiéndose de cualquier responsabilidad sobre una posible variación del precio real de compra o de venta en el mercado, 5.- que la propia Afinsa, S.A., a través de sus filiales dedicadas al comercio tradicional de sellos, realizaba ofertas a precio fijo o subastas referenciando las mismas al valor de mercado y al valor catalogado, para que el comprador pudiera valorar la diferencia, y 6.- que el catálogo "Brookman" y "Brookman Europa" –ampliamente utilizados por la concursada al valorar los sellos y adjudicarlos a los clientes- son poco conocidos y utilizados en el mercado nacional e internacional de filatelia, tanto para filatélicos o coleccionistas como –sobre todo- para un cliente sin conocimientos en filatelia.

- en cuanto a la formación de las **muestras para la pericia**: 1.- que el ingente volumen de la filatelia de Afinsa, S.A. hacía imposible su examen físico directo individualizado por los peritos, el cual habría durado unos 10 años, 2.- que el muestreo estadístico ha permitido, con un coste humano, temporal y económico muy inferior, obtener una valoración de los sellos, con un grado de error -sobre el global del fondo filatélico- mínimo, al extrapolar las observaciones y valoraciones de las muestras –en cuanto representan la totalidad- al conjunto a valorar, 3.- que para la conformación de las muestras, que luego examinaron los peritos filatélicos de Anfil, el matemático D. Ramón Yepes Rodríguez, utilizó una metodología estadística de universal aceptación para el fin perseguido –valorar la globalidad valiéndose de la valoración de una muestra representativa- denominada "dollar sampling", que permite la selección aleatoria de muestras filatélicas con la cualidad de presentar una altísima probabilidad





del valor del total fondo filatélico, mediante la adecuada estratificación de la totalidad de los sellos atendiendo a un elemento común de relevancia (época, país, calidad, catálogo utilizado para su valoración, series de emisión de los sellos, etc) y la selección aleatoria y proporcional de diversas muestras dentro de cada estrato; 4.- que el valor así alcanzado presenta unos niveles de probabilidad entre el 95% y el 99%, es decir, presenta un margen máximo de error del 5%, dato determinado mediante método universalmente aceptado llamado "*bootstrap*"; y 5.- que tales muestras, estratos y agrupaciones filatélicas se han conformado de modo objetivo, siguiendo normas estadísticas de aplicación nacional e internacional a distintas actividades — p.ej.: la auditoria de cuentas a grandes empresas o grupos- con la exclusiva finalidad de hallar el valor de mercado de la globalidad del fondo filatélico a partir de dichas metodología científica.

- en cuanto al **fondo filatélico global de Afinsa, S.A.**: 1.- que durante 25 años adquirió y acumuló al tiempo de la declaración concursal unos 150 millones de sellos, de distintas series, épocas y países, resultando una media de 6 millones de sellos anuales, 2.- que entre los sellos adquiridos -y que excepcionalmente vendía- existe una relevante parte de sellos sueltos (pertenecientes a series no completas en la mayoría de sus elementos), así como series nacionales, temáticas o históricas, incompletas en alguno de sus elementos, lo que disminuían sus valoraciones y hace difícil su venta en un tiempo razonable y por un valor razonable, 3.- que las colecciones completas adquiridas por Afinsa, S.A. fueron divididas y adjudicadas por piezas separadas a los distintos inversores y por su valor catalogado, lo que disminuía el valor de mercado de cada pieza respecto al conjunto, 4.- que la concursada había adquirido relevantes series de sellos no normales, por suponer pruebas, bocetos o propaganda, 5.- que del total fondo filatélico de Afinsa, S.A. el 85,90% estuvo o estaba asociada a los contratos CIT/CIF, de los que el 78,3% estaba adjudicado al algún contrato en el momento de la declaración concursal, 6.- que de igual total del fondo filatélico el 13,5% estuvo o estaba asociado a los contratos PIC/MIP, de los que el 11,9% estaba adjudicado a contratos al tiempo de la declaración concursal, 7.- que los sellos presentan muy diversa calidad entre sí, siendo de menor calidad los asociados a los contratos CIT y presentando mayor calidad los de los contratos PIC y MIP, y 8.- que era sabido y conocido en el mercado nacional e internacional de sellos la adquisición por Afinsa, S.A. de importantes —por su número- lotes de sellos de modo





masivo e indiferenciado, abonando por ello un precio entre el 15% y el 50% de su valor de catálogo, que luego eran adjudicados a los contratos por su valor catalogado en "Brookman" y "Brookman Europa".

Por todo ello, procede desestimar la pretensión impugnatoria y mantener la valoración del precio de mercado o venta del fondo global de la filatelia de Afinsa, S.A. en el importe fijado por la Administración concursal en el activo, cual es de 248.769.621,36.-€.

e.-) Documentos acompañados con la demanda.

