

3/02/09

JUZGADO DE LO MERCANTIL
NÚMERO SEIS
MADRID

ES COPIA

SENTENCIA Nº 36/09.

En la villa de Madrid, a NUEVE DE ENERO DE DOS MIL NUEVE.

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 419/07**; seguidos a instancia de **DÑA. AGAPITA IGNACIO FRAGUAS y OTROS**, representados por el Procurador Sr. Torrecilla Jiménez y asistidos del Letrado D. José María Gil-Robles; contra **AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.**, representada por el Procurador Sr. Torres Alvarez y asistida del Letrado D. Pedro Luis Elvira; y contra la **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 30-4-2007 que fue turnada a este Juzgado, contra los ya citados demandados, por los cauces del incidente concursal, interesando en el suplico de su demanda: **a.-)** se declare que el crédito de los actores es crédito contra la masa y no concursales, condenando a la Administración concursal a excluirlos de la relación de acreedores concursales y a incluirlos en la relación de créditos contra la masa por las cuantías expresadas en el hecho 2º de éste escrito; **b.-)** de modo subsidiario y para el improbable caso de que no se estimase el anterior pedimento, declarar que son en su totalidad créditos con privilegio especial y condenar a la Administración concursal a incluirlos en la relación de acreedores por el total importe reclamado en su día y que ha consignado en el hecho 2º de la demanda; **c.-)** declarar asimismo que procede incluir en el inventario

de la masa activa el resultado prudencialmente estimado de la acción de reclamación a la Hacienda Pública de la devolución de los impuestos indebidamente abonados; y **d.-)** condenar en costas a quienes se opusieran a la demanda; 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.- Por Providencia de fecha 11-5-2007 [Tomo IV, in fine] se requirió la subsanación de defectos de copias y documentos, siendo cumplimentado tal requerimiento mediante escrito de 1-6-2007 [Tomo V], siendo admitida a trámite la demanda formulada mediante Providencia de 14-6-2007, 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 26-7-2007 del Procurador Sr. Torres Alvarez en representación de la concursada Afinsa Bienes Tangibles, S.A. se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse parcialmente a la misma, en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Por escrito de 20-5-2008 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.

CUARTO.- Admitidas a trámite las contestaciones, por Providencia de fecha 26-5-2008, 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; que fue suspendida y señalada nuevamente mediante Proveído de 3-7-2008.

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. José María Gil-Robles Gil-Delgado, ratificando parcialmente su escrito de demanda, aportando nota escrita, junto a la documental acompañada en dicho acto, relativa al objeto litigioso subsistente [Tomo prueba documental], interesando los medios de prueba que estimaron oportunos.

Compareció, en el modo antes señalado y asistida del Letrado D. Javier Elvira Gómez de Liaño, la demandada Afinsa Bienes Tangibles, S.A., ratificando parcialmente su escrito de contestación y su solicitud de dictado de sentencia ajustada a Derecho, dejando imprejuzgada su acción en su propio incidente concursal.

Finalmente, compareció la demandada Administración concursal, asistida en el modo indicado, ratificando su escrito de contestación a la demanda, proponiendo los medios de prueba que estimó oportunos.

SÉPTIMO.- Admitida 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.

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.- *Contenido de la impugnación.*

La primera de las pretensiones hechas valer por los actores es la relativa a la modificación de la clasificación crediticia, sosteniendo que frente a la calificación de sus créditos como ordinarios, procede su clasificación como extraconcursoales y, por ello, su calificación como créditos contra la masa y prededucibles, alegando que pendientes -los contratos de los actores- del cumplimiento de obligaciones recíprocas,

las cantidades adeudadas por Afinsa, S.A. a sus clientes deben satisfacerse con cargo a la masa.

Para resolver tal cuestión, así como sobre la existencia o no de privilegio especial por derecho real de prenda –pretensión subsidiaria de la anterior-, 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.

TERCERO.- Naturaleza jurídica de los contratos.

A.-) 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 concierne 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, SSTTS 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 obligacional 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])...”.

B.-) 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 mas 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.

C.-) 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.

D.-) 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.

E.-) 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.

CUARTO.- Créditos contra la masa.

A.-) Prestaciones pendientes.

Así fijada la naturaleza de los contratos, su calificación y su ajustada interpretación, es momento de retomar las normas concursales y los efectos del concurso sobre aquellos, de tal modo que tratándose de contratos sujetos al Art. 61.1 de la L.Concursal, en cuanto tratándose de contrato de depósito tras cuya constitución sólo restan obligaciones unilaterales consistentes en la devolución del numerario con su correspondiente retribución, procedería la inclusión del crédito de los actores en el listado correspondiente para los acreedores ordinarios, 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 –como en el presente caso-, 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.