Tales conclusiones no aparecen obstaculizadas por la extensa documental acompañada (soporte digital) con la demanda en lo relativo a la valoración de los sellos, cuales son las normas de revalorización (doc. nº 18), dictamen de D. Francesc Graus (doc. nº 19), anuncios de Bolaffi y Filatelia Casañas (docs. nº 22 y 23), cartas catálogo Michel y Unificato (docs. nº 24 y 25), normas por la que se rige la formación de los catálogos Edifill, Gibbons y Scott (doc. nº 27), cartas de comerciantes filatélicos afirmando la corrección de los precios de los catálogos (doc. nº 28), comparación entre catálogos (doc. nº 30), catálogo Edifil y Filabo –variedades- e Yvert et Tellier (doc. nº 31, 32 y 37, 55 a 62), precios obtenidos por algunos lotes filatélicos en subastas (doc. nº 36, 54) y medias anuales de revalorización de los sellos (doc. nº 37, 65, 68) y las valoraciones sobre calidad de los sellos del catálogo Edifil para España (doc. nº 70), pues tales valoraciones y afirmaciones debieron traerse al proceso a través de los expertos y peritos que los emitieron para su debate contradictorio en el acto de la vista, sin que pueda otorgarse valor probatorio capaz de integrar la convicción judicial a los documentos de valoración, de revalorización y medias de tales incrementos, en cuanto elaborados de modo unilateral por la parte actora, sin que impida tal conclusión los informes de importantes expertos nacionales e internacionales, pues no fueron traídos al acto de juicio para la ratificación de tales informes técnicos y de valoración.

Por último, no debe dejarse de mencionar, en cuanto especialmente relevante para la materia que nos ocupa, el doc. nº 13 de los acompañados (soporte digital) con la demanda, consistente en un listado y precios de adquisición de la filatelia adquirida por Afinsa, S.A. entre los años 1991 a 2006, de donde resulta [Histórico de compras] que la filatelia adquirida por aquella supuso un desembolso de 515.011.424,60.-€,





siendo que en su adjudicación contractual a los clientes ascendía a un valor de 2.100.000.000.-€ aproximadamente, por lo que no acreditada por la actora una real revalorización de los sellos en un 400% y que tales precios contractuales se correspondan con los precios de mercado, en cuanto único precio legalmente relevante –Art. 82.3 L.Co- procede mantener la valoración pericial contenida en el informe de la Administración concursal

C.2.- Valoración de las obras de arte.

a.-) Planteamiento de las partes.

Impugna la actora, igualmente dentro de las partidas de la masa activa, la valoración de las obras de arte (Anexo digitalizado A.2-2 de la masa activa), estimando la actora que su valor en venta podría alcanzar los 10.754.188,93.-€ frente a los 6.560.633.-€ fijados por la Administración concursal.

b.-) Valoración de la prueba

Debe significarse que tales obras de arte, diferenciadas de las antes descritas bajo la denominación “Colección Siglo XXI”, estaban destinadas a su venta directa por Afinsa, S.A. a través de su unidad de negocio “AfinsArt”, habiendo sido valoradas por Ansorena, S.A. y ratificado dicho informe por Dña. Blanca Laviña Richi; por lo que procede estar a dicha valoración, máxime cuando por la contraparte no se ha realizado prueba que permita desvirtuar la aportada.

C.3.- Valoración de los diamantes.

a.-) Planteamiento de las partes.

Impugna la actora, igualmente dentro de las partidas de la masa activa, la valoración de los diamantes (Anexo digitalizado A.2-4 de la masa activa), estimando la actora que su valor en venta podría alcanzar los 190.116,51.-€ frente a los 150.630.-€ fijados por la Administración concursal.

b.-) Valoración de la prueba.



Debe significarse que tales diamantes fueron adquiridos por Afinsa, S.A. en fecha 24-3-2006 (folio 361 informe Administración concursal), pero siendo distinto el valor de adquisición que el valor de mercado del Art. 82.3 L.Co. y siendo mero referente el primero, resulta que tales diamantes han sido valoradas por Ansorena, S.A. y ratificado dicho informe (Anexo digital A.2-1) por D. Jaime Mato Ansorena; por lo que procede estar a dicha valoración emitida por un gemólogo, máxime cuando por la contraparte no se ha realizado prueba que permita desvirtuar la aportada.

C.4.- Valoración de la colección “George Washington” y del denominado “Stock Afinsa Directo”..

a.-) Planteamiento de las partes.

Impugna la actora, igualmente dentro de las partidas de la masa activa, la valoración de la denominada “Colección George Washington” y del denominado “Stock Afinsa Directo”, alegando que el primero debe valorarse por encima de su valor de adquisición de 375.178,20.-€ (500.000.-\$), al tener un superior valor de mercado; impugnando igualmente la valoración del denominado “stock Afinsa Directo”, pues siendo su precio de adquisición de 127.711,94.-€, la minoración en un 50% realizada por la Administración concursal (folio 361 del informe) aparece injustificada.

b.-) Valoración de la prueba.

En cuanto a la primera de las partidas objeto de impugnación, debe señalarse que dicha colección se encuentra depositada en la compañía “Scrivener’s Stamps, Coins & Collectibles” con sede en Estados Unidos y que fue adquirida por Afinsa S.A. a la mercantil Greg Manning Auctions, Inc. (actualmente Escala Group, Inc.) el 30 de septiembre de 2003 por un precio de 500.000 dólares USA, habiendo optado la Administración concursal por mantener dicho importe –convertido a euros– como precio de mercado; sin que la actora impugnante alegue los motivos y razones para sostener la improcedencia de tal valoración, que debe mantenerse.

En cuanto a la segunda partida, cual es la relativa al denominado “stock Afinsa Directo”, compuesto por elementos de naturaleza heterogénea tales como lotes de monedas, artículos de regalo, material filatélico, obra gráfica etc., procediendo mantener la valoración de la Administración concursal, en cuanto la naturaleza de

dichos objetos hace aceptable estimar una minoración de su valor de mercado respecto al de adquisición.

D.-) Cuentas de acreedores.

Dos son las partidas de activo objeto de impugnación bajo tal epígrafe, cuales son las relativas a clientes al solicitar su incremento hasta el importe de 63.731.387,56.-€ y la cuenta de Hacienda Pública por importe de 22.174.692,38.-€; cuyo examen debe realizarse separadamente.

D.1.- Cuenta de clientes.

Alega y reclama la actora que procede la inclusión como activo de la concursada del importe de las cantidades mensuales pendientes de pago por los clientes-inversores, devengadas con anterioridad al 9-5-2006 [fecha de la intervención judicial de la concursada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional], estimando (nota 10ª a la página 181 de la demanda) que tales cantidades, en cuanto prestación total o parcial derivada de contrato de compraventa no resueltos, son exigibles y cuantificables en el activo. Frente a ello la Administración concursal (Anexos 11 y 13, digitalizados, del informe de masa activa) solo incluyen la cantidad de 187.729,49.-€ (no 167.729,49.-€ como por error de transcripción señala el demandante al folio 180), cantidades todas ellas a las modalidades contractuales de inversión en filatelia.

Tal pretensión debe ser desestimada. Y ello, en coherencia con lo afirmado anteriormente, porque las cantidades entregadas periódicamente por los clientes-inversores, o comprometidas o entregadas a cuenta, lo eran en concepto de depósito irregular a plazo con interés y no por contrato de compraventa de sellos, de lo que resulta que ninguna prestación pesaba sobre los inversores al tiempo de la intervención judicial (9-5-2006) o declaración concursal (14-7-2006), sino meras obligaciones unilaterales de reintegración de principal e intereses por la concursada; lo que fuerza a desestimar tal pretensión.

D.2.- Hacienda Pública.



a.-) Planteamiento de las partes.

Insta la actora la inclusión en el activo de la concursada de las cantidades adeudadas por la A.E.A.T. en concepto de ingresos indebidos de los tributos de IVA y Sociedades desde los años 1998 a 2005, alegando que cuantificados por la Administración concursal (págs. 365 y 366 del informe de la Administración concursal), procede su inclusión; a lo que se opone la Administración concursal, por razones de prudencia contable, en tanto no se liquiden aquellas cantidades por el cauce procedimental adecuado.

b.-) Normativa aplicable.

Tal pretensión de la actora debe ser parcialmente estimada, pues siendo exigible la inclusión de tales conceptos, debe desestimarse la cuantificación propuesta por la actora, en cuanto excederá –con mucho- de la reclamada

A este respecto debe señalarse que el Art. 76 de la L.Co al regular la composición de la masa activa y siguiendo el principio de universalidad de la responsabilidad patrimonial del concursado –en beneficio e interés de los acreedores- consagrado en el Art. 1911 del Código Civil, exige la inclusión en tal masa de todos los bienes y derechos, presente y futuros, sean ciertos o razonables expectativas de derechos, que integran o puedan integrar el patrimonio del concurso, sin más excepciones que las dispuestas legalmente.

En este sentido y siguiendo al Profesor D. ÁNGEL ROJO (Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I, página 1361 y ss) debe señalarse que *"...para que un bien o derecho del concursado pase a formar parte de la masa activa debe cumplir varios requisitos. En primer lugar, debe pertenecer al deudor, lo que no significa que sólo se incluyen los bienes unidos al insolvente por una relación de propiedad, sino que éste debe ser titular del derecho que recae sobre el bien, con independencia de su contenido... . En segundo lugar, debe tener naturaleza patrimonial... . En tercer lugar, debe ser susceptible de uso y realización o, si se prefiere, susceptible de producir utilidad o de convertirse en dinero, lo que excluye los inembargables e inalienables..."*, añadiendo (página 1379 y ss) que *"...forman parte del patrimonio del concurso todas las pretensiones que se deriven de la posición jurídica de la administración concursal, con independencia de su tiene su origen en la situación que ocupaba el deudor antes de la insolvencia o su se han creado "ex novo" por la actividad del órgano. Así, se*





incluyen las expectativas de cumplimiento de la contraparte en un negocio jurídico... . También integran la masa las facultades (expectativas de derecho) que deriven de la posición jurídica del deudor...".