B.-) Imposibilidad de cumplimiento.

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, la prestación pedida por demandante 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 el demandante 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, 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.

QUINTO.- Créditos privilegiados.

Desestimada la pretensión de la calificación de créditos contra la masa, procede examinar la pretensión subsidiaria, cual es la declaración de tales créditos como privilegiados de naturaleza especial sobre los lotes filatélicos.

Fijada anteriormente la naturaleza de los contratos, su calificación y su ajustada interpretación, debe estimarse que la utilización de lotes filatélicos para la concreción del importe de la inversión y la fijación de su revalorización posterior, quedando el poder y posesión de la concursada, no responden a un derecho real de garantía de la obligación dineraria de restitución de principal e intereses. Y ello, no solo por la propia mecánica del contrato y su naturaleza jurídica, sino porque: **1.-** siendo el derecho real de garantía que exige como elemento esencial la transmisión de la posesión del deudor al acreedor, los lotes permanecían en posesión de la concursada, por lo que mal puede invocarse un derecho real de prenda cuando los propios demandantes reconocen que no tenían ni tuvieron la posesión de los lotes; y **2.-** porque es esencial al carácter real de la prenda y su oponibilidad a terceros –erga omnes- la constancia indubitada de la fecha de su constitución –con entrega simultánea de la posesión- y de la descripción, identidad y características de la cosa mueble entregada- pues solo así el derecho real alcanzará su verdadera naturaleza, fijando ante terceros su constitución y el bien sobre el que recae; circunstancias todas ellas no concurrentes en el presente caso.

Abunda en tal conclusión el examen de la documental acompañada por los actores con sus escritos de personación y los aportados con la comunicación de sus créditos, al faltar el requisito recogido en el Art. 1865 del C.Civil, en cuanto exige documento público; y por tales el Art. 1216 del mismo Texto Legal califica a los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades de

la Ley, atribuyendo –a efectos probatorios- el Art. 317 de la L.E.Civil tal carácter a los señalados, sin que entre unos y otros se incluyan los documentos privados firmados por las partes y que se aportan con su demanda.

Procede, por ello, la desestimación de tal pretensión subsidiaria.

SEXTO.- Hacienda Pública estatal.

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 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: ¹⁻ 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]- ; 2.- 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; 3.- 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 estimar la pretensión de inclusión en la masa activa de la ponderación razonable de las cantidades objeto de restitución por pagos indebidos de tributos realizados por Afinsa, S.A. a la Hacienda Pública estatal.

SEPTIMO.- Cuestiones divergentes subsistentes relativas a contratos individuales y reclamaciones individualizadas.

Dicho lo anterior, resta por examinar las cuestiones de carácter concreto e individualizado, subsistentes al momento de la vista –nota unida al Tomo de prueba documental-.

Para la obtención de la necesaria claridad en el examen de las pretensiones y dado que la Nota de la actora sigue la sistematización adoptada por la Administración concursal en su escrito de contestación y soporte documental informatizado –fichero listado completo-, en cuanto expuesto en demanda, es adecuado mantener tal sistemática y examinar las pretensiones subsistentes con tal orden expositivo.

• **Listado A: Acreedores excluidos por no figurar en el sistema informático de la concursada.**

De la extensa relación de actores contenidos en demanda, en el acto de la vista se procedió a mostrar conformidad por la actora con las manifestaciones realizadas por la Administración concursal respecto a tales cuestiones en la pestaña a) del archivo informático “excel” unido a la contestación, por lo que sus manifestaciones y conclusiones contenidas en la columna “ I ” deben llevarse, en cuanto supongan reconocimiento de titularidad o cotitularidad, al informe definitivo.

Debe desestimarse la pretensión de inclusión de Dña. Aranzazu Mena Tobajas respecto al contrato CIT nº 367896, al no aportarse copia del contrato y por resultar el mismo, según sistema informático de la concursada, a nombre de otra persona, como resulta del archivo informático “excel” de nombre “lista a” recogido en soporte digital unido a la contestación a la demanda (fila 31).

Debe, igualmente, desestimarse la pretensión de inclusión de Dña. Miren Mirari Beloki Leiza respecto al contrato PIC nº 777969, al no aportarse copia del contrato y por resultar el mismo inexistente, según sistema informático de la concursada, como resulta del archivo informático “excel” de nombre “lista a” recogido en soporte digital unido a la contestación a la demanda (fila 143).