Resulta evidente, tras el examen del informe de la administración concursal, de la que formaba parte la Hacienda Pública estatal al tiempo de su emisión, que **estando en situación de pérdidas en los ejercicios fiscales previos a la insolvencia**, la concursada abonó impuesto de sociedades declarando beneficios de explotación, tributación que genera una legítima y razonable expectativa de derecho a su **reintegración al patrimonio de la concursada**, lo que exige su inclusión en la masa activa de la concursada. Y del mismo modo resulta una razonable expectativa de derecho a la reintegración del IVA devengado, pues siendo que las operaciones de imposición a plazo o depósito irregular no están sujetas al mismo, se ha producido un indebido pago del mismo, lo que genera una expectativa de **reintegración a la masa activa**.

No impide tal conclusión la falta de fijación por la actora de su importe, pues tal determinación, atendiendo a la documentación obrante en la concursada y en organismos públicos, corresponde a la Administración concursal. Y, sobremanera, no impide tal conclusión la existencia de un proceso penal por el comportamiento presuntamente delictivo de administradores, directivos y socios de la concursada, pues encontrándonos ante la fase de determinación de la masa activa en la fase común del concurso, es exigible una contingente, ponderada, justificada y razonada inclusión de aquellas expectativas de derecho que puedan suponer incremento del patrimonio de la concursada, a lo que debe condenarse a la Administración concursal.

c.-) Perjuicio para los acreedores.

Pero aún más, a mayor abundamiento, tal cuantificación e inclusión resulta exigible en cuanto los pagos realizados por la concursada en concepto tributario de IVA y Sociedades a favor de la Hacienda Pública estatal, en los dos años anteriores a la declaración del concurso, pueden verse afectados de **acción rescisoria del Art. 71 y ss de la L.Co.** . En efecto, si tal como afirmó la A.E.A.T. en el informe emitido de modo previo a la intervención judicial de la concursada y tal como afirma la Administración concursal en su informe inicial, la situación patrimonial de la entidad concursada era de pérdidas en los ejercicios económicos examinados, alcanzándose





beneficio mediante la supuesta alteración de la naturaleza jurídica de los contratos y la supuesta manipulación de la contabilidad, resulta de modo indiciario la **inexistencia de hecho imponible** y el carácter injustificado de los pagos realizados por la concursada a favor de la A.E.A.T., con el consiguiente perjuicio de tales actos de disposición de numerario para la masa pasiva; y dado el carácter líquido de tales cantidades –pues basta examinar los documentos de pago para determinar tales cantidades- parece que no puede alzarse en obstáculo de tal acción las facultades de *autotutela declarativa* y *ejecutiva* legalmente atribuidas a la A.E.A.T., máxime cuando la Disposición Adicional 8ª de la Ley 58/2003, General Tributaria (en adelante L.G.T.), ordena la aplicación coordinada de las normas tributarias y concursales dentro de éste último procedimiento y la interpretación restrictiva de las facultades de autotutela administrativa para garantizar la igualdad de trato con aquellos acreedores comunes que carecen de aquellas facultades.

d.-) Impugnación de los pagos.

Más a más; y con igual carácter de mayor abundamiento, procede la inclusión en el activo de las cantidades entregadas por Afinsa a favor de la A.E.A.T. en los años anteriores a los abarcados por la posible acción rescisoria y reclamables por el cauce del Art. 71.6 L.Co., pues no existiendo hecho imponible su pago resulta carente de causa válida y lícita, sin que impida tal conclusión la existencia de proceso penal o la negativa de la A.E.A.T. a ejercer sus competencias de autotutela declarativa. Y ello, a mayor abundamiento: 1º porque la paralización de las actuaciones de gestión tributaria, de liquidación tributaria y de sanción tributaria recogida en el Art. 180 L.G.T. va dirigida a garantizar la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la potestad sancionadora del Poder Judicial en supuestos delictivos –por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero [RTC 2/2003]-; 2º porque a diferencia de la Ley General Tributaria de 1963, la vigente parece haber alterado la naturaleza del título ejecutivo nacido del pronunciamiento de responsabilidad civil contenido en sentencia penal, atribuyendo a la Administración Tributaria facultades de autotutela ejecutiva en supuestos delictivos aún cuando de conformidad con el Art. 117 de la Constitución corresponde a los Jueces y Tribunales ejecutar lo juzgado, lo que parece no justificar que pierda las meramente competencias declarativas liquidatorias; 3º porque a diferencia de la Ley



General Tributaria de 1963 (Exposición de Motivos V de la L.G.T. de 2003) la vigente separa tajantemente los procedimientos sancionadores de los declarativos –Art. 208.1 L.G.T.], sean de gestión tributaria o de liquidación tributaria, lo que permite deslindar claramente el ámbito del *non bis in idem* y determinar qué procedimiento administrativo puede y debe quedar –dentro del concurso- afectado por aquella suspensión y la finalidad que le es propia; 4.- porque parecen resultar radicalmente diversos los conceptos de *cuota defraudada* [Art. 305 C.P.] y *cuota tributaria devengada* [Art. 19 y 56 L.G.T.], de tal modo que mientras el primero parece que debe ser determinado autónomamente por la Jurisdicción penal, la determinación del segundo –que puede no coincidir con aquel, tanto por la inexistencia de dolo penal en parte de las deudas tributarias como por la existencia de ingresos tributarios indebidos- parece corresponder a la *autotutela declarativa* de la Administración Tributaria; y 5.- porque parece que la Resolución administrativa firme que liquida la deuda tributaria –aún agotada la vía contenciosa administrativa o mercantil en supuestos concursales- no vincula al Orden jurisdiccional penal, al ir referida a objetos procesales diversos y a conceptos tributarios distintos.

Todo ello obliga a desestimar el **pedimento 1.6** y **pedimento 1.5** de la demanda – éste en lo relativo a la masa activa-, si bien con la salvedad indicada.

NOVENO.- Impugnación de las partidas de la masa pasiva.

Igualmente y bajo el ordinal 5º del suplico de la demanda, impugna la actora e insta la modificación de determinadas partidas de la masa pasiva; conceptos e importes que deben examinarse por separado, a la luz de las conclusiones antes fijadas, tanto respecto a la naturaleza de los contratos como a la conformación de la masa activa.

A.-) Listado de acreedores por contratos CIF/CIT/MIP/PIC.

Frente a la inclusión por la Administración concursal de los créditos de los 190.022 inversores-clientes [Anexo 1, digitalizado, de la masa pasiva] unidos a la concursada por los contratos citados, por los importes individualizados señalados y por el importe global de 2.403.454.306,65.-€ [Anexo 2, digitalizado, de la masa pasiva], alega la actora que tales acreedores e importes han de ser excluidos del listado, pues tratándose de obligaciones derivadas de contrato de compraventa de filatelia, no



resueltos judicialmente, ninguna obligación de pago pesa sobre la actora concursada y sí la obligación de la entrega de los sellos a sus compradores; por todo lo cual solicita la minoración de tal partida a los 32.322.972.-€ debidos a terceros no vinculados por los citados contratos.

A.1.- Reiteración de lo manifestado en Fundamentos de Derecho 5º y 6º.

Baste para desestimar tal cuestión reiterar lo ya manifestado anteriormente al resolver sobre la naturaleza jurídica de los contratos (Fundamento de Derecho 5º) y sobre la propiedad de los sellos (Fundamento de Derecho 6º); de tal modo que siendo éstos propiedad de Afinsa, S.A. y teniendo la actora la propiedad del numerario recibido de los clientes-inversores –en cuanto característica esencial del depósito irregular de dinero, sea o no remunerado–, ostentan éstos inversores la cualidad de acreedores de la concursada por el principal entregado y de los intereses remuneratorios devengados hasta la declaración concursal; siendo calificables los primeros como ordinarios y los segundos como subordinados, de conformidad con los Art. 89.3 y Art. 92, ambos de la L.Co. .

A.2.- Vigencia de los contratos y pendencia de obligaciones recíprocas.

En lógica coherencia y en lógica reciprocidad de las prestaciones derivadas de la alegada compraventa, alega la parte actora, tanto como fundamento de su pretensión de exclusión de la filatélica adjudicada a los inversores-clientes del inventario de la masa activa –ya examinada– como de la exclusión de los clientes-inversores por contrato del listado de acreedores de la masa pasiva, que los cientos de miles de contratos de compraventa formalizados por Afinsa, S.A. con sus clientes no han sido resueltos por la Administración concursal, de tal modo que teniendo obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso, procede su cumplimiento, por el cauce del Art. 61.2 y 62 de la L.Co., con entrega de su precio a los clientes y la adquisición de la filatelia por la concursada.

Tal alegación (págs. 332 y 333 de la demanda para la masa activa; y págs. 188 y 194 para la masa pasiva), debe ser desestimada, pues partiendo la misma de la real y efectiva existencia de contratos de compraventa, tal basamento ha sido rechazado por este Tribunal, de tal modo que encontrándonos ante depósitos irregulares por plazo determinado y remuneración fijada contractualmente de modo





previo –todo ello referenciado a un mero valor contractual de referencia determinado por los sellos y su valor de catálogo-, sólo restaban, al tiempo de la declaración de concurso, obligaciones para una de las partes, cual era la concursada, lo que fuerza a incluir en la masa pasiva las obligaciones de pago asumidas por la actora con sus clientes-; de tal modo que tratándose de contratos sujetos al Art. 61.1 de la L.Concursal, procede la inclusión del crédito de los contratantes con Afinsa, S.A. en el listado correspondiente para los acreedores ordinarios y subordinados, pues no existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y la ausencia de bilateralidad en las prestaciones impide la aplicación del Art. 1124 del Código Civil.