Por último, debe igualmente desestimarse la pretensión de inclusión de Dña. Purificación Díez Díez respecto al abono de 6.810.-€ para la formalización de contrato, al no constar su recepción por la concursada ni su ingreso en su patrimonio, según sistema informático de la concursada, como resulta del archivo informático “excel” de nombre “lista a” recogido en soporte digital unido a la contestación a la demanda (fila 167).

● **Listado B: Acreedores incluidos por contratos que no son de su titularidad.**

Mostrando conformidad por los actores con lo manifestado por la Administración concursal en la pestaña “b”, columna “ I “del archivo informático “excel” con el nombre “listado completo” recogido en el soporte digital unido a la contestación a la demanda de la mencionada Administración, a ello debe estarse; de tal modo que las razones, motivos, titularidades o cotitularidades recogidas, deben pasar -en lo que sea pertinente- al informe definitivo, dada la conformidad de las partes.

● **Listado C: contratos liquidados por Afinsa, S.A. .**

Mostrando conformidad por los actores con lo manifestado por la Administración concursal en la pestaña “c”, columna “ I “del archivo informático “excel” con el nombre “listado completo” recogido en el soporte digital unido a la contestación a la demanda de la mencionada Administración, a ello debe estarse; de tal modo que las razones, motivos, titularidades o cotitularidades recogidas, deben pasar -en lo que sea pertinente- al informe definitivo, dada la conformidad de las partes.

Procede igualmente la desestimación de la pretensión mantenida por Dña. María García Coy, pues resultando la existencia de contrato PIC nº 212449, la actora no ha acreditado mediante soporte documental el haber abonado las cantidades que señala, cuando era carga procesal de la misma el aportar el documento bancario o de entrega o cualquier otro medio de prueba del pago.

● **Listado D: contratos nulos.**

Integrado tal listado por dos actores, los dos mantienen su pretensión; de tal modo que resultando de los soportes informáticos de la concursada que D. Francisco Javier Rodríguez Jimeno formalizó el contrato en fecha 5-5-2006 y que no llegó a realizar ningún pago que ingresase en el patrimonio de Afinsa, S.A. –nada acredita el actor, cuando a él correspondía, sobre tal ingreso- procede mantener la no inclusión del actor; debiéndose adoptar igual conclusión respecto a Dña. María Escudero Jiménez, pues si bien existe acuerdo entre las partes respecto a la entrega del talón, nunca fue realizado y el pago no ingresó en el patrimonio de Afinsa, S.A. antes de la declaración

concurzal, por lo que válidamente podrá ser puesto a disposición de la actora, manteniendo la exclusión del listado de acreedores.

• **Listado E: contratos no existentes.**

En cuanto a la pestaña “e” del archivo informático “excel” con el nombre “listado completo” recogido en el soporte digital unido a la contestación a la demanda de la Administración concursal, los tres actores mantienen su pretensión de reconocimiento e inclusión; pretensión que debe ser desestimada, al resultar de la documentación acompañada a dicha hoja y pestaña –mediante fichero “pdf” adjunto a dicha hoja de cálculo- que los contratos e importes objeto de reclamación están adjudicados a terceras personas; sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a los actores contra los agentes o colaboradores que pudieran haberse apropiado del dinero entregado a éstos, el cual nunca ingresó en el patrimonio de Afinsa, S.A. .

• **Listado F: contratos de agentes y asesores.**

A.-) Reclaman los agentes de Afinsa, S.A. las comisiones contractualmente pactadas y devengadas desde la intervención judicial de Afinsa, S.A. por los Juzgados Centrales de Instrucción (9-5-2006) hasta la declaración judicial de concurso necesario (14-7-2006).

B.-) Para resolver tal cuestión debe partirse, a criterio de este Tribunal, de la propia naturaleza jurídica y elementos del contrato de agencia. En tal sentido señala la reiterada jurisprudencia, recogida entre otras muchas por la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, Sección 13ª, de 13 marzo 2002 [AC 2002/986] que “...son sus notas características: **a)** la independencia o autonomía del agente, al no quedar vinculado por una dependencia laboral con el empresario por cuya cuenta actúa [arts. 1 y 9.2 c) Ley, 1.2 Directiva]; **b)** la de promoción de actos o de operaciones de comercio o la de conclusión de aquellos promovidos por él, siempre por cuenta del empresario por el que actúa (causa del contrato), **c)** la permanencia o estabilidad que permiten calificarlo como un contrato de duración que puede ser por tiempo determinado o indefinido (art. 23; en este caso –que se presume si no se señala una duración determinada– operan las previsiones del art. 25 y en caso de resolución sin