En este sentido señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 16 mayo 1996 [RJ 1996\4348], en punto a la resolución contractual por incumplimiento del Art. 1124 C.Civil, que son “...requisitos de aplicación: a) la reciprocidad de las obligaciones en juego, no de obligaciones unilaterales, sino bilaterales; b) la exigibilidad de las mismas; c) el cumplimiento por el accionante de la obligación que le incumbía; y d) una voluntad obstativa al cumplimiento por la parte denunciada como incumplidora...”; por lo que siendo unilateral la obligación invocada por el demandante, no le asiste la facultad resolutoria invocada.

No impide tal conclusión el hecho de que al tiempo de que el inversor reciba el principal y su remuneración deba hacer entrega de los sellos, pues siendo ellos garantía de un depósito irregular remunerado a plazo, la restitución de obligación accesoria, no desvirtúa la unilateralidad de la obligación, tratándose de un supuesto de bilateralidad imperfecta. En este sentido y siguiendo al profesor D. LUIS DíEZ PICAZO (Sistema de Derecho Civil, Vol. II, pág. 39) debe indicarse que “...como un género intermedio, algún sector de la doctrina ha situado los llamados sinalagmáticos ex post facto, que son aquellos contratos en los que las obligaciones que de los mismos se derivan recaen sobre una de las partes, pero en el momento de su liquidación pueden imponer obligaciones a cargo de la otra. En el depósito o comodato, dentro de la tesis que los conceptúa como reales, no hay más obligación que la de restituir a cargo del depositario o comodatario, pero en el momento de la extinción del contrato pueden surgir obligaciones a cargo del depositante o comodante, como son las de resarcir los gastos sufridos por el depositario o comodatario para la conservación de la cosa. No es pacífica esta categoría y la mayoría mayoritaria tiende a no sujetarlos a las mismas normas que los bilaterales o sinalagmáticos puros...”; añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid,





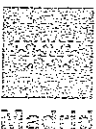
Sección 10ª, de 12 de julio de 2004 [AC 2004\1902], al analizar los presupuestos de la acción resolutoria por contrato no cumplido, que *"...Dicha reciprocidad e interdependencia ha de resultar de la mediación entre las partes de un contrato bilateral o sinalagmático, «requisito básico –dice la sentencia de 8 de julio de 1993 (RJ 1993\6472)– para que pueda prosperar la exceptio non adimpleti contractus». De hecho su sola existencia se cita por parte de la doctrina como requisito para el ejercicio de la excepción y para rechazar la aplicabilidad de la exceptio a las situaciones que, sin tener su origen en contratos sinalagmáticos, implican relaciones sinalagmáticas y a las denominadas obligaciones bilaterales imperfectas..."*.

Resulta de ello que la mera obligación de restitución de la garantía –accesoria por naturaleza de la principal- junto con el posible abono de gastos, comisiones, tributos, etc, no supone verdadero y propia sinalagma, tal como fue diseñado y configurado en el complejo negocio jurídico configurado por las partes y generador de las obligaciones ahora invocadas.

A.3.- Imposibilidad de cumplimiento y efectos sobre el concurso.

Pero aún más; aún en el supuesto en que se estimara la bilateralidad de las prestaciones –que este Tribunal rechaza- o que se optase por aplicar a la bilateralidad imperfecta las normas sobre ineficacia negocial por incumplimiento prevista para las obligaciones puramente bilaterales –que la doctrina jurisprudencial citada rechaza-, la prestación pedida por los demandantes ha resultado en el pasado y resulta en la actualidad jurídicamente imposible, de conformidad con el Art. 1184 del C.Civil, lo que hace no aplicable el Art. 62.1 L.Co que invoca la coadyuvante Afinsa, S.A. e igualmente inaceptables las consecuencias inherentes a tal precepto sobre la calificación del crédito.

En este sentido señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 30 de abril de 2002 [RJ 2002\4041] que *"...Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: 1.–La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar «ex» art. 1182, SS. 21 febrero 1991 [RJ 1991\1518], 29 octubre 1996 [RJ 1996\7484], 23 junio 1997 [RJ 1997\5201]) recoge una manifestación del principio «ad impossibilia nemo tenetur»*





(Sentencias 21 enero 1958 [RJ 1958\220] y 3 octubre 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles («impossibilium nulla obligatio est»: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (Sentencias 15 febrero [RJ 1994\1316] y 21 marzo 1994 [RJ 1994\2560], entre otras); **2.**—La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a los «casos y circunstancias» (Sentencias 10 marzo 1949 [RJ 1949\269], 5 mayo 1986 [RJ 1986\2339] y 13 marzo 1987 [RJ 1987\1480]), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 (RJ 1994\2949) a la imposibilidad económica), **o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica** (Sentencias, entre otras, 15 diciembre 1987 [RJ 1987\9434], 21 noviembre 1958, 3 octubre 1959, 29 octubre 1970 [RJ 1970\4473], 4 marzo [RJ 1991\1714], 11 mayo 1991 [RJ 1991\3658] y 26 julio 2000 [RJ 2000\9177]); **3.**—A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 octubre 1994 [RJ 1994\7458]), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (Sentencias, entre otras, 8 junio 1906, 10 marzo 1949 [RJ 1949\269], 6 abril 1979, 5 mayo 1986 [RJ 1986\2339], 11 noviembre 1987 [RJ 1987\8372], 12 mayo 1992 [RJ 1992\3917], 12 marzo 1994 [RJ 1994\1742] y 20 mayo 1997 [RJ 1997\3890]), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia 6 octubre 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (Sentencias, entre otras, de 15 y 23 febrero [RJ 1995\683], 12 marzo y 6 octubre 1994); **4.**—La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 marzo 1987 [RJ 1987\1480]) —que sólo tiene efectos suspensivos (S. 13 junio 1944 [RJ 1944\893])—, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 junio 1906); **5.**—No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. 22 febrero 1979 [RJ 1979\523] y 11 noviembre 1987 [RJ 1987\8372]); **6.**—Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (Sentencia 20 marzo 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (Sentencias 2 enero 1976 [RJ 1976\22] y 15 diciembre 1987), o le es imputable (Sentencias 7 abril 1965 [RJ 1965\2118], 7 octubre 1978, 17 enero [RJ





1986\104] y 5 mayo 1986, 15 febrero 1994, 20 mayo 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (Sentencias 15 febrero y 23 marzo 1994, 17 marzo 1997 [RJ 1997\1980], y 14 diciembre 1998 [RJ 1998\9892]), o se podía conocer (S. 15 febrero 1994), o era previsible (SS. 7 octubre 1978, 15 febrero 1994 y 4 noviembre 1999 [RJ 1999\8001]), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 febrero 1994). La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanística de la finca; 7.—No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (Sentencias 8 junio 1906, 7 abril 1965, 6 abril 1979, 12 marzo 1994, 20 mayo 1997, entre otras). La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento; y, 8.—Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182; y S. 23 febrero 1994 [RJ 1994\1255])...”.

De tal doctrina resulta que por Autos de Autoridad judicial competente de fechas 11-5-2006 y 16-5-2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de los de la Audiencia Nacional, dictados en Diligencias Previas nº 134/06 se ordenó el bloqueo e inmovilización de las cuentas, depósitos y demás instrumentos financieros de la concursada, así como el precinto y depósito judicial de toda la filatelia en posesión o propiedad de la concursada, así como la suspensión de la obligación de pago de los inversores a la concursada, suspendiendo las obligaciones nacidas de los contratos filatélicos a cargo de los clientes y a favor de la concursada; y todo ello con invocación del Art. 129 del Código Penal en relación con el Art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en evitación de continuación de actuación presuntamente delictiva y de su reiteración, ordenando el cese global de la actividad de la concursada; todo ello mediante medida cautelar de carácter inicialmente provisional que se prolonga desde hace más de un año y puede extenderse —por disposición legal— como consecuencia accesoria de la pena, en su caso; circunstancias de hecho que dotan, en este momento procesal, de un carácter definitivo a tal cesación de actividad en el momento del vencimiento de las obligaciones a plazo, pues cesada por mandato legítimo la actividad de la concursada, el actor no puede reclamar de modo válido el cumplimiento de la obligación, so pena de quebrantar medida cautelar y orden judicial de cesación de actividad vigentes al tiempo del vencimiento de la obligación de restitución de las cantidades invertidas en la concursada.





Por ello y aún en el supuesto en que se estimara la bilateralidad de las prestaciones –que este Tribunal rechaza- o que se optase por aplicar a la bilateralidad imperfecta las normas sobre ineficacia negocial por incumplimiento prevista para las obligaciones puramente bilaterales –también rechazada por la doctrina jurisprudencial mencionada-, apreciada la imposibilidad sobrevenida respecto a la obligación de restitución del principal invertido y su remuneración, debe recordarse que es doctrina jurisprudencial recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11 de noviembre de 2003 [RJ 2003\8290] que “...*si bien tal imposibilidad sobrevenida determina la extinción de la obligación, esto no significa que el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando, como en este caso sucede, ya había ingresado en su patrimonio el precio convenido como contraprestación de una obligación de hacer que no va a cumplir. Es decir, no puede ser exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible, pero, en aras de la buena fe y de la equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, si le incumbe proceder a la devolución de las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido del otro contratante...*”; restitución que el presente caso se alcanzaría, dentro del concurso y según sus propias normas, mediante la inclusión del crédito en el listado de acreedores; lo que llevaría a la aplicabilidad del Art. 61.1 de la L.Co a los supuestos de extinción de las obligaciones –en sus respectivos vencimientos- por imposibilidad legal sobrevenida del Art. 1184 C.Civil dispuesta judicialmente con anterioridad a la declaración del concurso cuando existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento del Art. 61.2 L.Co y una de las partes ya ha cumplido la suya; pues a los efectos del concurso lo relevante es la pendencia o no de obligaciones en una o en ambas partes al tiempo de la declaración del concurso, de tal modo que si con anterioridad a la declaración del concurso una de las obligaciones recíprocas deviene en imposibilidad legal de cumplimiento, pero al tiempo de la declaración del concurso la contraparte no ha cumplido la suya, quedarán liberadas ambas sin resarcimiento alguno, para resultar de aplicación el Art. 61.1 L.Co a los supuestos de cumplimiento previo de la prestación posible física y legalmente.