justa causa, el empresario debe indemnizar conforme a los arts. 28 y 29, si se dan sus requisitos), d) su carácter retribuido; destacándose que, siempre que se pacte expresamente, puede asumir el riesgo y venturar de las operaciones promovidas o concluidas por cuenta del empresario, formalidad que se impone de forma expresa y con necesidad de expresar la comisión a percibir, de forma que se concibe de modo facultativo dicha asunción, previo pacto, como excepción (siendo la regla general la no atribución al agente de responsabilidad alguna en caso de que el negocio no obtuviera el éxito pretendido), por tanto, por escrito, como requisito «ad solemnitatem»...», añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, de 16 de marzo de 2001 [AC 2001\851] que "...La regulación del contrato de agencia en el Derecho español como contrato mercantil hasta 1992 atípico, acogido al principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y sometido a las normas generales de las obligaciones contenidas en los Códigos Civil (artículos 1088 y siguientes) y de Comercio (artículos 50 y siguientes, artículos 244 a 280), ha pasado a ser objeto de expresa regulación imperativa –con algunas materias en las que se deja a salvo la previsión en contrario por las partes– con la promulgación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia (en adelante, LCA), publicada con la finalidad, entre otras, de incorporar al Derecho español el contenido de la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986 (LCEur 1986\4697)..."

Resulta de tales pronunciamientos jurisprudenciales -a los efectos que nos ocupan- que no discutida por las partes la realidad del contrato y su calificación como contrato de agencia, las cantidades que por concepto de retribuciones o comisiones podrá reclamar el agente serán las dispuestas en los Art. 12 y 13 de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia.

C.-) Siendo ello así y del examen de tales preceptos, resulta que el agente tendrá derecho al devengo de sus comisiones por los contratos promovidos por los actores y celebrados entre Afinsa, S.A. y sus clientes con anterioridad a la intervención judicial de la concursada por la Autoridad Judicial, en el modo, plazos e importes pactados contractualmente; pero que no devengará comisión las actuaciones previas que no finalizaron en la formalización de contrato ni las actuaciones posteriores a la intervención judicial de la concursada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1. Y ello por dos poderosas razones; una primera, porque ningún contrato se formalizó ni

intervino culpa o negligencia por la concursada en la no formalización de tales contratos; y una segunda, porque ello era jurídicamente de imposible cumplimiento.

En cuanto a la primera aseveración, cual es la relativa a la culpa o negligencia, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 23 de junio de 2005 [Jur 2005\186500] que “...El Art.14 de la L.C.A. ordena el devengo de la comisión del agente cuando el empresario ha ejecutado o debido ejecutar el negocio concluido por el agente, y el Art.17 L.C.A impone la carga de la prueba al empresario, al decir que el agente pierde la comisión cuando el empresario prueba que el negocio no se ejecuto por causa que no le sea imputable...”, de lo que resulta que solo siendo útil a la concursada las gestiones previas a la intervención por los contratos celebrados con anterioridad y con los devengos de comisiones pactados hasta la misma, la no celebración de nuevos contratos o el ingreso de nuevas cantidades por los contratos ya vigentes (que también generaban comisión) fue por causa jurídica derivada de mandato judicial legítimo, ajena a la concursada, por lo que no puede reclamar el agente tales comisiones no devengadas.

En cuanto a la segunda aseveración, cual es la de imposibilidad jurídica de contratación y cumplimiento, baste dar por reproducido lo manifestado en el Fundamento de Derecho 4º, apartado B) de ésta Resolución.

OCTAVO.- 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 **DÑA. AGAPITA IGNACIO FRAGUAS y OTROS**, representados por el Procurador Sr. Torrecilla Jiménez y asistidos del Letrado D. José María Gil-Robles; contra **AFINSA BIENES TANGIBLES, S.A.**, representada por el Procurador Sr. Torres Alvarez y asistida del Letrado D. Pedro Luis Elvira; y contra la **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 en lo demás las calificaciones, naturaleza, titularidades e importes crediticios contenidas en el informe de la Administración concursal; sin perjuicio de adicionar al informe definitivo aquellas titularidades e importes respecto de los que existe acuerdo y conformidad entre las partes y por las razones y motivos señalados en el fichero informático “excel” con nombre “listado completo” recogido en el soporte digital unido a la contestación a la demanda de la Administración concursal, a que se refiere el Fundamento de Derecho 7º de ésta Resolución; sin hacer imposición de las costas.

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.