B.-) Pagars pendientes de pago (CIT y PIC) y deudas representada por anticipo de compras de filatelia (PIC).



Finalmente, insta la actora la inclusión en la masa pasiva de la cantidad de 89.161.081.-€ en concepto de importes de pagarés pendientes de abono a fecha 14-7-2006 y derivados de contratos CIT y PIC, así como una cantidad estimada en 64.000.000.-€ en concepto de precio aplazado adeudado por Afinsa, S.A. a proveedores de filatelia para la adquisición de mayores fondos filatélicos.

Tales inclusiones deben ser rechazadas, pues basándose la primera en la existencia de obligaciones de pago de "revalorizaciones" derivadas de la intermediación en la reventa a tercero o recompra por Afinsa, S.A., dichas calificaciones jurídicas han sido inadmitidas, suponiendo realmente tales pagarés el abono de intereses remuneratorios, ya incluidos por la Administración concursal por el cauce del Art. 92.3 de la L.Co.; y procede desestimar la partida de 64 millones de euros por hipotética y estimativa, carente de toda prueba.

Procede, por ello, la desestimación del **pedimento 1.5** en lo relativo a la masa pasiva.

DÉCIMO.- Costas.

Dispone el Art. 196.2 L.Concursal que la sentencia que recaiga en este tipo de incidentes se rige en materia de costas por lo dispuesto en art. 394 L.E.Civil en cuanto a su imposición, es decir, el principio del vencimiento objetivo.

Ahora bien, dada la estimación parcial de la demanda y estimando éste Tribunal que los temas planteados resultan seriamente dudosos en Derecho, al no haber jurisprudencia sobre una Ley novedosa, que sólo se asentará tras el paso del tiempo y una prolongada labor de la doctrina científica y jurisprudencial, procede no hacer imposición de las costas, de tal modo que cada una abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitades.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda formulada a instancia de **AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.**, quien compareció representada por el Procurador Sr.



Torres Álvarez y asistida de los Letrados D. Javier Gómez de Liaño y Botella y de D. Pedro Luis Elvira Martínez; contra la **1- ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (O.C.U.)**, representada por la Procuradora Sra. De Zulueta Luschinger y asistida del letrado D. Ricardo Ibáñez Castresana, en su condición de coadyuvante; contra **2- DÑA. TERESA CRESPO DE LA ROSA Y OTROS 59.006 AFECTADOS**, representados por la Procuradora Sra. Torrecilla Jiménez y asistidos del Letrado D. José María Gil-Robles, en su condición de coadyuvante; contra la **3- AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (A.E.A.T.)**, representada y asistida por la Abogacía del Estado, en su condición de coadyuvante; contra la **4- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS (A.D.I.C.A.E.)**, representada por el Procurador Sr. De Miguel López y asistida de los Letrados D. Juan Francisco Llanos Acuña y D. Agenor Gómez Álvarez, en su condición de coadyuvante; contra **5- D. ALBERTO GRANDE BLÁZQUEZ Y OTROS**, representados por el Procurador Sr. Conde de Gregorio y asistidos de los Letrados D. Álvaro Baillo Osorio y D. Guillermo Alcover Garau, en su condición de coadyuvantes; contra **6- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS_CONSUMO**, representada por el Procurador Sr. Rodríguez Teijeiro y asistida de la Letrado Dña. María Isabel Cámara Rubio, en su condición de coadyuvante; contra **7- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS_EMPRESAS**, representada por el Procurador Sr. Rodríguez Teijeiro y asistida de la Letrado Dña. María Isabel Cámara Rubio, en su condición de coadyuvante; y contra la **8- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**, asistida del Letrado administrador concursal D. Javier Díaz-Gálvez de la Cámara; debo condenar y condeno a la Administración concursal a incluir en la determinación de la masa activa del concurso una contingente, ponderada, justificada y razonada cuantificación de aquellas expectativas de derecho derivadas de reintegros o devoluciones de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por los impuestos y tributos a que se refieren en su informe concursal en sus páginas 296, 297 y 374; absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones formuladas, manteniendo las demás partidas de activo, de pasivo, valoraciones y calificaciones crediticias contenidas en el informe de la Administración concursal; sin hacer imposición de las costas.

No ha lugar a la imposición de sanción del Art. 183.5 y 247 L.E.Civil a **D. GABRIEL RUIZ RAMÍREZ**.





Administración
de Justicia

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, es definitiva, **NO** siendo susceptible de recurso alguno, pero las partes podrá reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de **CINCO DÍAS** a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución; y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E\

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.



Administración de Justicia